



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD
Programa de Mestrado em Direito

ANDRÉ JANSEN DO NASCIMENTO

O microssistema de contratação de defesa: a licitação como instrumento de política pública de defesa no Brasil

Brasília- DF
2014

ANDRÉ JANSEN DO NASCIMENTO

O microssistema de contratação de defesa: a licitação como instrumento de política pública de defesa no Brasil

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Brasília- DF
2014

NASCIMENTO, André Jansen. O microsistema de contratação de defesa: a licitação como instrumento de política pública de defesa no Brasil. Brasília: UniCEUB, 2014. 264 p.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

ANDRÉ JANSEN DO NASCIMENTO

O microssistema de contratação de defesa: a licitação como instrumento de política pública de defesa no Brasil

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientadora: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Brasília, 27 de novembro de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Orientador

Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar
Universidade de Brasília- UnB

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro
Universidade de Brasília- UnB

AGRADECIMENTOS

Lembro-me bem da cena na qual adentrei à secretaria do Mestrado e ao manifestar meu interesse de cursá-lo, ainda que desconfiado, mas com a determinação de enfrentar o novo desafio, ouvi que seriam anos difíceis e que certamente muitos daqueles do convívio do mestrando, não entendem a entrega necessária que se faz nesses dois anos de intensos trabalhos.

Realmente, a locutora não estava enganada sobre o dispêndio de dedicação necessário ao rito de passagem. Todavia, tive sorte! Sorte de ser apoiado e incentivado por pessoas que sabiam que a conquista não seria de natureza individual, mas sim, de algo muito maior, na medida em que nada vale o conhecimento se não comungado.

Assim sendo, não poderia deixar de iniciar o agradecimento, dedicando àquela que foi a pessoa mais importante nessa caminhada. Agradeço então à minha querida Sabrina, pela parceria de vida e por compreender a minha ausência em diversos momentos, aos quais eram retribuídos com paciência, carinho, e principalmente, com muito amor.

Agradeço da mesma forma, ao meu amado filho Caio, no qual renovo as crenças num futuro melhor e mais justo, sendo fonte de inspiração para os meus desafios e superações, para que lhe possa servir de exemplo.

Aos meus pais, Aparecida e Justino, que mesmo nas suas simplicidades, me deram o melhor que poderia ser dado a um filho: o incentivo aos estudos.

A meu orientador, Professor Arnaldo Godoy, pelos ensinamentos, pela referência, pela sabedoria e, principalmente, pela amizade e cortesia, ao lado da Larissa, dispensados durante a convivência no Mestrado.

Ao Professor Carlos Bastide, que me confiou a nobre missão de substituí-lo e acompanhá-lo nas aulas de Direito Administrativo da graduação, bem como pelos ensinamentos do direito contratual administrativo divididos nas aulas do Mestrado.

Ao Professor Antonio Jorge Ramalho, que numa conversa no Ministério da Defesa ao longo da pesquisa, contribui sobremaneira para elucidação do fio lógico desse trabalho.

Aos meus companheiros do Ministério da Defesa, em especial aos da Assessoria de Comunicação Social, aos quais agradeço por meio dos amigos Carapeba e Ramos, e aos do Departamento de Produtos de Defesa: Comandante Urbano, Coronel Simões, Coronel Grossi, e em especial, Andréa e Adriana, pela atenção e por estarem sempre disponíveis a ajudar com material para esse trabalho.

Às meninas da Secretaria do Mestrado, em especial Marley e Ieda, pelo apoio e pela preocupação para que tudo desse certo desde a matrícula até a conclusão do Mestrado.

Agradeço, ainda, aos meus irmãos, sobrinhas, cunhados, cunhadas e a todos os colegas e amigos que estavam juntos nessa trajetória.

“Como sabe, há muito tempo que estou preocupado com a idéia de empreender um livro. Pensei muitas vezes que se chegar a deixar alguns vestígios neste mundo, será muito mais pelo que tiver escrito que pelo que tiver feito.

...

(o assunto) Tinha que ser contemporâneo e fornecer-me os meios de combinar os fatos com as idéias e a filosofia da história com a história em si.”

(Carta de Alexis de Tocqueville ao seu amigo Gustave de Beaumont, em 1850. Alexis de Tocqueville. *O Antigo Regime e a Revolução (introdução)*. Brasília, UnB, 1979)

RESUMO

O tema das contratações governamentais, sob a perspectiva das políticas públicas, tem sido objeto de discussões importantes, principalmente no que diz respeito à utilização do poder de compras públicas para a promoção de outros objetivos acessórios à demanda primária da Administração Pública. A presente dissertação tem por objetivo apresentar um estudo jurídico acerca da postura política legislativa brasileira no plano das licitações e contratações públicas, diante dos objetivos e diretrizes dispostos na política pública de defesa no Brasil. Inicialmente, analisa-se o fenômeno do microsistema no âmbito do plano das licitações, desenvolvendo-se sobre a utilização do procedimento para se atingir objetivos secundários, por meio da regulação e do fomento, abordando os modelos postos no Direito estrangeiro, comunitário e internacional, para fins de saber se o Brasil está alinhado com a postura adotada em outros países. Em seguida, avaliam-se as políticas de defesa sob o prisma da teoria das políticas públicas, em especial, sobre os mandados da Política Nacional de Defesa e da Estratégia Nacional de Defesa, no que se refere ao desenvolvimento da Base Industrial de Defesa - BID. Posteriormente, estuda-se o microsistema de licitações de produtos e sistemas de defesa, considerando as especificidades do mercado economicamente imperfeito e seus reflexos nos planos normativos de contratação pública do setor de defesa. Ao final, verifica-se se os modelos contratuais vigentes no Brasil estão compatíveis com os modelos de contratação de defesa no direito estrangeiro, bem como se estão aptos a realizar a promoção do desenvolvimento da BID. Em relação à temática da dissertação, pode-se afirmar que o assunto é inquietante e dinâmico e que o ponto de vista apresentado é inédito e valioso, quando considerado o estudo das compras governamentais no mercado imperfeito e estratégico de defesa.

Palavras-chaves: Licitação. Contrato administrativo. Microsistema de defesa. Políticas públicas. Políticas de defesa. Estratégias de defesa.

ABSTRACT

The issue of government procurement understood from the perspective of public policy has been the object of important discussions, especially regarding the use of the power of public procurement to promote objectives not aligned with the primary demands of public administration. The purpose of this thesis was to present a legal study on the stance of Brazilian legislative policy regarding procurement and contracting in light of the objectives and guidelines set forth in Brazil's public policy defense. The study begins by analyzing the phenomenon of the microsystem within the scope of procurements and then covers the use of the procedure to obtain secondary goals through regulations and incentives. Other models are also addressed, such as those set forth in foreign, community and international law, in order to verify if Brazil is in consonance with the practices of other countries. Subsequently, defense policies were analyzed through the theory of public policy, especially regarding the mandates of the National Defense and National Defense Strategy in relation to the development of the Defense Industrial Base - DIB. The present study then examined the microsystem of procurement for defense products and systems, considering the specificities of the imperfect economic market and its impact on regulatory plans for procurement in the defense sector. In conclusion, we conduct an examination to verify if the existing contractual models in Brazil are consistent with those established in foreign law, and if they promote the development of the DIB. Thus, regarding the topic of this thesis, it can be stated that the subject matter is a dynamic one that still raises many questions. The perspective presented here is novel and can contribute to the field of government procurement in the imperfect and strategic market of defense.

Keywords : Procurement. Administrative contract. Microsystem defense. Public policy. Defense policies. Defense strategies.

Lista de siglas e abreviaturas

AAP -	Afirmatives Actions Plan (Plano de Ações Afirmativas)
ABIN -	Agência Brasileira de Inteligência
AEB -	Agência Espacial Brasileira
AED -	Agência Européia de Defesa
AEIA -	Aliança Estratégica em Indústria Aeronáutica Argentina-Brasil
ASPA -	Armed Services Procurement Act (Norma de licitações para as Forças Armadas)
BAFO -	Best and Final Offer (Melhor oferta final)
BID -	Base Industrial de Defesa
BNDES -	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
CADE -	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCMB -	Conselho de Compensação da Marinha do Brasil
CDS -	Conselho de Defesa Sul-Americano
CEE -	Comunidade Econômica Européia
CGCFN -	Comando Geral do Corpo de Fuzileiros Navais
CIAD-CPAQ -	Comissão Interministerial para a Aplicação dos Dispositivos da Convenção para a Proibição das Armas Químicas
CIBES -	Comissão Interministerial de Controle de Bens Sensíveis
CI-CP -	Comissão Interministerial de Compras Públicas
CMID -	Comissão Mista da Indústria de Defesa
CMUE -	Comitê Militar da União Européia
CNI -	Confederação Nacional da Indústria
COM -	Comunicação da União Européia
COPS -	Comitê Político e de Segurança
CPAB -	Convenção para Proibição de Armas Biológicas e Bacteriológicas
CPAQ -	Convenção para Proibição de Armas Químicas
CRE -	Comissão das Relações Exteriores do Senado
CREDEN -	Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados
CSCE -	Commission on Security and Cooperation in Europe
DCA -	Diretriz do Comando da Aeronáutica
DFARS -	Department of Defense FAR Supplement (Suplemento a FAR do Departamento de Defesa)
DGePEM -	Diretoria Geral de Programas Estratégicos da Marinha
DGMM -	Diretoria Geral do Material da Marinha
DND -	National Defense Department (Departamento de Defesa Nacional Canadense)
DoD -	United States Department of Defense (Departamento de Defesa dos EUA)

DTR -	Defence Training Rationalisation Project (Projeto de Racionalização de Treinamento de Defesa no Reino Unido)
EED -	Empresa Estratégica de Defesa
EMAER -	Estado-Maior da Aeronáutica
EME -	Estado-Maior do Exército
EMFA -	Estado-Maior das Forças Armadas
EMUE -	Estado-Maior da União Européia
END -	Estratégia Nacional de Defesa
EUA -	Estados Unidos da América
FAB -	Força Aérea Brasileira
FAR -	Federal Acquisition Regulation (Regulamento das Aquisições Federais dos EUA)
FFAA -	Forças Armadas
FIESP -	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FINEP -	Financiadora de Estudos e Projetos
FUNTEC -	Fundo Tecnológico do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
GAO -	The Government Accountability Office (Agência Independente de Auditoria dos EUA)
GATT -	General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio)
GPA	Government Procurement Agreement (Acordo de Compras Governamentais)
ICA -	Instrução do Comando da Aeronáutica
IDIQ -	Indefinite Delivery-Indefinite Quantity Orders (demandas de prazo de entrega e quantidade indefinidas)
IFIEx -	Instituto de Fomento e Inovação do Exército
IRI -	Invitation to Register Interest
LBDN -	Livro Branco de Defesa Nacional
LDO -	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LGL -	Lei Geral de licitações
MCTI -	Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação
MD -	Ministério da Defesa
MDIC -	Mistério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MERCOSUL -	Mercado Comum do Sul
MIC -	Military Industrial Complex (Complexo de Indústria Militar)
MIPyMEs -	Micro, Pequeña y Mediana Empresas (Micro, Pequena e Média Empresa)
MSHATF -	Medium Support Helicopter Aircrew Training Facility (Sistema de Treinamento de Pilotos do Reino Unido)
MTCR -	Missile Technology Control Regime (Regime de Controle de Tecnologia de Mísseis)

NAFTA -	North American Free Trade (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio)
NIS -	Israel New Shekel (moeda israelense)
NSG -	Nuclear Suppliers Group (Grupo de Supridores Nucleares)
OEA -	Organização dos Estados Americanos
OECD -	Organization for Economic Cooperation and Development (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)
OMC -	Organização Mundial do Comércio
ONU -	Organização das Nações Unidas
OSCE -	Organization for Security and Cooperation in Europe
OTAN -	Organização do Tratado do Atlântico Norte
PAC -	Primeiro Plano de Aceleração do Crescimento
PAC-2 -	Segundo Plano de Aceleração do Crescimento
PAED -	Plano de Articulação e Equipamento de Defesa
PBM -	Programa Brasil Maior
PCSD -	Política Comum de Segurança e Defesa
PED -	Produto Estratégico de Defesa
PESC -	Política Externa e de Segurança Comum
PIB -	Produto Interno Bruto
PND -	Política Nacional de Defesa
PNID -	Política Nacional da Indústria de Defesa
PPC -	PIB per Capita
PPP -	Parceria Público-Privada
PRODE -	Produto de Defesa
PRONAE	Programa de Construção de Navio Aeródromo
PRONANF	Programa de Construção de Navio Anfíbio
PROSUB	Programa de Construção de Submarinos Convencionais e de Propulsão Nuclear
PROSUPER	Programa de Construção de Meios de Superfície
PWGSC -	Public Works and Government Services Canada
PWR -	Pressure Water Reaction (tipo de reator nuclear)
RDC -	Regime Diferenciado de Contratações Públicas
RECOP -	Projeto estratégico de Recuperação da Capacidade Operacional
RETID -	Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa
RFB -	Receita Federal do Brasil
RFP -	Request for Proposal
ROC -	Requisitos Operacionais Conjuntos
SD -	Sistema de Defesa
SEPROD -	Secretaria de Produtos de Defesa
SGM -	Secretaria Geral da Marinha
SisCTID -	Sistema de Ciência, Tecnologia e Inovação de Interesse da Defesa Nacional

SISFRON	Sistema de Vigilância da Fronteira
SisGAAz	Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul
SISGAC -	Sistema de Gestão de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Exército Brasileiro
SISPED -	Sistema de Planejamento Estratégico de defesa
START -	Strategic Arms Reduction Treaty (Tratado para Redução de Armas Estratégicas)
TCU -	Tribunal de Contas da União
TJUE -	Tribunal de Justiça da União Européia
TLE -	Termo de Licitação Especial
TNP -	Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares
UE -	União Européia
UNASUL -	União das Nações Sul-Americanas
UNCITRAL -	United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional)

Lista de quadros e figura

Capítulo 1

Quadro 1.1 – Decretos regulamentadores da margem de preferência

Quadro 1.2 – Políticas públicas contempladas pelas licitações

Capítulo 2

Quadro 2.1 – Períodos do Ministério da Defesa

Figura 2.1 – Alinhamento estratégico do Ministério da Defesa

Capítulo 3

Quadro 3.1 – Projetos Estratégicos da Marinha do Brasil

Quadro 3.2 – Projetos Estratégicos do Exército Brasileiro

Quadro 3.3 – Projetos Estratégicos da Força Aérea Brasileira

SUMÁRIO

Introdução.....	18
Capítulo 1 – O Direito Administrativo e a licitação como instrumento de políticas públicas e regulação de mercado.....	24
1.1. Sistematização e metodologia do Direito Administrativo.....	24
1.2. Sistema jurídico administrativo.....	27
1.3. Teoria dos microssistemas: a “descodificação” da Lei Geral de Licitações.....	30
1.4. Licitação: de instrumento procedimental a instrumento de políticas públicas.....	34
1.4.1. Código de Contabilidade da União e o Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União de 1922.....	36
1.4.2. Decreto-Lei nº 200/67.....	40
1.4.3. Decreto-Lei nº 2.300/86.....	49
1.4.4. A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.666/93 – A Lei Geral de Licitações.....	52
1.5. A licitação como instrumento de efetivação de políticas públicas.....	53
1.5.1. O Direito Administrativo como realizador das políticas públicas.....	54
1.5.2. Análise da política discriminatória nas licitações no Brasil.....	59
1.5.3. Políticas discriminatórias nas licitações no Direito estrangeiro.....	67
1.5.4. Políticas nas licitações no Direito comunitário.....	77
1.5.5. Políticas nas licitações no Direito internacional.....	83
1.6. A licitação como instrumento do Estado regulador.....	87
1.6.1. O Estado regulador e o Estado contratante.....	88
1.6.2. A licitação como instrumento regulatório e a finalidade legal da promoção do desenvolvimento econômico sustentável.....	93

Capítulo 2. A política de defesa como política pública.....	98
2.1. Traços diferenciadores das políticas públicas de defesa.....	99
2.2. A tipologia da política pública de defesa.....	105
2.3. A política pública de defesa no Brasil.....	113
2.3.1. Base normativa antecedente para a formulação da atual política de defesa	117
2.3.1.1. A Política de Defesa Nacional (1996) e a criação do Ministério da Defesa (1999) – Governo Fernando Henrique Cardoso.....	118
2.3.1.2. A Política de Defesa Nacional (2005), a Estratégia Nacional de Defesa (2008) e a Nova Defesa – Governo Luis Inácio Lula da Silva.....	121
2.3.2. Plano normativo vigente da política de defesa no Brasil.....	126
2.3.2.1. A Política Nacional de Defesa (2012).....	127
2.3.2.2. A Estratégia Nacional de Defesa (2012).....	128
2.3.2.3. O Livro Branco de Defesa Nacional (2012).....	129
2.3.3. A interdepartamentalidade da política de defesa no Brasil.....	130
2.4. Políticas, estratégias e planos governamentais de aquisições de defesa no Brasil	133
2.4.1. Aquisições de defesa na Política Nacional de Defesa.....	136
2.4.2. Aquisições de defesa na Estratégia Nacional de Defesa.....	137
2.4.3. Políticas setoriais de aquisição de defesa do Ministério da Defesa.....	142
2.4.3.1. Política e diretrizes de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Ministério da Defesa (2002)	143
2.4.3.2. Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional (2004).....	147
2.4.3.3. Política Nacional da Indústria de Defesa (2005).....	149
2.4.4. Plano de Articulação e Equipamento de Defesa (PAED).....	150

Capítulo 3. O Microsistema de Contratação Pública de Defesa.....	152
3.1. A economia e a estrutura do mercado de defesa.....	153
3.2. A economia de defesa e o desenvolvimento: os números da defesa.....	156
3.3. Traços diferenciadores das contratações públicas de defesa.....	160
3.4. O processo de contratação pública de defesa.....	165
3.5. Plano normativo da contratação de defesa no Brasil.....	179
3.5.1. Contratações de defesa na Lei nº 8.666/93 – Lei Geral de Licitações.....	170
3.5.1.1. As contratações de defesa e a licitação dispensável.....	171
3.5.1.2. As contratações de defesa e a inexigibilidade de licitação.....	178
3.5.2. Contratações de defesa na Lei nº 12.598/12 – núcleo do microsistema....	179
3.6. As contratações de defesa no Plano de Articulação e equipamento da Defesa (PAED).....	188
3.6.1. As contratações de defesa nos projetos estratégicos da Administração central do Ministério da Defesa.....	188
3.6.2. As contratações de defesa nos projetos estratégicos da Marinha do Brasil	190
3.6.3. As contratações de defesa nos projetos estratégicos do Exército Brasileiro.....	193
3.6.4. As contratações de defesa nos projetos estratégicos da Força Aérea Brasileira.....	194
3.7. Modelos contratuais em aquisições de defesa no Direito estrangeiro e nacional.	197
3.7.1. Modelos contratuais em aquisições de defesa no Direito estrangeiro.....	198
3.7.1.1. Contratos do tipo <i>fixed-price</i>	198
3.7.1.2. Contratos do tipo <i>cost reimbursement</i>	200
3.7.2. Modelos contratuais em aquisições de defesa no Direito nacional.....	202
3.7.2.1. Tipos contratuais na Lei nº 8.666/93 aplicáveis às aquisições de defesa.	204
3.7.2.2. Tipos contratuais na Lei nº 11.079/04 (PPP) aplicáveis às aquisições de defesa.....	209

3.7.2.3. Contratação de defesa e a Lei nº 11.462/11 (RDC)	212
3.8. Planos normativos estrangeiros de contratações públicas de defesa.....	214
3.8.1. O plano normativo de contratações de defesa norte-americano.....	215
3.8.2. O plano normativo de contratações de defesa em pequenos países.....	218
3.9. Contratação de defesa e o direito comunitário: a cooperação regional para o desenvolvimento da BID.....	222
3.9.1. Contratação de defesa na União Européia: a Diretiva 2009/81/CE.....	227
3.9.2. Contratação de defesa na UNASUL: possível estabelecimento de um MIC?.....	227
3.10. Contratações de defesa e o Direito Internacional: possibilidades e limitações no comércio internacional de armas.....	231
 Conclusões.....	 236
 Referências.....	 242

1. INTRODUÇÃO

Dentre os diversos objetivos (plano político) e diretrizes (plano estratégico) estabelecidos pela Política (pública) Nacional de Defesa (PND 2012) e a Estratégia Nacional de Defesa (END 2012), destaca-se o de realizar a política pública de desenvolvimento da indústria de defesa¹, orientada para a obtenção da autonomia em tecnologias indispensáveis, configurando-se como um dos três eixos estruturante da END.

Para a efetivação das disposições do plano político e sob a premissa de que as considerações comerciais devem se submeter aos imperativos estratégicos, a END dispõe que o regime legal, regulatório e tributário (plano infraconstitucional, de caráter operacional e gerencial) da Base Industrial de Defesa (BID)² deve ser organizado, para que reflita tal subordinação. Assim sendo, estabelece-se uma diretriz para a implementação de políticas de contratação de defesa de caráter comercialmente discriminatório.

A Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, foi a primeira iniciativa legislativa no sentido de efetivação dos ditames supra mencionado, ao dispor sobre normas especiais para as compras, contratações e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa e sobre regras de incentivo à área estratégica de Defesa. Posteriormente, a lei foi regulamentada pelos Decretos nº 7.970/13 e nº 8.122/13 (Retid).

O novo regime legal estabelecido pela Lei nº 12.598/12 trouxe novidades de caráter geral, como conceitos e definições, todavia mostrou-se tímida em relação a questões procedimentais e não inovou em relação aos contratos *sui generis* de defesa, os submetendo, em sua maioria, ao regime contratual da Lei nº 8.666/93, que abrange toda a sorte de material e serviços, desde um *clips* até uma aeronave de caça, com regras extremamente rígidas, que não admitem o pagamento pelo fracasso³, divisões de riscos ou recompensas por metas temporais, de desempenho ou de custos atingidas pelo contratado. Os exemplos citados são algumas das características de um contrato de Defesa, identificadas nos marcos teóricos levantados.

¹ Objetivo nacional de defesa nr IX (PND 2012) e Diretriz nr 22 (END 2012).

² Base Industrial de Defesa (BID): é o conjunto das empresas estatais e privadas, bem como organizações civis e militares que participem de uma ou mais etapas de pesquisa, desenvolvimento, produção, distribuição e manutenção de produtos estratégicos de defesa. BRASIL. Ministério da Defesa: Portaria Normativa nº 899/MD, de 19 de julho de 2005. Aprova a Política Nacional da Indústria de Defesa - PNID.

³ as compras na Defesa, em grande parte, são de produtos que não estão disponíveis no mercado e que dependem da inovação e do desenvolvimento tecnológico.

Nesse contexto, configura-se o problema da pesquisa: “O plano normativo de licitações e contratos brasileiro contemporâneo, utilizado como instrumento de política pública de desenvolvimento, é capaz de realizar os objetivos e diretrizes da PND e da END no que se refere ao fomento da BID?”

A hipótese defendida é que não. Diante dos marcos teóricos estabelecidos, principalmente, nos Estados Unidos da América, a partir da década de 60 do século passado⁴, e posteriormente, desenvolvido por países europeus, sustenta-se que os contratos de Defesa são complexos e *sui generis*, demandando regulamentação especial para a contratação nesse setor.

Para tal, defende-se que o mercado de Defesa é a variável independente, em razão de se constituir num mercado concorrencial imperfeito, e o direito contratual de Defesa, a variável dependente, pelo dever de acompanhar e incorporar os valores sociais e os padrões de conduta constituídos, espontaneamente, na sociedade.

Da mesma forma, a PND e a END foram consideradas como variáveis independentes por estarem no plano político e estratégico. Todavia, nada obsta, em outras pesquisas, serem classificadas como dependentes, em razão que se pode concluir pela modificação de objetivos e diretrizes de Defesa estabelecidos anteriormente.

O trabalho será conduzido através da idéia central da interrelação dos planos normativos das políticas públicas de contratação governamental e nacional de defesa, no que se refere ao fomento e regulação estatal em prol do desenvolvimento da indústria de defesa, principalmente através do uso do poder de compras do Estado.

O que se pretende é o estudo da utilização estratégica desse poder de compras, sob o ponto de vista normativo, como instrumento ou política de desenvolvimento de outra política pública, perpassando transversalmente por outras ciências sociais aplicadas, como ciência política, economia e relações internacionais, por exemplo.

Assim sendo, o que se torna desafiante é buscar uma metodologia na qual se entrelacem conceitos oriundos de diversas áreas do conhecimento, sem perder o foco da

⁴ Considera-se como marco inaugural dos estudos da contratação de defesa, a publicação realizada por Charles J. Hitch e Roland N. McKEAN (*The economics of defense in the nuclear age*. Califórnia: Project RAND, 1960). As discussões sobre o tema ganharam força com a assunção de Robert Macnamara na Secretaria de Defesa dos Estados Unidos, onde permaneceu entre 1961 a 1968, durante a Guerra do Vietnam. MacNamara havia sido presidente da Ford antes de assumir o cargo, e por isso, implementou uma filosofia diferente na Secretaria de Defesa. Ao deixar o cargo, assumiu a presidência do Banco Mundial, na qual permaneceu até 1981.

perspectiva jurídica, a qual o autor se propõe desenvolver. É um trabalho de observação de outras ciências, com o viés jurídico.

Do material pesquisado, nota-se a baixa produção científica no que se refere às contratações de material de defesa no Brasil, em razão do baixo interesse em relação aos assuntos relacionados à defesa nacional pela sociedade civil, bem como pela recente regulamentação especial do *military* ou *defense procurement* nacional, através da lei 12.508/12, que estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa.

Com a relativa baixa produção doutrinária nacional sobre o tema e pela falta de repercussão jurisprudencial nos tribunais superiores brasileiros, em razão do reduzido lapso temporal da regulamentação da Lei 12.598/12, decidiu-se pelo método comparado, a fim de concluir se o Brasil está alinhado ou não com as melhores práticas adotadas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Assim, além das abordagens introdutórias e conceituais de cada capítulo, estabeleceram-se quatro grandes eixos para o estudo das políticas públicas (de contratação e de defesa nacional) a serem abordadas neste trabalho: os planos normativos internos, estrangeiros, comunitários e internacional.⁵

No plano normativo interno, é fundamental a análise da inclusão de uma nova finalidade legal ao instituto da licitação pública, realizada pela Lei nº 12.349/10, que introduz a exigência da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e que modifica toda política de contratação governamental, ao utilizar o seu poder de compra para implementar políticas públicas novas e desenvolver aquelas já existentes.

De igual importância no plano interno, a publicação da PND, da END e do Livro Branco de Defesa Nacional (LBDN) coloca o tema defesa e segurança nacional na agenda das políticas do governo, realizando um verdadeiro chamado à Nação de todos os segmentos da sociedade civil e das Forças Armadas, destacando-se a diretriz número vinte e dois da END⁶, que trata da capacitação da BID, com a formulação e execução de políticas de obtenção de

⁵⁵ Adota-se a terminologia “melhores práticas” utilizada por Caroline Nicholas, integrante do grupo de trabalho de *procurement* da UNCITRAL, que defende que o que existe são boas práticas e não modelos perfeitos em contratações públicas, em I Ciclo Brasileiro de Conferências em Compras Públicas e Desenhos de Concessões FGV-IPEA, evento realizado em Brasília no dia 26 de março de 2014.

⁶“A Estratégia Nacional de Defesa pauta-se pelas seguintes diretrizes:

(...)

22. Capacitar a Base Industrial de Defesa para que conquiste autonomia em tecnologias indispensáveis à defesa. Regimes jurídico, regulatório e tributário especiais protegerão as empresas privadas nacionais de produtos de defesa contra os riscos do imediatismo mercantil e assegurarão continuidade nas compras públicas.”

materiais e sistemas de defesa, lastreada na Lei nº 12.598/12 e sua regulamentação. Ao final, devemos responder se os planos jurídico e regulatório atual das contratações públicas atendem aos mandatos da PND e da END.⁷

Outro eixo importante para a formulação de análises é o plano normativo estrangeiro, no qual se pode ter uma idéia de quais instrumentos legais, no âmbito do Direito Administrativo e da contratação pública, estão sendo utilizados para a consecução de políticas públicas de desenvolvimento econômico, principalmente em áreas estratégicas, com ênfase na indústria e no comércio de produtos e sistemas de defesa.

No mesmo sentido, pela interdependência da política de defesa e da política externa, faz-se necessário o estudo das contratações de defesa estrangeiras, a fim de observar o comportamento e as tendências dos países que mais investem em defesa ou de identificar possíveis parceiros, principalmente na América do Sul, para desenvolvimento ou comercialização de produtos de defesa, que poderão servir de elemento estruturante da indústria nacional.

Num cenário econômico globalizado e em crise, deve-se identificar qual a tendência de estratégia que está sendo adotada: Ter a indústria de defesa 100% nacionalizada, trabalhar em grandes ou pequenos blocos comunitários ou importar todo material e sistemas de defesa? Estão ocorrendo mudanças dessas estratégias, em virtude de condicionantes econômicas? Em que tendência o Brasil se encaixa?

O terceiro e quarto eixos referem-se ao plano normativo comunitário ou internacional e a aplicação de suas diretrizes, *guidelines* e instrumentos legais regulamentares, que influenciam na elaboração do plano interno de contratações públicas e do segmento de comercialização de produtos de defesa, que deverão estar alinhados com os objetivos políticos estabelecidos, por organizações como UNCITRAL, OCDE, MERCOSUL e Comunidade Européia, levando-se em consideração as especificidades do referido mercado, que pode ter fins estratégicos, políticos ou econômicos.

Cabe destacar que o direito comparado utilizado no trabalho é realizado através da idéia de método que consiste em estudar, paralelamente, as regras e institutos jurídicos, para esclarecê-lo mediante o confronto.⁸

⁷Este estudo abordará de maneira superficial a questão do regime tributário especial para a indústria de defesa, em virtude de não ser o objeto principal do trabalho, que é a contratação pública, em especial, a licitação.

A adoção por tal metodologia não teve por objetivo a seleção da melhor ou pior política de contratação de material de defesa, e sim, um método de leitura das políticas públicas internas de contratação e de defesa nacional, inseridas no contexto internacional, já que tais temas são de caráter universal e interdependentes entre as nações. O questionamento é se o plano jurídico nacional é satisfatório e está alinhado com os países mais influentes em matéria de indústria nacional de defesa.

A própria escolha dos países a serem comparados é algo bastante complexo, em razão de que os gastos militares de cada país, e, por conseguinte as políticas e planos normativos sofrem influências de condicionantes nas dimensões intertemporal, geopolítica e de eficiência, assuntos que serão detalhados adiante.⁹

Para a comprovação da hipótese apresentada, o trabalho se desenvolverá inicialmente com a abordagem sobre a sistematização e metodologia do Direito Administrativo, com reflexos no estabelecimento dos microssistema, em especial, das licitações públicas. Após, estabelece-se uma explicação sobre as funções reguladoras e de instrumento de políticas públicas desenvolvidas pelas licitações, bem como são expostas as mesmas funções em planos normativos de outros países.

Em seguida, a política de defesa é estudada sob a lente das teorias de política pública, destacando a natureza, os traços diferenciadores e a tipologia dessa política. Em particular, a política pública de defesa no Brasil é abordada, por meio do seu plano normativo antecedente e atual, que compreende a PND, a END e o LBDN. O objetivo é superar o paradigma defendido, por longo período, que as políticas de defesa estariam voltadas somente para preocupações fora das fronteiras nacionais, assim como a política externa do Itamarati. Como objeto mais específico desse trabalho, é realizado um corte metodológico para o estudo mais detalhado dos documentos de defesa, sob a perspectiva dos objetivos e diretrizes estabelecidos em relação à promoção do desenvolvimento da BID.

Por último, no terceiro capítulo do trabalho pretende-se apresentar a economia da defesa e o mercado respectivo, a fim de demonstrar as especificidades das relações comerciais num mercado considerado imperfeito e estratégico. Imperfeito pela presença, muitas das

⁸ RIVERO, Jean. Curso de Direito Administrativo Comparado / Jean Rivero; tradução J. Cretella Jr. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁹ SILVA FILHO, E. B.; MORAES, R. F. Dos dividendos da paz à guerra conta o terror: gastos mundiais nas duas décadas após o fim da Guerra Fria – 1991-2009 in: SILVA FILHO, E. B.; MORAES, R. F. (Org.). Defesa Nacional para o Século XXI: política internacional, estratégia e tecnologia militar. Brasília: Ipea, 2012.

vezes, do Estado produtor como único comprador possível e estratégico porque cabe ao Estado determinar o tamanho da sua BID, através de incentivos, barreiras, autorizações e proibições.

São apresentados também a modelagem contratual existente no País e em alguns países do mundo, destacando a forma de contratação numa superpotência militar e em países pequenos em expressão militar. Para configurar o estágio atual da contratação de defesa no Brasil, são trazidos os projetos estratégicos da Defesa, que englobam a Administração Central e os Comandos Militares. Por fim, coloca-se a discussão sobre a possibilidade de formação de blocos comunitários de indústria de defesa, denominados de Military Industry Complex (MIC), bem como as limitações e possibilidades impostas pela série de tratados e acordos que versam sobre o comércio internacional de armas.

Assim sendo, por meio das abordagens teóricas ao longo dos três capítulos, objetiva-se confirmar a hipótese enunciada de que o atual plano normativo brasileiro, em matéria de licitações e contratos, não é capaz de realizar os objetivos e diretriz estabelecidos nos documentos de defesa. Da mesma forma, o trabalho tem como proposta, contribuir para novos estudos no sentido da readequação da modelagem contratual brasileira de aquisição de produtos e sistemas de defesa, conforme as melhores práticas apreendidas nos planos normativos estrangeiro, comunitário e internacional.

Capítulo 1. O DIREITO ADMINISTRATIVO E A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO DE MERCADO

Num primeiro momento, faz-se necessário o estudo da natureza do Direito Administrativo, mais especificamente no que se refere à sua sistematização e metodologia, bem como da predominância do casuísmo na formação das leis administrativas, a fim de tirar conclusões parciais sobre os reflexos dessas especificidades na construção do microsistema próprio das licitações públicas.

A partir dessa concepção geral do sistema do Direito Administrativo, será abordado o procedimento licitatório como microsistema de direito, com estabelecimento de legislações, princípios e valores específicos, os quais se destinam à contratação pública, a fim de que se possa estabelecer o cenário atual de centralização de normas ou de fragmentação do sistema normativo pertinente.

Em seguida, a licitação será estudada sob o viés da instrumentalidade de política públicas, destacando as bases normativas antecedentes para a formação da política de contratação atual, que se caracteriza por ser discriminatória em favor dos fornecedores nacionais, setores industriais específicos e grupos sociais e minorias, entre outros. Não obstante, analisadas as políticas discriminatórias em outros planos normativos estrangeiros, percebe-se que o Brasil não está isolado nessa postura legislativa.

Por fim, o procedimento licitatório será explorado, levando-se em conta os deveres constitucionais do Estado de regular o mercado econômico e da nova finalidade legal estabelecida pela Lei 12.349/10, da promoção do desenvolvimento econômico sustentável por meio das compras governamentais.

1.1 Sistematização e metodologia do Direito Administrativo

Identificar o sistema no qual a licitação está inserida é imprescindível para se entender a construção do seu plano normativo. É sabido que a sistematização e a (falta de) metodologia são problemas ainda não solucionados no âmbito do direito público, em virtude de sua natureza casuística, problemática, em contraponto ao direito privado, que tem sua finalidade muito bem definida.

Sem um ponto de partida claro acerca do que é uma definição em direito, qual é a relação das palavras ou designações que se utilizam no mundo, o que são e para que servem as classificações, o que é a natureza ou a essência de uma instituição jurídica, só se pode escrever uma obra dedicada à luta de palavras. Destaca-se que em nenhum tema de direito é tão fundamental aclarar os princípios de metodologia da ciência como no direito administrativo, pois ali a luta de palavras, em muitas ocasiões, desborda os limites correntes.¹⁰

O autor que mais se aproxima de uma sistematização e metodologia do direito público é Adolf MERKEL, jurista contemporâneo de Hans KELSEN, considerado o pai da expressão Teoria Geral do Direito. Diante do juspositivismo da segunda metade do século XIX, propôs um paradigma que aspirava a pureza metódica, distanciando-se de uma ciência apegada ao texto da norma, baseada na distinção entre parte geral e especial. Tradicionalmente, a parte geral trazia os princípios básicos de cada ramo do Direito e a parte especial desenvolvia, de forma pormenorizada, todas as instituições concretas. Com base nessa dualidade, surge a ideia de construção de uma parte geral de todas as partes gerais, dando um passo a mais na direção do processo de indução, até construir uma teoria geral unitária para todos os ramos do direito.¹¹

A diferença entre as teorias anteriores estava no sentido que aquelas queriam forjar-se com independência de qualquer direito contingente, enquanto MERKEL propôs um trabalho de depuração semelhante sobre a base de um determinado Direito: o Alemão, o Francês, o Espanhol, etc. Por meio de um caminho de indução escalonado, desde a base da pirâmide normativa até seu topo, poderiam ser identificados aqueles princípios que informam todo o sistema e que seriam comuns a todos os ramos particulares. As teorias positivistas do século XIX já haviam antecipado o projeto de pureza kelseniana.¹²

Dessa forma, surgem dois tipos de sistemas, o fechado (codificação) e o aberto (direito casuístico), com a contribuição da jurisprudência dos conceitos na criação de um sistema conceitual-abstrato, no qual há a subordinação dos conceitos especiais aos de extensão muito amplos, em que os conceitos são situados no seio do sistema no seu conjunto, bem como

¹⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 1: Parte General/Agustín Gordillo – 7 ed. – Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. pp. I-13 e14.

¹¹ ALIX, Luis Manuel Lloredo. *Ideología y Filosofía en El Positivismo Jurídico de Rudolf Von Jhering*. Tesis Doctoral. Getafe, 2010. P. 269 Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10726/1/luis_lloredo_tesis.pdf> Acesso em 30 jun. 2014.

¹² Idem.

relaciona os fatos concretos às previsões normativas da lei, para determinar a situação jurídica.¹³

De forma contrária, surgem críticas à ideia de sistema na ciência do Direito, nas quais se afirma que não é compatível um sistema axiomático na jurisprudência, como na matemática, por exemplo. Nestes sistemas, existe um número fechado de conceitos, compatíveis entre si, não suscetíveis às inferências posteriores. Mesmo sob crítica, ao entender que o método dedutivo-axiomático não pode ser realizado na jurisprudência, a ideia de sistema no Direito não é abandonada, pois esse é formado de acordo com princípios jurídicos, relacionados uns com os outros de modo coerente.¹⁴

Ainda em relação à sistematização do direito, diferencia-se o sistema fechado, representado pela codificação, do sistema aberto, casuístico, observando-se, assim, uma lei histórica em ação em todas as culturas jurídicas: processo circular de descobertas de problemas, formação de princípios e consolidação do sistema. Desse modo, são os princípios jurídicos os formadores genuínos do sistema e não os conceitos abstratos. Os princípios agem como soluções de problemas generalizados nos casos problemáticos.¹⁵

No mesmo sentido, a importância do trabalho sistemático no Direito é considerada como uma tarefa contínua em que não englobe a totalidade dos problemas, permanecendo aberto, tornando-se uma condensação provisória, na qual o sistema jurídico-científico tem de permanecer aberto, nunca tornado definitivo e, portanto, não podendo nunca ter à disposição uma resposta para todas as questões.¹⁶

A noção de sistema está ligada à concepção de direito positivo de um país, que é o conjunto de regras jurídicas aplicáveis nesse país. É um conjunto organizado, havendo relações entre as regras, possui princípios comuns e noções fundamentais, podendo agrupar diversos direitos positivos que apresentam traços comuns. Para o autor, o sistema “se define pela formação histórica comum dos direitos que ele agrupa, conduzindo a uma analogia das fontes e nas categorias fundamentais, ao serviço de uma mesma ideologia.”¹⁷

¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p.230. Na mesma obra do autor alemão, verificam-se posicionamentos interessantes como os de ENGISCH, ESSER, CONIG e CANARIS

¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 231.

¹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 232.

¹⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 233.

¹⁷ RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Editora RT, 2004 (2ª ed.), p. 90.

1.2. Sistema jurídico administrativo

Já que o estudo do Direito Administrativo envolve a sondagem de muitos conceitos abertos, é irônico que um dos conceitos mais difíceis de entender definitivamente é o do próprio Direito Administrativo. Uma razão para a imprecisão conceitual do direito administrativo decorre do fato de que o campo do direito administrativo ainda está em seus anos de maturação e tentando cortar o cordão umbilical das áreas jurídicas mais tradicionais (direito constitucional, direito dos contratos, direito civil, direito penal) do qual emergiu. Embora pareça que a maioria dos juristas hoje reconheça o direito administrativo como um campo legal de rápido crescimento independente, alguns ainda se recusam a perceber direito administrativo como separado de outras áreas jurídicas.¹⁸

Das ideias apresentadas sobre a sistematização do direito, incluindo os seus tipos abertos e fechados, há uma tentativa de transpor a ideia de sistematização para a realidade do direito administrativo, principalmente no que se refere à formação e à natureza dos institutos de tal ramo do direito. A sistematização é entendida como uma ideia ordenadora da parte geral do Direito Administrativo, onde cada figura ou instituição tem uma função mais ampla, garantindo uma evolução dogmática e uma adaptação de cada categoria ao resto do sistema, elevando a categorias mais gerais, realizando, assim, uma construção sistemática.¹⁹

A teoria geral do Direito Administrativo se constitui como uma valiosa ajuda para a prática cotidiana da Administração Pública e dos tribunais contenciosos-administrativos. Diante da dinâmica de situações problemáticas postas à Administração, somente com a utilização de regras abstratas ou declarações padronizadas poderia o administrador dar respostas a esses problemas, utilizando-se da parte geral do direito administrativo. Assim sendo, somente com instituições gerais pode o Estado ter resposta à dinâmica da problemática da Administração Pública e dos fenômenos sociojurídicos.²⁰

Já em relação à função dogmática, pode-se afirmar que o seu uso consiste em resolver e decidir, de forma fundamentada e coerente, sistematicamente, questões jurídicas concretas e suscitadas, com base em conceitos e instituições jurídicas, podendo, assim, interpretar a parte especial à luz da parte geral do Direito Administrativo. Todavia, a parte geral deverá estar

¹⁸ WARREN, Kenneth. *Administrative law in the political system*. Colorado:Westviewpress, 2010 (5ª ed.), p.29.

¹⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003, p.1-50.

²⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 6.

numa constante revisão, advindo da necessidade surgida do enfrentamento de casos concretos pela parte especial.²¹

Para a evolução da Ciência do Direito, deve a doutrina e a jurisprudência se abstraírem do caso concreto. Somente após a tutela jurídica é que a jurisprudência decide se eleva tal caso concreto à teoria geral do Direito. O Direito Administrativo geral constitui um instrumento a serviço da política legislativa, permitindo, assim, um razoável progresso do Direito, buscando, sistematicamente, a precisão e a efetividade deste.²²

A parte geral do Direito Administrativo vem dotar de unidade e coerência a constante atividade legislativa, evidenciada em tantas regras especiais com critérios particulares. Todavia, a sistematização do direito administrativo não significa codificação. Pelo contrário, serve de instrumento para a inserção de novos fenômenos e normas especiais em um âmbito determinado da atividade administrativa, oferecendo um contexto analítico e adequado ao campo de observação.

Agustín GORDILLO aborda essa construção citando a obra de JHERING que critica o excesso de SAVIGNY de construir o direito baseado em conceitos, sem partir e centrar-se sempre nos acontecimentos do caso que, segundo aquele, deveriam ser explorados ao máximo.²³

Aplicando os conceitos de sistemas de LARENZ ao Direito Administrativo, pode-se afirmar que há dois modelos vigentes: o legislado, de matriz francesa, e o codificado, de matriz alemã. O legislado caracteriza-se por ser casuístico, problemático, não sistemático, fundamentado pela resolução de problemas enfrentados e não pela construção de conceitos gerais. O Conselho de Estado Francês, com sua jurisprudência, foi fundamental para a construção desse sistema, que posteriormente foi projetado para toda Europa continental e América Latina.

No período monárquico, o Brasil, por três momentos, teve seu Conselho de Estado, que estava mais ligado às atividades legislativas, que desempenhava um papel de jurisdição

²¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003, p. 7.

²² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003, p.8.

²³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 1: Parte General/Agustín Gordillo – 7 ed. – Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, pp. I-5 e 6.

administrativa (função de corte suprema de apelação de justiça administrativa). Nesse período, o Brasil experimentou a jurisdição dual.²⁴

Já o sistema codificado, através de Otto MAYER, constrói algo muito próximo ao código, trazendo a ideia de uma parte geral (direito administrativo geral) e uma parte especial (direito administrativo particular), com formas jurídicas definidas e noções das grandes categorias.²⁵ Esse modelo fica isolado na Alemanha, enquanto nos países germânicos, paralelamente, há a ideia de se refutar a codificação em virtude da existência de 72 estados germânicos, todos com independência e poder de normatizar.

A ciência do direito administrativo foi determinada, inicialmente, pelo denominado método científico estatal que partiu da organização da administração e, sobretudo, das tarefas e atividades de seus distintos ramos, com obras que continham tanto direito constitucional, como administrativo, limitando-se ao âmbito do Estado. Num segundo momento, o método científico estatal foi suprimido pelo método denominado jurídico, que tinha como objetivo o desenvolvimento dos conceitos gerais, pontos de vista abarcadores e estruturas contínuas do direito administrativo, tendo como principal marco o manual de OTTO MAYER, publicado em 1895/96.^{26,27}

Em síntese, são três as características do direito administrativo atual: é um direito recente, não codificado e largamente jurisprudencial.²⁸ Para o autor, existem três sistemas de direito administrativo: o Ocidental-continental, o Anglo-saxão e o Soviético. Esses modelos se diferenciam entre si pela índole, por corresponderem a graus de rigor e de homogeneidade muito desiguais e pelo conteúdo, através de sua história e técnica.²⁹:

A seguir, aplicaremos as considerações sobre a sistematização do direito administrativo, no caso específico das licitações, enfatizando a discussão sob o enfoque de

²⁴GARNER, Lydya Magalhães Nunes. *Justiça administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889)*. Revista de História da USP, n 147, Dez 2002.

²⁵MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006, pp. 18 e 19.

²⁶MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006, pp. 18 e 19.

²⁷O sistema anglo-saxônico (*common law*), somente, começou a tratar do direito administrativo no início do século XX.

²⁸RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p.35-36.

²⁹RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Editora RT, 2004 (2ª ed.), p.229.

uma das características do direito administrativo atual, a descodificação³⁰ com sistemas abertos de normas, com a criação de microssistemas próprios.

1.3. A teoria dos microssistemas: a “descodificação” da lei geral de licitações

Como visto no tópico anterior, a codificação com ideias fechadas traduz a ideia de preceito que pode ser previamente conhecido e, por isso, seguro. Na verdade, um microssistema jurídico³¹ se verifica em razão da instalação de nova ordem protetiva sobre determinado assunto com princípios próprios, doutrina e jurisprudências próprias, autônomos ao Direito Comum.³²

Para Natalino Irti, a doutrina majoritária se manifesta no sentido de considerar as leis especiais como um desenvolvimento da disciplina codificada que assim conservaria a natureza e a função do direito geral. Os princípios gerais, que guiam a interpretação e preenchem as lacunas da lei, devem extrair-se sempre do código. No entanto, as leis especiais retiram pouco a pouco matérias inteiras ou grupo de relações do Código, constituindo-se em microssistemas de normas, com lógicas próprias e autônomas.³³

No Brasil, o processo de descodificação iniciou-se com o direito privado, com o deslocamento do centro de gravidade, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema,³⁴ para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos; “em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se como um polissistema, caracterizado por

³⁰ O termo *decodificazione* foi utilizado pelo italiano Natalino Irti, em diversas obras como, por exemplo, *L'età della de codicazione*, DS, 1978, 613 ss e *Decodificazione, Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, disponível em <www.docentilex.uniba.it/docenti-1/angela-lezza/corsi>. Acesso em 01 Jul. 2014.

No Brasil, o neologismo adota o termo descodificação ou decodificação.

³¹ A teoria dos microssistemas foi desenvolvida no final dos anos 70 pelo civilista italiano Natalino Irti, quando publicou seu artigo intitulado *L'etàdelladecodificazione*, em 1978, para explicar a fuga do Código Civil italiano de 1942 em direção ao eixo principiológico e valorativo da Constituição daquele e a conseqüente proliferação de leis especiais, que orbitavam ao redor do Código.

³² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 16

³³ IRTI, Natalino. *La edad de ladecodificación*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, pp. 31 e 32.

³⁴ GOMES, Orlando. *A caminho dos microssistemas*. In Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp 46-47. O autor foi o pioneiro no Brasil, na abordagem dos microssistemas no Direito Civil.

um conjunto crescente de leis como centros de gravidade autônomos”, denominados microssistemas pela doutrina.³⁵

Ao discorrer sobre o biodireito, Freire de Sá e Torquato de Oliveira defendem que os problemas atinentes a esse ramo do direito têm uma força descodificadora própria, porquanto demandam instrumental próprio já que, nas questões discutidas, coexistem o público e o privado, o penal e o civil, revestindo-se de valores morais em torno do tema, não se podendo descartar a necessidade de diálogo com as ciências políticas, econômicas e da administração.³⁶ Não diferente é o pensamento quando se trata de outros ramos do direito³⁷ e da contratação pública com todos esses elementos coexistindo.

No âmbito das compras governamentais, a nova ordem constitucional estabelecida pela Carta Magna de 1988 (CF/88) inovou quando tratou da contratação do Poder Público com terceiros, ao elevar o dever de licitar ao *status* constitucional, autorizando a excepcionalidade da contratação direta somente nas hipóteses previstas pelo legislador, nos termos do artigo 37, XXI, da CF/88.³⁸ Da mesma forma, no inciso XXVII do artigo 22, a CF conferiu à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos.³⁹

Utilizando-se desta outorga, a União estabelece um verdadeiro Estatuto Jurídico das Contratações Públicas, tendo como marco inicial a edição da Lei 8.666/93, também

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. *O código civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In Problemas de Direito Civil, Gustavo Tepedino (coord.), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp.1 e SS. Ver também PENA, Ana Maria Moliterno. *Microssistema: o problema do sistema no polissistema*. São Paulo: PUC, 2007. Dissertação (mestrado).

³⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011., p. 17.

³⁷ No Direito penal, ver Giamberardino, André Ribeiro. *A Parte Especial do Direito Penal entre Codificação e Descodificação: sugestões para um início de abordagem*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.49, p.157-174, 2009.

Ainda no Direito Civil, vide TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, *constitucionalização e reprivatização o no direito privado: O código civil ainda é útil?* The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Volume 3, Issue 1 2008 Article 1. No Direito Comercial, vide ULHOA, Fábio Coelho. *A sociedade anônima no projeto de Código Comercial*. Migalhas, 11 de julho de 2011.

³⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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.”

³⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

denominada Lei Geral de Licitações (LGL), a qual, em um primeiro momento, procurou abarcar a totalidade das situações atinentes ao regime licitatório de bens e serviços a serem observadas pela administração pública no Direito brasileiro. A partir da elaboração das normas gerais, as contratações públicas tornaram-se objeto de constante desenvolvimento legislativo, dando origem a um verdadeiro estatuto jurídico, em que diversas normas convivem harmonicamente, e tendo todas elas a Constituição Federal como fundamento.⁴⁰

Nesse sentido, esperava-se que a Lei nº 8.666/93 significasse uma codificação similar ao do direito privado, condensando, em um único diploma legal, o tratamento jurídico que pretendia ser completo e sem necessidade de integrações, esgotando-se tudo o quanto dissesse respeito a licitações e contratos administrativos. Ou seja, a intenção foi demasiadamente audaciosa em face de inapeláveis particularidades que cada mercado e cada contratação pública possuem, por mais completa, extensa e analítica que fosse.⁴¹

Ao longo de mais de 20 anos de existência, a Lei 8.666/93, inicialmente editada como um verdadeiro estatuto das licitações, na qual todas as hipóteses referentes à contratação pública estariam contempladas, foi alterada por 61 medidas provisórias e 19 leis, um total de 80 normas, além de 9 projetos de leis de parlamentares e o PL nº 7.709/2007, de origem do Executivo, que prejudicou todas as iniciativas do Legislativo, todos com o objetivo de atualizar e modernizar a LGL.⁴²

Da proliferação de normas, surge o que André Rosilho denomina de “fetichismo legal”, adotando-se o casuísmo como característica marcante para esse período pós LGL, impactando significativamente o modelo jurídico de regulação das licitações, tipicamente maximalista, com ênfase principalmente na valorização dos princípios jurídicos.⁴³

Feitas as considerações sobre a política legislativa na área de compras governamentais, passa-se a analisar o fenômeno no âmbito das licitações, sob dois ângulos: o primeiro, mais

⁴⁰Guedes, Aloysio Neves. *O procedimento licitatório como microsistema jurídico: apontamentos e reflexões*. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 5 (jan./jun. 2013) Rio de Janeiro: O Tribunal, p.40.

⁴¹MAFFINI, Rafael. *Licitação de serviços de publicidade prestados por agências de propaganda – em torno da Lei nº 12.232/2010*. Revista Síntese de Direito Administrativo, volume 7, nº 74, fevereiro de 2012.

⁴²FIUZA, Eduardo P.S. e MEDEIROS, Bernardo A. *A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil: contribuições do Ipea à Consulta Pública do Senado*. Nota Técnica n 8. IPEA. Brasília, novembro de 2013. P. 3. Sobre o projeto de nova Lei de Licitações, ver SENADO FEDERAL, Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (LEI Nº 8.666/1993) – CTLICON, Relatório Final. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/12/leia-a-integra-do-relatorio-final>>. Acesso em 01 jul. 2014.

⁴³ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. São Paulo. Malheiros Editores, 2013 (1ª ed.), p.64.

geral, relativo às tendências da “descodificação” das diversas normas que regulam o procedimento licitatório; o segundo, mais específico ou especial, focado na problemática dos microssistemas surgidos dessa produção legislativa, com ênfase no microssistema de aquisição de produtos e sistemas de defesa no Brasil.

Como já dito, bastante criticada pelo excesso de formalismo e rigidez, em razão de ser retrato fiel do seu tempo, após o *impeachment* de um Presidente da República, a Lei 8.666/93 foi objeto de sensíveis modificações e limitações, decorrentes da positivação de novos diplomas normativos, que estabeleceram *novas normas gerais* de contratação pública em campos setoriais, com incidência vertical (geral) pela outorga constitucional à União em legislar sobre o tema e, ao mesmo tempo, horizontal (especial), pelo relacionamento entre si das leis ordinárias, que trazem os novos subsistemas de aquisições.⁴⁴

“Logo, o que hoje se passa no setor de licitações é a paulatina diminuição das hipóteses da LGL, por meio de promulgação de leis especiais a criar e reger os respectivos microssistemas autônomos”. Estabelecem-se, assim, três microssistemas de natureza de *norma geral*, extravagantes à Lei nº 8.666/93: i) o do pregão (Lei nº 10.520/02); ii) o das concessões⁴⁵ (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/04); e iii) o do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/11).⁴⁶

De outro lado, microssistemas especiais surgiram em matéria de licitações como resultado da preocupação de que se levassem em consideração as particularidades do mercado e das variadas espécies de contratos públicos. Exemplificando, pode-se destacar o art. 67 da Lei nº 9.478/97 (Licitações do setor de petróleo e gás, no âmbito da Petrobrás), a Lei nº 12.232/10 (Lei de Licitações dos Serviços de Publicidade) e a Lei 12.598/12, que estabelece o regime especial de contratação de produtos e sistemas de defesa.

Assim sendo, a Lei nº 12.598/12 e seus regulamentos são o objeto de estudo e a análise do presente trabalho, sob a perspectiva de formulador de um novo plano normativo e microssistema especial de contratação pública, bem como de instrumento adequado para a efetivação da política pública de defesa.

⁴⁴ MOREIRA, EgonBockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 25 e 26.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In Carlos Ari Sundfeld (org.), *Parcerias Público-Privadas*, 2ª Ed., São Paulo, Amlheiros Editores, 2011, pp.41-42. O autor denomina as licitações para contratos de concessão de concorrência-pregão, por agregar características das duas modalidades.

⁴⁶ MOREIRA, EgonBockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 110-115.

1.4. Licitação: de instrumento procedimental a instrumento de políticas públicas

A licitação, com sua característica procedimental, sempre foi vista como uma atividade de caráter instrumental e secundária, pois visava única e exclusivamente atender a uma necessidade imediata: a aquisição de um bem ou a prestação de um serviço⁴⁷. Na nova concepção, há uma finalidade material adicional ou extraordinária, de forma indireta e mediata no sentido de satisfazer outros interesses secundários também reconhecidos como relevantes pelo Direito, que não se confunde com a finalidade material direta e imediata.⁴⁸

Para entender melhor a escolha política estatal, pela atribuição dessa nova destinação legal à licitação incorporada pela Lei 12.349/10, da promoção do desenvolvimento econômico sustentável, faz-se necessário o estudo da legislação precedente com sua respectiva doutrina contemporânea sob o enfoque de sua finalidade, a fim de se compreender se havia outros interesses, expressos ou não, além da realização imediata ou primária da administração pública. Objetivando uma exposição didática desses interesses, será adotada a metodologia de divisão de fases das licitações públicas no Brasil, realizada por André Rosilho.⁴⁹

A evolução histórica do procedimento licitatório no Brasil está estritamente ligada à atuação da Administração Pública na consecução do interesse público, que sofreu uma readequação substancial ao longo dos anos, em razão das constantes transformações políticas, sociais e econômicas e com a inserção do Estado brasileiro como agente condutor da economia e da aquisição de bens e serviços.⁵⁰

⁴⁷ Desde a Lei Federal 4.536/1922 e o Decreto 15.783/1922, a legislação previa a concorrência prévia para a contratação administrativa e para a alienação de bens, conforme MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contratos*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1964 (1ª ed.), p. 244. Todavia, no presente trabalho, será abordada a exigência prévia somente em relação ao contrato administrativo.

⁴⁸ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35.

⁴⁹ André ROSILHO, em seu livro *Licitação no Brasil* (1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013), divide as fases da licitação no Brasil, conforme as reformas legislativas na esfera federal na matéria, a saber: i) o Decreto 15.783/1922 (Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União), ii) o Decreto-lei 200/1967, iii) Decreto-lei 2.300/1986, a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.666/93 e iv) Reformas legislativas após a Lei 8.666/93. No mesmo sentido, Ciro Campos Christo FERNANDES realiza divisão semelhante in *Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira*. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV, Tese de doutorado, 2010, pp.48-49

⁵⁰ GUEDES, Aloysio Neves. *O procedimento licitatório como microsistema jurídico: apontamentos e Reflexões in* Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 5 (jan./jun. 2013) Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 41.

Diferentemente de Rosilho, que adere ao pensamento de Hely Lopes Meirelles, quanto ao marco inicial das licitações no ordenamento jurídico brasileiro em 1922, Guedes defende que o regime de compras públicas no Brasil remonta ao século XIX, por meio do Decreto nº 2.926 de 1862, que regia as arrematações e compras do, na época, Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas do II Reinado. Há uma terceira posição intermediária que defende que os princípios reguladores da concorrência estavam dispostos no artigo 54 da Lei

Partindo-se da ideia de que o dever de licitar traduz-se em uma política pública, na medida em que pressupõe ser a disputa seletiva isonômica aquela que habilita o Estado à consecução da melhor prestação contratual⁵¹, o seu afastamento ou mitigação, através de regras de preferência ou proteção de grupos econômicos, deve ser analisada sob a ótica de política governamental. Assim sendo, a análise da implementação de políticas públicas, através da licitação ao longo das fases já mencionadas, será estruturada em três vertentes que conduzirão no sentido de concluir sobre a utilização do referido instituto sob a forma meramente procedimental ou instrumental de políticas públicas.

As três vertentes de abordagem de estudo adotados serão: i) busca textual expressa da finalidade nos textos normativos (analogia ao artigo 3º da Lei 8.666/93), ii) regras de afastamento da licitação (hipóteses de dispensa⁵²) e iii) regras de preferência (mitigação do princípio da igualdade ou da isonomia) no julgamento das propostas.

No que diz respeito à dispensa, dentre os diversos critérios, é de valia para a referida análise o critério da destinação da contratação, que reúne as hipóteses de dispensa em que a contratação não for norteada pelo critério da vantajosidade econômica, porque nesses casos o Estado busca objetivos secundários para realizar outros fins além da aquisição do bem ou do serviço, como a efetivação de políticas públicas.⁵³

Logo, o estudo dos diversos regimes de contratação pública vigentes no Brasil, ao longo do tempo, contribuirá no sentido de formular as bases principiológicas do presente plano normativo em vigor.

2.221, de 30 de dezembro de 1909 in LYRA FILHO, Augusto Tavares. *Contratos administrativos*. 1ed. Rio de Janeiro. Jornal do Brasil, p. 114. Para o presente trabalho, tal divergência não apresenta consequência relevante.

⁵¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2ed. rev.atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 33.

⁵² Propositamente refere-se somente aos casos de hipóteses de dispensa, nos quais a licitação é afastada pela discricionariedade do administrador, em benefício de algum interesse público maior que a competição. Nas hipóteses de inexigibilidade, a escolha do contratado é um ato vinculado, em virtude da impossibilidade material em realizar o certame, conforme Servídio Américo. *Dispensa de licitação pública*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1979, pp 72-76.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo. Dialética, 2005 (11ª ed.), p. 234.

O autor classifica as hipóteses de dispensa em quatro grupos, segundo a relação custo/benefício. A licitação seria dispensável em virtude do i) custo econômico da realização do certame, ii) o custo temporal que poderia gerar ineficácia da contratação, iii) ausência de potencialidade de benefício e iv) destinação da contratação, explicado no texto.

1.5.1 Código de Contabilidade da União e o Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União de 1922.

A primeira fase das licitações públicas engloba o período compreendido entre os anos de 1922 e 1967, tendo como referência inicial o Código de Contabilidade da União ⁵⁴ (Decreto nº 4.536, de 28.01.22), junto com o Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto nº 12.783, de 08.11.22), e, final o Decreto-Lei nº 200 de 1967.⁵⁵ Cabe destacar que o termo que substituiu o vocábulo concorrência foi utilizado pela primeira vez, no direito administrativo brasileiro, nas disposições da Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964 e, posteriormente, foi seguido pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que a revogou.⁵⁶

Nesse período, no Brasil, ocorreu um processo de transformação econômica, social, política e cultural que foi considerada a primeira fase da Revolução Industrial Brasileira ou Revolução Nacional Brasileira, com ênfase na industrialização, que rompeu o domínio da aristocracia agrícola com forte viés nacionalista, desenvolvimentista e intervencionista por parte do Estado.⁵⁷

Essa fase caracterizou-se por crises econômicas internacionais, bem como por regimes políticos bastante conturbados que refletiram diretamente na política de compras governamentais, tendo esse tema entrado e saído da agenda estatal, ao longo do tempo, marcado pelas constantes tentativas de centralização e padronização das compras com a criação e extinção de diversos órgãos administrativos.⁵⁸

⁵⁴ Hely Lopes Meirelles in *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1964 (1ª ed.), p. 243, classifica o Decreto 4.536/1922 como normas gerais de direito financeiro, de competência originária da União. Dessa forma, os dispositivos que normatizavam as compras e contratações integravam o capítulo sobre despesa pública, restringindo-se a onze artigos (arts. 49-59). Na mesma obra, o autor refere-se à lei federal em vez de decreto.

⁵⁵ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. 1ª ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2013, p.35.

⁵⁶ DAYRELL, Carlos Leopoldo. *Das licitações na administração pública*. Rio de Janeiro. Forense, 1973 (1ª ed.), p. 15. Para o autor, o termo já era adotado anteriormente pelos Códigos de Processo Civil de 1939, nos seus artigos 396 e 503, que permaneceu no CPC de 1973 e Código Comercial de 1850, no artigo 489, primeira parte. Para efeito didático, será adotado o vocábulo licitação, mesmo no período entre 1922 e 1964, no qual o procedimento era denominado concorrência.

⁵⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e Crise no Brasil 1930-1967*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968, p. 53. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2112>. Acesso em 02 jul.2014.

⁵⁸ Destaca-se a criação da Comissão Permanente de Padronização - CPP, em 1930, da Comissão Central de Compras - CCC, em 1931, da Comissão Federal do Serviço Público Civil - CFSPC, em 1937, que seria substituído pelo Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP, em 1938 in FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira*. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV, Tese de doutorado, 2010, pp.48-49.

No mesmo sentido, LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. *As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos*. Revista do Serviço Público. Ano 49, nº 2. Abr-Jun 1998, pag 1-8.

Diferentemente dos dias de hoje, ambos os decretos de 1922 não traziam explicitamente a finalidade da licitação, restando a análise sistemática dos planos normativos, a fim de se apurar dispositivos que sinalizem alguma política além da consecução da demanda material a ser satisfeita.

Todavia, a doutrina daquela época debruçou-se sobre o tema e concluiu que, apesar da dificuldade de conceituação e da determinação da finalidade, esta se resumia em fixar o melhor proponente para a contratação, seguindo os princípios da igualdade entre todos os concorrentes em relação à administração e sujeição estrita do contratante e do contratado aos termos do edital de concorrência,⁵⁹ atuando o certame como fator de moralidade e eficiência da atividade administrativa, traduzidas na aceitação da melhor proposta.⁶⁰

Assim sendo, a licitação seria o meio mais idôneo para possibilitar contratos mais vantajosos para o Estado, colocando a salvo o prestígio administrativo, pois não se escolhia o preferido, mas o que fazia a melhor proposta segundo critérios objetivos.⁶¹

Em relação ao afastamento da licitação, o Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade Pública da União, enumerava as hipóteses de dispensa de licitação, nos seus artigos 49 e 51. O Regulamento para a execução do Código de Contabilidade Pública da União, aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 08.11.22, reproduziu *ipsis verbis* as mesmas disposições nos art. 244 e 246, relacionando seis hipóteses.

Art 244. Ao empenho da despesa, para aquisição de material ou execução dos serviços, deverá preceder contrato, mediante concorrência pública feita na conformidade do disposto no Capítulo I do título VII deste Regulamento⁶²:

- a) para fornecimentos, embora parcelados, custeados por crédito superiores a 5:000\$000;
- b) para execução de quaisquer obras públicas de valor superior a 10:000\$000.

...

Art 246. Será dispensável a concorrência:

- a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos públicos que, por circunstâncias imprevistas ou de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrência;⁶³
- b) para o fornecimento do material ou de generos, ou realização de trabalhos que só puderem ser effectuados pelo productor ou profissionaes especialistas, ou adquiridos no logar da producção;⁶⁴

⁵⁹LYRA FILHO, Augusto Tavares. *Contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1941, p. 118. No mesmo sentido, Enrique Sayagués Laso, *La Licitación Pública*. Montevideo. B de F Ltda, 1940, p. 1, atualizada em 2005, por Hugo Daniel Martins e Ruben Flores Dapkevicius. A referida obra, considerada um clássico, foi referencial para os mais importantes doutrinadores brasileiros da época.

⁶⁰MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais (1ª ed.), 1964, p. 241. Ressalta-se que tal obra foi publicada sob a égide dos decretos nº 4.536, de 28.01.22 e 12.783, de 08.11.22.

⁶¹CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 1967 (1ª ed.), p. 108, vol III.

⁶²critério do custo econômico da licitação, análogo ao inciso I e II, do artigo 24 da Lei 8.666/93.

⁶³critério do custo temporal, análogo ao inciso IV, do artigo 24 da Lei 8.666/93.

⁶⁴seria caso de inexigibilidade e não de dispensa, análogo ao artigo 25, incisos I e II da Lei 8.666/93.

- c) para a aquisição de animais para os serviços militares;⁶⁵
- d) para arrendamento ou compra de prédios ou terrenos destinados aos serviços públicos;⁶⁶ .
- e) quando não acudirem proponentes á primeira concorrência.⁶⁷

Neste caso, si houverem sido estipulados preços máximos ou outras razões de preferência, não poderá ser no contrato aquelle excedido ou estas modificadas, salvo nova concorrência.

Utilizando os critérios descritos por Justen Filho e comparando com as hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93(Estatuto das Licitações e Contratos vigente), as previsões das alíneas “c” (aquisição de animais) e “d” (arrendamento ou compra) enquadram-se no critério do afastamento da licitação, em razão da destinação da contratação, no qual se buscam outras finalidades além da vantagem econômica. Em ambas as hipóteses, não se vislumbram qualquer intenção do legislador em utilizar tal prerrogativa para atingir um fim de política pública, caracterizando-se por serem meramente consequências de uma questão situacional, como, por exemplo, a ausência de outro imóvel para a satisfação do interesse público.

Mais adiante, em um cenário de crise internacional e seus impactos internos, a agenda de ações na área de compras públicas ganhou visibilidade e relevância política, resultando na publicação do Decreto-Lei nº 2.206, de 20 de maio de 1940, que promoveu a revisão de regras e procedimentos de compras, elencando mais uma hipótese de dispensa, denominada de aquisição por meio de coleta de preços,⁶⁸ que se caracterizava por ser um procedimento excepcional, no qual havia apenas o pedido de preços, a diversos negociantes, do artigo

⁶⁵ critério do custo temporal, se comparado ao inciso XVIII, e critério da destinação da contratação, se adotado o inciso XIX, ambos do artigo 24 da Lei 8.666/93.

Havia a mesma previsão no parágrafo 4º, do artigo 40, do Decreto Italiano nº 3.074, de 1885, que versava sobre a necessidade de concorrência precedente à realização da despesa pública in VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Sciencia da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos (livreiro-editor), 1912 (2ª ed.), p. 261.

⁶⁶ critério da destinação da contratação análogo ao inciso X, do artigo 24 da lei 8.666/93.

⁶⁷ critério da ausência de potencialidade de benefício, análogo ao inciso V, do artigo 24 da lei 8.666/93.

⁶⁸ “Art. 38. Poderá ser dispensada a concorrência pública ou administrativa, fazendo-se a aquisição por meio de coleta de preços:

- a) para os fornecimentos que, por circunstâncias imprevistas ou de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrência ;
- b) para fornecimentos de materiais ou gêneros que constituam objeto de privilégio ou que só passam ser adquiridos dos fabricantes produtores ou seus representantes exclusivos, no país ou no estrangeiro;
- c) quando a despesa se efetuar mediante adiantamento, nos termos do art. 45;
- d) para compra de produtos industriais da União;
- e) para aquisição de material e de objetos que os fornecedores tenham deixado de entregar nos prazos convencionados, correndo neste caso a diferença da despesa por conta do fornecedor em falta;
- f) para aquisição direta, no estrangeiro, de matérias primas, combustíveis e lubrificantes indispensáveis aos estabelecimentos industriais do Estado;
- g) quando não acudirem proponentes à primeira concorrência: neste caso, qualquer condição anteriormente exigida não poderá, ser desprezada sem nova concorrência.

Parágrafo único. A dispensa da concorrência nas hipóteses das letras b, c e e dependerá de concessão prévia do Ministro da Fazenda.”

desejado pela Administração, quando dispensável a concorrência por expressa permissão legal.⁶⁹

O artigo 38 do Decreto-Lei nº 2.206⁷⁰, de 20 de maio de 1940, elenca nas alíneas de “c” a “f”, quatro hipóteses para a aplicação da modalidade não licitatória. A primeira referia-se a adiantamentos de quantias a servidores públicos, a título de empréstimo, sendo mero ato de gestão de pessoal. Já a segunda tratava da aquisição de produtos industriais da União, assemelhando-se ao inciso VIII, do artigo 24 da Lei 8.666/93, que trata dos contratos entre pessoas de direito público, os denominados contratos interadministrativos. A terceira hipótese tem parentesco com o inciso XI, do artigo 24 da Lei 8.666/93, que trata da contratação do remanescente, em virtude da inadimplência contratual. A quarta e última hipótese versa sobre a compra direta, no estrangeiro, de matérias-primas para as indústrias estatais, parecendo se enquadrar em mais uma hipótese situacional, que uma política pública desenvolvimentista.

No tocante à terceira vertente de abordagem, a aplicação de preferências ou de benefícios a determinadas categorias de fornecedores ou em relação ao objeto, o Decreto nº 4.536, de 28.01.22, no artigo 53, dispunha que “em todos os fornecimentos feitos às repartições públicas federais serão preferidos, em igualdade de condições, os proponentes nacionais”. Da mesma forma, o Decreto nº 15.783, de 08.11.22, que regulamenta o Código, reproduziu a mesma previsão legal no artigo 742.

Como inovação em relação ao Código de Contabilidade da União, o Regulamento de 1922 previa, no artigo 744⁷¹, que seria lícito ao Governo estipular uma segunda cláusula de preferência na situação de igualdade entre os proponentes, a fim de escolher a quem seria adjudicado o contrato.

Dessa forma, o legislador considerou que o princípio da igualdade de todos os concorrentes em relação à Administração era de natureza relativa e não absoluta, admitindo que o edital pudesse estabelecer cláusulas discriminatórias no tratamento dos fornecedores ou em relação ao objeto.⁷²

⁶⁹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1964 (1ª ed.), p. 241.

⁷⁰FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira*. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV, Tese de doutorado, 2010, pp.48-49. .

⁷¹Havia a mesma previsão na letra “g”, do artigo 54 da Lei 2.221, de 30 de dezembro de 1909 in VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Sciencia da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos (livreiro-editor). 1912 (2ª ed.), p. 259.

⁷²LYRA FILHO, Augusto Tavares. *Contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1941, p. 112.

Como se vê, o Decreto nº 15.783, de 08.11.22, utiliza o vocábulo “preferência” em dois momentos, nos artigos 742 e 744. No entanto, o texto normativo é claro no sentido de que essas preferências somente serão aplicadas, caso houvesse igualdade de condições das propostas e que dois licitantes tivessem direito à melhor classificação.⁷³

Na verdade, os dispositivos regulamentares acima citados estabeleciam basicamente critérios de desempate e não de preferência propriamente dito, que poderiam ser comparados, nos dias atuais, ao § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que enumera as cláusulas de preferência para o desempate. O que estava disposto na legislação de 1922 não corresponde, na Lei nº 8.666/93, à margem de preferência aplicada para a implementação de políticas públicas, previstas nos § 5º ao § 7º, do artigo 3º da referida lei.

Dessa forma, conclui-se parcialmente que nem a legislação referente ao período de 1922 a 1967 e nem a doutrina daquele tempo consideravam a utilização da licitação como instrumento de políticas públicas, quer seja pelo afastamento da concorrência, quer seja pela aplicação de margem de preferências. A doutrina majoritária dessa época definia a licitação como um instituto procedimental administrativo precedente ao contrato e ao empenho da despesa.⁷⁴

1.4.2. Decreto-Lei nº 200/1967

O período entre os anos de 1967 e 1986 compreende a segunda fase da licitação, sendo estabelecido o marco inicial pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (DL 200)⁷⁵ e final pelo Decreto-lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986, durando metade do lapso temporal da primeira fase, que foi de 45 anos, com uma política de contratações públicas substancialmente distinta daquela existente até então.⁷⁶

⁷³ “Art. 742. Em todos os fornecimentos feitos às repartições públicas federais serão preferidos, em igualdade de condições, os proponentes nacionais.

...

Art. 744. É lícito ao Governo estipular uma segunda cláusula que, no caso de absoluta igualdade, entre duas propostas com direito à melhor classificação, sirva para decidir a quem cabe a preferência”.

⁷⁴ Nesse sentido, LASO, Enrique Sayagués. *La Licitación Pública*. Montevideo. B de F Ltda, 1940, p. 1, atualizada em 2005, por Hugo Daniel Martins e Ruben Flores Dapkevicius; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 1ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1964, p. 241.

⁷⁵ Destaca-se que o tema da licitação havia sido tratado, mesmo que em poucos artigos (oito, sendo um vetado), pela Lei 4.401 de 10 de setembro de 1964, inovando com a vinculação dos limites das modalidades ao valor do maior salário mínimo vigente no País e a possibilidade da vitória da “proposta mais conveniente”, em detrimento da menor valor. O Decreto-lei 200/67 continua em vigor, tendo sido revogados os dispositivos referentes à licitação, pelo Decreto-lei 2.300/86.

⁷⁶ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. São Paulo. Malheiros Editores, 2013 (1ª ed.), p.47

O sistema anterior já se apresentava regido por leis deficientes e obsoletas, alteradas constantemente por legislação extravagante, a dificultarem, confundirem e desordenarem cada vez mais o instituto da licitação. As respectivas inovações introduzidas pelo decreto-lei nº 200/67 na temática atenderam as veementes demandas da doutrina, da jurisprudência e da própria Administração brasileira.⁷⁷

Porém, para entender melhor o cenário no qual surgiram as transformações no plano normativo das licitações e contratos, com a edição do DL 200, faz-se necessária a respectiva contextualização política e econômica brasileira daquela época.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, dominava um sentimento de otimismo no país que se transformou em euforia ao final da década de 50. No entanto, tal cenário se transformou a partir de 1961, no qual as dificuldades conduziram a um ambiente de pessimismo, num período denominado Crise Brasileira, de caráter político e econômico. Com a crise estabelecida, o setor privado estabeleceu pressão para que o Governo comprasse a sua produção excedente, agravando o problema do *déficit* orçamentário.⁷⁸

No campo político, no período que antecedeu a emissão do DL 200, o país era governado por militares e tecnocratas com ausência dos grupos empresarial industrial e político. Era um governo de origem social na classe média tradicionalista, desvinculada do processo produtivo nacional, idealista e crente que, com a emissão de leis, poderia promover o desenvolvimento econômico. Sendo assim, a época foi caracterizada pela proliferação de atos legais e normativos.⁷⁹

Outro aspecto a ser destacado era o ambiente reformista, iniciado em meados da década de 50, no qual o DL 200 foi editado. Em 1964, o governo Castello Branco instituiu comissão especial (COMESTRA) para cuidar da reforma administrativa, tendo como presidente o ministro-extraordinário para o Planejamento e Coordenação, Roberto Campos, e, como base dos trabalhos, o projeto de lei orgânica da reforma administrativa, elaborado no governo João Goulart sob a coordenação do deputado Amaral Peixoto. A Comissão tratou de

⁷⁷ DAYRELL, Carlos Leopoldo elenca trinta e duas normas no período *in* Das Licitações na administração pública. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 1973, pp.23. Parece-me que tal crítica da doutrina foi constante em todas as fases de longa duração e que o fenômeno não se difere em nada da fase atual das licitações e contratos, que tem por núcleo central a Lei 8.666/93, que Rosilho denomina de “fetichismo legal” *in* ROSILHO, André Janjácómo. Licitação no Brasil. 1ª ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2013.

⁷⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e Crise no Brasil 1930-1967*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968, pp. 128 e 153. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2112>. Acesso em 04 jul. 2014.

⁷⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e Crise no Brasil 1930-1967*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968, pp. 170-171. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2112>. Acesso em 04 jul. 2014.

rever todas as propostas existentes para a área desde o governo Kubitschek, tendo, inclusive, retirado projetos de lei em tramitação no Congresso.⁸⁰

Ao final de 36 meses de trabalho, a COMESTRA apresentou um anteprojeto que se transformou no DL 200. Tal normativo tinha por característica ser um híbrido de regras e procedimentos, postulados por José de Nazareth Teixeira Dias, Secretário-executivo do Ministério de Roberto Campos, e um conjunto de conceitos chave e diretrizes, proposição defendida por Hélio Beltrão.⁸¹

A familiaridade com o ambiente da administração pública influenciou o pensamento de Dias que advogava contra a centralização e em favor da simplificação dos procedimentos de compra e contratação. Como consequência, o DL 200 tinha como característica a simplicidade normativa e um baixo grau de interferência, concedendo boa margem de discricionariedade à Administração para decidir sobre qual a melhor forma de efetuar as compras governamentais na rotina administrativa, como também o fez a legislação sobre licitação de 1922.⁸²

Cabe salientar que somente a partir da Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, praticamente um ano e meio após a edição do DL 200, que o seu conteúdo relativo às licitações e contratações públicas passou a ser aplicáveis para Estados e Municípios.⁸³

Da ampla margem discricionária concedida pelo DL 200 e da aplicabilidade do decreto aos Estados e Municípios, decorreu a proliferação de normas e regulamentos referente à matéria no âmbito dos órgãos federais, bem como dos entes federativos estaduais e municipais, além de inúmeras regulamentações temáticas, a fim de preencher as necessidades da norma-quadro. O que não era definido por esses instrumentos normativos era

⁸⁰ Ciro Campos Christo FERNANDES realiza divisão semelhante in Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV, Tese de Doutorado, 2010, p. 86 e OLIVEIRA JUNIOR, Olavo Brasil. *As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos*. Revista do Serviço Público. Ano 49 Número 2. Abr-Jun 1998, p. 13.

⁸¹ Ciro Campos Christo FERNANDES in Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV, Tese de Doutorado, 2010, p. 83 e OLIVEIRA JUNIOR, Olavo Brasil. *As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos*. Revista do Serviço Público. Ano 49, nº 2. Abr-Jun 1998, p. 13.

⁸² ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. São Paulo. Malheiros Editores, 2013 (1ª ed.), p.51.

⁸³ Em relação às empresas estatais, observados os princípios da licitação, aquelas sob controle do Poder Público poderiam produzir suas próprias normas. CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. *Licitações nas empresas estatais*. São Paulo: McGraw-Hil do Brasil, 1979, p 14.

regulamentado pelos editais, que foi mais um meio utilizado pela discricionariedade administrativa concedida.⁸⁴

A questão temporal também se torna interessante quando se leva em consideração que, embora a constituição tivesse sido datada em 24 de janeiro de 1967, ela somente entraria em vigor em 15 de março do mesmo ano. Sendo assim, Castello Branco baseou-se, ainda, nos poderes extraordinários conferidos pelo Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966 para editá-lo.

Outra característica interessante da política de contratação pública da segunda fase, depreendida da leitura do artigo 10, nos seus parágrafos 1º e 7º, é a ênfase nos contratos administrativos através da diretriz de transferência da realização material de tarefas executivas para a órbita privada, pela execução indireta e sempre que possível, a fim de racionalizar o emprego dos recursos de pessoal e material da Administração Pública.⁸⁵

Assim como nos Decretos nº 4.536/1922 e nº 15.783/1922, que legislavam sobre a contratação pública na primeira fase, o DL 200 não tinha, nos seus vinte artigos destinados ao tema, a finalidade expressa da licitação no sentido de atendimento às políticas públicas como interesse público adicional à aquisição de bens e contratação de serviços. Nesta segunda fase, a primeira norma que viria claramente a estabelecer a licitação como instrumento de política pública foi o Decreto nº 64.345, de 10 de abril de 1969, que instituíam normas para a contratação de serviços, objetivando o desenvolvimento da Engenharia nacional.⁸⁶

A edição do Decreto nº 6.435/69 foi resultante de uma tendência mundial protecionista nos fins da década de 1960 e 70, incentivada por uma modelagem contratual realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) para países em desenvolvimento, bem como pela política desenvolvimentista nacional em um período de construção de grandes obras de

⁸⁴ DAYRELL, Carlos Leopoldo elenca trinta e duas normas no período *in Das Licitações na administração pública*. Rio de Janeiro: Forense. 1973 (1ª ed.), pp.158-286. Da mesma forma, Hely Lopes Meireles *in Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973 (1ª ed.), p.275 – 354; Servídio Américo. *Dispensa de licitação pública*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1979, pp.137-186;

⁸⁵ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:...

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões (grifo pelo autor)...

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato (grifo pelo autor), desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

⁸⁶ Complementado pelo decreto nº 66.717, de 15 de junho de 1970, decreto nº 66.864, de 10 de julho de 1970 e decreto nº 73.685, de 19 de fevereiro de 1974 e revogado pelo [decreto de 14 de maio de 1991](#).

infraestrutura no país, como grandes usinas hidrelétricas, aeroportos, pontes e recuperação dos portos brasileiros.⁸⁷

Praticamente todas as obras de grande vulto do período foram realizadas por empresas nacionais e, em alguns casos, em consórcio com empresas estrangeiras, o que ratifica a implementação de uma específica política pública desenvolvimentista através da reserva de mercado sustentada pela contratação pública.⁸⁸

Assim sendo, o Decreto nº 6.435/69 é editado segundo a concepção econômica liberal, como fórmula preferencial para propiciar a atuação das empresas nacionais em escala compatível com as exigências da moderna economia, utilizando a licitação como meio indutor de absorção de tecnologia.⁸⁹

Outra importante colaboração do Decreto nº 6.435/69 no plano jurídico foi o reconhecimento da personalidade jurídica das empresas de engenharia, em contraste à concepção anterior da engenharia somente como profissão liberal. O Decreto nº 66.717/70, que modificou o Decreto nº 6.435/69, definiu o que se entendia por serviço de engenharia, para fins de reserva de mercado para as contratações públicas.⁹⁰

De maneira uniforme, a doutrina nacional e estrangeira, assim como no regime anterior, aborda a licitação, quanto à sua finalidade, lastreada em razões de natureza ética, como aplicação dos princípios, principalmente atuando concretamente o da isonomia e as vantagens que decorrem do seu emprego.⁹¹ Em relação ao aspecto econômico, a licitação passa a assumir importante papel, em razão dos crescentes gastos da Administração Pública advindos das exigências pela complexidade moderna, aumentado a esfera de atuação do Estado, consumidor considerável de bens e serviços.⁹²

O DL 200, como exceção à política da obrigação de licitar, elencou as hipóteses de dispensa, no artigo 126, relacionando nove hipóteses, três a mais que o anterior, o Decreto nº 15.783/22. Todavia, da mesma forma que a legislação de 1922, o DL 200 tratou a matéria de

⁸⁷ COUTO E SILVA, Clóvis v. *Contratos de engineering*. Revista de informação legislativa, v.29, nº 115, p. 509-511. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176014>>. Acesso em 05 jul. 2014.

⁸⁸ Idem. Para os grandes eventos, na atualidade, foi editado o RDC para as obras de grande vulto.

⁸⁹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Reflexões sobre a privatização, parcerias e a política econômica*. Disponível em: <<http://www.uepg.br/rj/a1v1at01.htm>>. Acesso em 05 jul. 2014.

⁹⁰ Gil, Fábio Coutinho Alcântara. *Onerosidade excessiva em contratos de engineering*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Tese de Doutorado, 2007, p. 86. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24052011-143442/pt-br.php>>. Acesso em 05 jul. 2014.

⁹¹ DAYRELL, Carlos Leopoldo elenca trinta e duas normas no período in *Das Licitações na administração pública*. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 1973, pp.158-286. Da mesma forma, Hely Lopes Meireles in *Licitação e contrato administrativo*. 1ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1973, p.17-19.

⁹² DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da licitação*. São Paulo: Juriscredi. 1972 (1ª ed.), p.11.

forma desordenada sem dar-lhe tratamento sistemático, enquadrando situações em que a licitação seria materialmente impossível (aquisição de obras de arte) e contrária ao interesse público (extrema urgência, calamidade e segurança nacional).⁹³

A doutrina contemporânea ao DL 200 era unânime ao afirmar que seria possível concluir que o legislador não tratou de forma distinta a dispensa e a inexigibilidade de licitação.⁹⁴ Segue o texto do artigo 126 do DL 200:

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

§ 1º A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta lei.

§ 2º É dispensável a licitação:

- a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;
- b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República;
- c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas neste caso, as condições preestabelecidas;
- d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;
- e) na aquisição de obras de arte e objetos históricos;
- f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário;
- g) na aquisição ou arrendamento de imóveis destinados ao Serviço Público;
- h) nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos;
- i) nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidos como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de compras, e serviços, e a cinquenta vezes, no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal.

§ 3º A utilização da faculdade contida na alínea *h* do parágrafo anterior deverá ser imediatamente objeto de justificação perante a autoridade superior, que julgará do acerto da medida e, se for o caso, promoverá a responsabilidade do funcionário.

Da leitura das hipóteses de afastamento da licitação, conclui-se que a única inovação em relação ao Regulamento Geral de Contabilidade Pública foi a letra “e”, do artigo 126, que dispensava a licitação para aquisição de obras de arte e objetos históricos. De forma direta ou indireta, todos os casos previstos anteriormente, fora a exceção citada, estavam contidos no DL 200.

Da mesma forma, estabelecendo-se uma comparação com a legislação atualmente em vigor, todas as hipóteses do DL 200 são semelhantes às previstas nos artigos 24 e 25 da Lei nº

⁹³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da licitação*. São Paulo. Juriscredi. 1972 (1ª ed.), p.43.

⁹⁴ Nesse sentido, AMÉRICO, Servídio. *Dispensa de licitação pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979, pp 72-76; SILVA, José Afonso da, *Licitações*. Revista do Direito Público n. 7, pp. 57-58; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Aplicação de normas do Decreto-lei 200, de 1967, aos municípios*. Revista do Direito Público n. 8, pp. 96 e SS. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1975 (2ª ed.), p. 115.

8.666/93, somente diferenciando-se porque naquela não havia a sistemática do enquadramento em dispensável e inexigível.

Objeto do presente trabalho, as hipóteses que se enquadram no critério do afastamento da licitação, em razão da destinação da contratação, no qual se buscam outras finalidades além da vantagem econômica, eram as dispostas nas letras “b” (segurança nacional), “e” (obras de arte e objetos históricos) e “g” (aquisição ou arrendamento de imóveis) do artigo 126.⁹⁵

De forma semelhante, observam-se anteriormente na fase um das licitações (1922-1967) as hipóteses de exceção ao processo licitatório, principalmente pelo fato de as letras “b”, “e” e “g” não terem por finalidade a consecução de demandas de política pública, além da vantagem econômica. Nestes três casos, os objetivos relacionados ao interesse público eram a preservação do sigilo da contratação, a impossibilidade material da competição e a ausência da satisfação da Administração na aquisição ou locação de outro objeto, respectivamente.⁹⁶

Seguindo as diretrizes de otimização da atividade administrativa, nas quais as contratações públicas eram reguladas principalmente pelos editais, o DL 200 foi bastante simplista ao tratar do julgamento das propostas, nos artigos 130 e 133, utilizando conceitos abertos e concedendo ampla margem de discricionariedade ao administrador que poderia estipular um número sem fim de critérios, desde que esses tivessem como fundamento o interesse do serviço público.⁹⁷

De maneira diversa dos textos normativos de 1922, que previa a utilização da preferência aos fornecedores nacionais, nas situações de igualdade de condições, o DL 200 foi omissivo na regulamentação do tema, delegando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem como aos responsáveis pelos editais,⁹⁸ a estipulação de regras tanto para a preferência,

⁹⁵ Critério adotado segundo JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo. Dialética, 2005 (11ª ed.), p. 234.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo. Dialética, 2005 (11ª ed.), pp. 249-250 e 256-257.

⁹⁷ Art. 130. No edital indicar-se-á, com antecedência prevista, pelo menos:

...

IV - Critério de julgamento das propostas.

Art. 133. Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes estabelecidas no edital.

Parágrafo único. Será obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não for escolhida a proposta de menor preço.

⁹⁸ FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Concorrência Pública*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1969, p. 78.

quanto para o desempate, vislumbrando-se oportunidades para a implementação de políticas públicas sociais ou de desenvolvimento nacional.⁹⁹

Nesse sentido, o DL 200 inovou ao refutar o critério rígido e draconiano da proposta mais barata, vigente na legislação revogada, substituindo a ideia do mais barato para o mais vantajoso, ação decorrente das reclamações doutrinárias, jurisprudenciais e da própria Administração.¹⁰⁰

Assim, em 1967, os fatores para julgamento tornam-se mutáveis de licitação para licitação, em virtude de os fins serem almejados pela Administração, que são diversificados em cada obra, serviço ou compra, diante das circunstâncias, das peculiaridades e das finalidades da realização administrativa. Em consequência, em determinadas licitações preponderou o critério econômico, noutras, a técnica e noutras, ainda, a combinação da técnica e do preço. Em síntese, a classificação das propostas vinculou-se aos critérios estabelecidos, sendo este realizado pela Administração dentro dos limites da discricionariedade, a fim de atingir o interesse do serviço público.¹⁰¹

Os critérios de legitimidade e discricção deviam ser condicionados por adequada regulamentação no sentido de balizar a liberdade do administrador, através das cláusulas editalícias e das normas legais, e de tornar vinculado o ato de julgamento e classificação da proposta mais vantajosa.¹⁰²

Fica evidente que as cláusulas de discricionariedade vinculavam as propostas ao edital, pois se estabeleciam critérios de julgamento único para todos os proponentes, pois ao contrário, se violaria o princípio da igualdade, considerado fundamental da licitação. A

⁹⁹ No âmbito do Governo federal a Portaria 36/1970, no capítulo 7, regulamentava os critérios de julgamento e desempate, prevendo hipóteses de oferecimento de descontos pelos proponentes. No mesmo sentido, a Portaria 442-GB, de 8 de abril de 1970, do Ministério do Exército, no artigo 45 estipulou a preferência por licitantes e artigos nacionais em detrimento aos estrangeiros.

No âmbito estadual, a Lei 7.000, de 26 de junho de 1968, no artigo 62, previa situações de preferências e de preferência. A Lei 89, de 27 de dezembro de 1972, que dispunha sobre as licitações contratos no Estado de São Paulo, não inovou em relação ao Decreto-lei 200/67, repetindo o texto legal no artigo 35.

¹⁰⁰ DAYRELL, Carlos Leopoldo. *Das Licitações na administração pública*. Rio de Janeiro. Forense. 1973 (1ª ed.), pp.39-42. Em 1973, o autor considerava a inovação do artigo 133, indubitavelmente, a maior e mais importante modificação introduzida no processo licitatório, pelo direito positivo brasileiro.

No mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1973 (1ª ed.). pp. 140-141.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1973 (1ª ed.), p.141.

¹⁰² BARROS JUNIOR, CARLOS S. *Das concorrências*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Volume 62, n. 2, 1967, pp 250-251. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5391>. Acesso em 06 jul. 2014.

dificuldade estava em definir regras precisas, por se tratar de questões de fato, nas quais seria indispensável a análise do caso concreto.¹⁰³

Assim sendo, a preferência justificada a certos licitantes, segundo textos legais e regulamentares, incluindo os editais, não envolviam violação ao princípio da isonomia ou da igualdade de tratamento entre os candidatos, tolerando-se, por exemplo, em igualdade de condições, benefícios aos produtos e licitantes nacionais e aos proponentes estrangeiros estabelecidos no País, sobre os não estabelecidos e às fundações filantrópicas e das sociedades cooperativas.¹⁰⁴

No mesmo sentido, em razão de política econômica, legalmente disposta pela entidade pública, mesmo não havendo igualdade de condições, poderiam se estabelecer preferências aos produtos e licitantes nacionais e aos proponentes estrangeiros estabelecidos no País sobre os não estabelecidos.

Dessa forma, conclui-se parcialmente que a legislação referente ao período de 1967 a 1986, quanto à sua finalidade e implantação de políticas públicas através da licitação, inovou ao editar o Decreto nº 64.345, de 10 de abril de 1969, que instituía normas para a contratação de serviços, objetivando o desenvolvimento da Engenharia nacional. A ementa não poderia ser mais clara quanto ao seu objetivo desenvolvimentista e qual instrumento seria utilizado para se atingir tal propósito.

Sobre a segunda vertente de abordagem, o DL 200 não inovou sobre as hipóteses de afastamento da licitação em relação à legislação anterior no que tange a sua aplicação extra econômica, visando a implementação de políticas públicas.

Quanto à aplicação de margem de preferência na fase de julgamento e classificação das propostas, a regulamentação infra DL 200 estabelecia critérios de preferência somente nos casos de empate, da mesma forma que a legislação de 1922. Todavia, o artigo 133 do Decreto de 1967 possibilitou a estipulação de infinitos critérios não econômicos pela Administração para o julgamento das propostas, desde que atendessem ao interesse do serviço público. Assim sendo, em tese, as metas traçadas em políticas públicas poderiam ser realizadas através das licitações públicas com a aplicação da preferência.

¹⁰³ Enrique Sayagués Laso. *La Licitación Pública*. Montevideo: B de F Ltda, 1940, p. 155. Atualizada em 2005, por Hugo Daniel Martins e Ruben Flores Dapkevicius.

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Da licitação*. São Paulo: Bushatsky, 1978, p.75-76.

1.4.3. Decreto-Lei nº2.300/1986

A edição do estatuto das licitações e contratos, na forma do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986 (DL 2.300), derivou da necessidade impostergável de a União atualizar, sistematizar e complementar a legislação anterior vigente, que tinha como núcleo normativo o Decreto-lei nº 200, de 1967, e que continha poucas e acidentárias regras sobre licitações que já não mais atendiam as necessidades mínimas da máquina administrativa da União e de suas autarquias, no que se refere à sua política de aquisições e alienações, fosse de bens, fosse de obras, fosse de serviços.¹⁰⁵

Como parte da agenda da reforma administrativa do governo Sarney, o DL 2.300 enquadrou as entidades da administração indireta e os demais níveis de governo (estados e municípios), submetendo-os às regras e procedimentos do estatuto. As fundações foram expressamente subordinadas à estrutura e normas da administração pública, por força de decretoeditado simultaneamente ao estatuto. A centralização se impôs sobre as entidades da administração indireta com a uniformização de regras e imposição de controles rígidos.¹⁰⁶

Logo, a aplicação das disposições do DL 2.300 teve por consequência a perda de autonomia e a reversão centralizadora da normatização e operacionalização das rotinas e procedimentos de gestão sobre as entidades que compunham a administração indireta, particularmente as fundações e empresas estatais.

O DL 2.300 disciplinou a matéria de licitações e contratos em todos os seus aspectos administrativos e financeiros, editando regras específicas para a União e suas autarquias e prevendo a aplicação tão somente das suas “normas gerais”, aos estados e municípios. Este dispositivo reacendia a controvérsia anteriormente estabelecida com relação ao DL 200 a respeito das prerrogativas da União em regulamentar os procedimentos de licitação para estados e municípios.¹⁰⁷

Assim sendo, a aplicação do DL 2.300 acarretou a centralização normativa e a imposição de um plano normativo mais rígido a todos os órgãos e entidades da administração pública. Este resultado paradoxal da reforma do governo Sarney na área de compras e contratações se explica porque o Decreto-lei se destinava, na verdade, a reger a administração

¹⁰⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 17.

¹⁰⁶ FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira*. Rio de Janeiro, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV, Tese de Doutorado, 2010, p. 118-119.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 31.

direta, complementado por regulamentos adequados às autarquias e fundações, empresas estatais e setores com características específicas, como defesa e ciência e tecnologia.¹⁰⁸

Retomando as três vertentes de abordagem de estudo adotados será analisada a finalidade da licitação no DL 2.300, as regras de afastamento da licitação (hipóteses de dispensa) e as regras de preferência no julgamento das propostas.

Em referência ao primeiro eixo de estudo, a finalidade legal da licitação restringia-se a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, segundo o contrato de seu interesse.¹⁰⁹ Não obstante o dispositivo enunciar uma única finalidade, a doutrina contemporânea ao DL 2.300 acrescentou outros objetivos da licitação, como a limitação da discricionariedade da autoridade que contrata, bem como restringir o arbítrio das opções, cercear a livre escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interesse público.¹¹⁰ Logo, o DL 2.300/86 não trazia no seu texto legal, o dever ou a possibilidade de utilização para realização de objetivos secundários de políticas públicas.

Em matéria de afastamento da obrigatoriedade de licitar, segundo eixo de estudo, o DL 2.300 alterou profundamente a sistemática de licitação até então vigente, ao introduzir os conceitos de licitação dispensada, licitação dispensável e inexigibilidade, sendo adotados os mesmos critérios pelo ordenamento jurídico que o sucedeu. Abaixo seguem o texto do DL 2.300, com as alterações em relação ao normativo anterior:

“Art 22. É dispensável a licitação

...

V - quando houver comprovada necessidade e conveniência administrativa na contratação direta, para complementação de obra, serviço ou fornecimento anterior, observado o limite previsto no artigo 55 e seu parágrafo 1º;

...

VII - quando a operação envolver concessionário de serviço público e o objeto do contrato for pertinente ao da concessão;

VIII - quando a União tiver que intervir no domínio econômico, para regular preços ou normalizar o abastecimento;

IX - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos estatais incumbidos do controle oficial de preços, casos em que, observado o

¹⁰⁸ FERNANDES, Ciro Campos Christo. Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira. Rio de Janeiro, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV, Tese de Doutorado, 2010, p 119.

¹⁰⁹ DL 2.300/86. “Art 3º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1988 (8ª ed.), p. 17-18.

parágrafo único do art. 38, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços;

...
 XI - para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros padronizados ou uniformizados, por órgão oficial, quando não for possível estabelecer critério objetivo para o julgamento das propostas.

Parágrafo único. Não se aplica a exceção prevista no final do item X, deste artigo, no caso de fornecimento de bens ou prestação de serviços à própria Administração Federal, por órgãos que a integrem, ou entidades paraestatais, criadas para esse fim específico, bem assim no caso de fornecimento de bens ou serviços sujeitos a preço fixo ou tarifa, estipulados pelo poder público.

Art. 23. É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade de competição, em especial:

...
 III - para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

IV - para a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha;

...
 § 2º Ocorrendo a rescisão prevista no artigo 68, é permitida a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, desde que atendidas a ordem de classificação e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

Da análise das hipóteses introduzidas pelo DL 2.300, não se vislumbra nenhum afastamento da licitação com a finalidade de implementação de políticas públicas ou de concessão de privilégios a setores produtivos ou grupos sociais estabelecidos.

Já em relação à terceira vertente, que trata das regras de preferência, o DL 2.300 dispõe sobre as condições de preferência à empresa nacional, em três dispositivos: i) o artigo 3º §2º, que admite a preferência aos bens e serviços nacionais produzidos no País por empresas nacionais; ii) artigo 22 § único, que admite preferência quando a operação envolver pessoas jurídicas de direito público interno, no caso de fornecimento de bens ou prestação de serviços por entidades criadas para esse fim e o ii) artigo 25, § 10, que exige, em concorrências internacionais, que empresas estrangeiras se consorciem com nacionais, ou tenham representante legal no País.¹¹¹

Conclui-se dessa forma que o DL 2.300 inovou ao dispor em seu texto a finalidade legal da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e ao estabelecer um regime de preferências às empresas nacionais, concedendo-lhes privilégios em hipóteses previstas em lei. Entretanto, em relação ao afastamento da licitação a fim de realização de

¹¹¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Licitação e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, pp. 30 e 31. No mesmo sentido, MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

objetivos secundários relacionados a políticas públicas, o DL 2.300/86 não inovou ao não prever hipóteses com essa finalidade.

1.4.4. A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.666/93 – A Lei Geral de Licitações

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, foi o primeiro texto a consagrar em vários dispositivos a licitação como instituto constitucional. Diferentemente de outras Constituições, a vigente reforça objetivamente a obrigatoriedade da licitação, atribuindo à União a competência para a elaboração de normas gerais de licitação e contratação, extensivas à Administração Pública direta e indireta, incluindo as fundações públicas.¹¹² Da leitura da Constituição de 1988, extraem-se cinco dispositivos que fazem referência direta à licitação, como se vê a seguir.

Em um primeiro momento, o artigo 22, inciso XXVII, fixa a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Em seguida, no artigo 37, inciso XXI, atribui o *status* constitucional ao instituto da licitação e, 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.

No título da Ordem Econômica e Financeira, a Carta Magna de 1988 em dois dispositivos, artigos 173, §1º, e artigo 175, autoriza a lei estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias, podendo dispor sobre licitações e contratos, observados os princípios da Administração, bem como condicionar a concessão e a permissão à realização de licitação.

¹¹²MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 15 e 16.

Por último, o título da Ordem Social, no artigo 195, § 3º, dispõe sobre o impedimento do Poder Público em contratar pessoa jurídica com débito com a Seguridade Social.

Como regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a Lei nº 8.666/93 institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, no plano infraconstitucional e, como já dito, se propôs a unificar tudo o que se relacionasse ao tema e, por esse motivo, foram-lhe atribuídas denominações como Estatuto de Licitações e Contratos e Lei Geral de Licitações. Ao longo do presente trabalho, vários aspectos legais, principiológicos e fenômenos presentes em sua vigência serão tratados no sentido de contribuir para a confirmação da hipótese proposta.

1.5. A Licitação Como Instrumento de Efetivação de Políticas Públicas

Ao redor do mundo, nações desenvolvidas destinam em torno de 10 a 15% do produto interno bruto (PIB) para as compras governamentais de bens, serviços e obras, e esse percentual pode chegar próximo dos 20% nas nações em desenvolvimento. Logo, existem grandes oportunidades tanto para o setor estatal como para o empresarial, transformando a licitação num complexo processo de equilíbrio entre os interesses públicos e privados. Isso significa dizer que nenhuma norma ou interpretação pode se propor a gerar benefícios ou vantagens para uma parte, enquanto diminui os benefícios para a outra parte.¹¹³

Por outro lado, processos licitatórios mal regulamentados e ineficientes afetarão não somente as partes interessadas no contrato, o Estado e o fornecedor, mas também os contribuintes e a sociedade como um todo, pois os escassos recursos públicos serão drenados e ocasionarão impactos diretos nas necessidades imediatas e mediatas do contrato. Por esta perspectiva, pode se considerar a licitação como um dos maiores condutores da economia de um país, que pode ser utilizado para a consecução de objetivos secundários de interesse público.

A localização da licitação na esfera pública é a condição de tornar-se objeto de política pública e de regulação do Estado, pois afeta as pessoas em comunidade. O governo é o principal gestor dos recursos e, por isso, é obrigado a atender e a resolver os problemas e levar

¹¹³BALDWIN, R.; EVENETT, S.; LOW, P. *Beyond tariffs: multilateralizing non-tariff RTA commitments*. In: BALDWIN, R.; LOW, P. (Ed.). *Multilateralizing regionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 93-94.

adiante todas as fases que sejam necessárias à efetivação de políticas públicas.¹¹⁴ Portanto, na formulação das propostas pelos agentes privados que pretendem contratar com a administração pública, não será somente levada em consideração a valoração econômica, mas também um conjunto de direitos a serem realizados. Em outras palavras, o valor econômico de um bem a ser contratado dependerá dos direitos a ele anexados.¹¹⁵

1.5.1. Direito Administrativo como realizador das políticas públicas

Por se tratar de tema multidisciplinar, as políticas públicas não conhecem ainda uma definição exata na doutrina e na literatura, restando aos modelos de análise e sua respectiva metodologia a concepção a ser adotada.¹¹⁶ Assim sendo, o fenômeno “políticas públicas” possui uma pluralidade de significados, podendo ser identificado como um programa de ação governamental, uma atividade administrativa ou, ainda, como uma categoria normativa ou um conjunto de processos juridicamente regulados.¹¹⁷

As políticas públicas se desenvolvem na intersecção entre a ciência do Direito, orientada pela aplicação concreta de princípios constitucionais, normas e jurisprudência dos tribunais, e a Ciência Política, norteadas com o estudo do poder do Estado e dos atores políticos que irão atuar em todas as fases de formulação, execução e análise.¹¹⁸

Ao se debater as características que configuram as políticas públicas como extremamente complexas, um conjunto de questões e elementos que interagem ao longo do processo de implementação, avaliação e revisão da política, é suscitado, como, por exemplo, a existência de centenas de atores oriundos de diversos grupos de interesse, órgãos

¹¹⁴DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012, p.11.

¹¹⁵ GREFFE, Xavier. *Économie des politiques publiques*. Paris: Dalloz, 2ª Ed., 1997, p. 176.

¹¹⁶SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 2. No mesmo sentido, GODOY, Larissa R. C. *O financiamento de áreas protegidas no Brasil: limites e possibilidades da compensação ambiental do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza-SNUC*. Dissertação de mestrado. Brasília: Uniceub, 2014, p. 22.

¹¹⁷ MACHADO, Clara Cardoso. *Propugnando um conceito jurídico-metodológico de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais*. In Revista Evocati, nº 51, Mar/2010. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=402>. Acesso em: 31 jul. 2014.

¹¹⁸ ANJOS, Pedro Germano dos. *A filosofia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer e as escolhas orçamentárias de políticas públicas*. In: Revista Prismas: Direitos, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, UniCeub, v.6, p. 265-303, jul./dez. 2009. Disponível em <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/846/851>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

governamentais, parlamentares de diversos níveis, acadêmicos, pesquisadores e juízes, com valores e interesses, percepções da situação e preferências políticas diferentes.¹¹⁹

Da afirmação da dinâmica e da falta de consenso sobre o conceito geral sobre políticas públicas, destaca-se a reflexão de Dallari Bucci que se posiciona distintamente em dois momentos da produção de seus textos. Num primeiro, a autora define políticas públicas como sendo "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados."¹²⁰

Num segundo momento, define as políticas públicas como:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.”¹²¹

Mesmo se tendo a percepção de complexidade da política pública no primeiro momento, a concepção se limitava à sua organização e programação formal, com objetivos e metas formais, decorrentes da programação orçamentária. A incorporação das expressões “processo” e “conjunto de processos juridicamente regulados” ao conceito, em um segundo momento, é um aprimoramento da visão instrumental e formal das políticas públicas. Esta deve ser percebida como um conjunto juridicamente ordenando de atos, ações (atividades não jurídicas) e arranjos institucionais complexos.¹²²

Retoma-se, assim, o conceito de política pública como ação governamental, unidade em torno da qual se movem os agentes públicos e privados, objetivando obter a decisão e sua execução, sendo a processualidade aplicada aos vários processos jurídicos que materializam as políticas públicas. Para o entendimento da conexão entre a política e o direito, cujas tensões movem a formação e implementação das políticas públicas, é necessária a análise da organização interna da atividade administrativa (processo administrativo), a defesa judicial

¹¹⁹ SABATIER, Paul A. *The need for better theories*. In Theories of the policy process. Paul Sabatier (org). Colorado: Westview Press, 2a ed., 2007, p.3

¹²⁰BUCCI, Maria Paula D.. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

¹²¹ BUCCI, Maria Paula D.. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹²² SILVA, Frederico Augusto Barbosa da; ARAÚJO, Herton Ellery. *Cultura Viva: avaliação do programa arte educação e cidadania* (orgs). Brasília: IPEA, 2010, p. 20.

das demandas por realização e implementação das políticas públicas (processo judicial), a participação do governo na elaboração das leis (processo legislativo) e a alocação de meios para as políticas públicas (processos orçamentário e de planejamento).¹²³

Pierre Muller designa a política pública como “*el Estado em acción*”, revelando a diferença na clássica conceituação dos termos “*policy (la política pública como programa de acción) y politics (la política como actividad general)*. *La cuestión se reduce entonces a preguntarse: ¿Las políticas públicas cambian la vida política?*”¹²⁴

Da pressuposição da separação Estado e sociedade, a expressão política pública designa atuação do Estado, intervindo na ordem social e desenvolvendo tais políticas, agindo não somente como produtor do direito e provedor da segurança, mas também conduzindo o processo econômico e social. Logo, o direito positivo é utilizado como instrumento de políticas públicas, substituindo o *government by Law* pelo *government by policies*, legitimando o Estado pela realização de políticas e programas de ação. O próprio direito passa a se manifestar como uma política pública, por se inserir na definição de que todas as atuações estatais, cobrindo todas as atuações do Poder Público na vida social podem ser designadas como políticas públicas.¹²⁵

Da utilização do direito positivo como instrumento de políticas públicas decorre o fenômeno da “juridificação” do poder político, na medida em que os modos de exercício do poder do Estado se transformaram em nome da proteção aos direitos e valores da cidadania, da democracia e da sustentabilidade ambiental, reclamando a integração das dimensões política e jurídica, imbricando aquela de técnica, de gestão pública e sendo regrada pelo direito.¹²⁶

As definições apresentadas convergem para o entendimento de que as políticas públicas compreendem ações e programas que têm por finalidade efetivar os princípios, normas, valores e escolhas conformadores do sistema juspolítico estabelecido pela ordem constitucional de determinado Estado nacional, tornando realidade a Constituição no cotidiano dos cidadãos. Assim sendo, as políticas públicas se desdobram em três planos: o

¹²³ BUCCI, Maria Paula Dallari.. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. Pp 40-41.

¹²⁴ MULLER, Pierre. *Las Políticas Públicas*. Traducido Jean-François Jolly y Carlos Salazar Vargas. Bogotá: D.C. Colombia, 2002, p. 25

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros editores, 2011 (8ª ed.), pp 26-28.

¹²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari.. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. P 34.

estratégico, com sede constitucional em que se formulam as linhas e diretrizes gerais das políticas públicas, e o gerencial e operacional, que estarão sediados em conjuntos normativos infraconstitucionais, em sua maioria, no direito administrativo.¹²⁷

E é justamente da conexão entre o estratégico e o gerencial (operacional) que surge o enlace entre o direito constitucional e o direito administrativo, sendo esse o realizador daquele por se ocupar “do estudo da instituição estatal, em sua vertente executiva, enquanto o direito constitucional trata da organização do poder e dos direitos do cidadão”, que estabelecerão marcos positivos e negativos para o exercício do poder estatal. Em outros países, como a Inglaterra, o direito administrativo é uma subdivisão do direito constitucional não desligada do tronco principal, sendo o direito ramificado definido em função das políticas públicas que determinarão o momento da atuação após a definição daquelas.¹²⁸

Outro elemento de conexão entre o direito administrativo e as políticas públicas é, como dito anteriormente, a processualidade aplicada aos vários processos jurídicos que materializam as políticas públicas. Bucci, citando Smith e Barrier, afirma que no direito administrativo sobressai-se o papel do processo administrativo, pois é o ramo do direito público que lida com a operação real do governo, por meio do processo, que se iniciará com a determinação das políticas e implementação da legislação básica necessária.”

Na essência, o direito administrativo é a parte do direito constitucional que revela que limites tangíveis e aplicáveis podem ser postos para a ação administrativa. Da mesma forma, no direito administrativo norte-americano, o processo administrativo é o escopo do direito administrativo “visto como processo contraditório para se chegar à definição do interesse público prioritário para a atuação da Administração Pública”.¹²⁹

Kenneth Warren, citando Sallyanne Payton, “reconhecendo que o direito administrativo é inerentemente um assunto político preocupado principalmente com o processo, afirma que ‘os processos são poder; eles podem ajudar ou atrapalhar as agências em realizar suas missões, poderá obrigar as agências a redefinir suas missões ou seus constituintes, podem proporcionar visibilidade aos processos de tomada de decisão e, assim, facilitar o controle político, e assim por diante. As preferências por um tipo de tomada de decisão ou processo em detrimento de outro estão na base das preferências políticas.’”¹³⁰

¹²⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012 (2ed. rev.atual e ampl), p. 30.

¹²⁸BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67-69 e 248.

¹²⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 67-68.

¹³⁰WARREN, Kenneth. *Administrative law in the political system*. Colorado: Westviewpress, 2010 (5ª ed.), p.31.

Da natureza e da ampliação gradual do escopo do direito administrativo, derivam alguns questionamentos, entre outros, na efetivação das políticas públicas: i) quanto de poder deve ser delegado a órgãos administrativos; ii) qual a medida de discricionariedade administrativa é suficiente; iii) se a doutrina da imunidade soberana estende muito poder a órgãos governamentais; iv) o que constitui “arbitrariedades e caprichos” nas decisões da agência; v) quais são os componentes de um “juízo justo” e vi) como os agentes administrativos estão autorizados a administrar necessidades de políticas públicas sem infringir os direitos dos indivíduos.¹³¹

Diante dos questionamentos e outras razões, o desafio da administração pública torna-se cada vez maior e requer mais empenho dos estudiosos e dos profissionais da área de políticas públicas, a fim de dar-lhe a resposta cobrada. Enquanto o Estado tende à diminuição, o trabalho de administrá-lo está aumentando, não podendo a sociedade depender apenas de um governo entendido e definido em termos estritos e tradicionais. Empresas e organizações devem também colaborar na resolução de problemas de natureza comum, ainda que sob a coordenação imprescindível de um governo.¹³² Emerge, assim, uma nova postura do Direito Administrativo tradicional perante a institucionalização das políticas públicas:

O Direito Administrativo tradicional vem sofrendo profundas alterações decorrentes da institucionalização de políticas públicas e da inserção dos debates sobre o tema no campo jurídico-administrativo. Deixa-se, assim, de centrar a discussão na órbita exclusiva dos atos administrativos, ampliando o leque de problematizações para uma instância antecedente a qualquer decisão dos agentes públicos. Não há como focar adequadamente o tema das políticas públicas num cenário de complexidade, como o atual, sem centrar o debate sobre os regimes políticos que constroem o modo-de-ser cultural dos cidadãos e da própria Administração Pública.¹³³

¹³¹WARREN, Kenneth. *Administrative law in the political system*. Colorado: Westviewpress, 2010 (5ª ed.), p.31.

¹³² HEIDEMANN, Francisco G. *Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento*. In Políticas públicas e desenvolvimento. Bases epistemológicas e modelos de análise. Francisco Heidemann e José Francisco Salm (org). Brasília: Editora UNB, 2009, p. 33.

¹³³Ohlweiler, Leonel. *A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno*. Verba Juris ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 295.

1.5.2. Análise da política discriminatória nas licitações no Brasil

Como já dito, a evolução histórica das compras governamentais no Brasil está estritamente relacionada à atuação da Administração Pública na consecução do interesse público que foi modificado substancialmente ao longo dos anos, em razão das constantes transformações políticas, sociais e econômicas e com a inserção do Estado brasileiro como agente condutor da economia e da aquisição de bens e serviços.¹³⁴

Partindo-se da ideia de que o dever de licitar traduz-se numa política pública constitucional, na medida em que pressupõe ser a disputa seletiva isonômica aquela que habilita o Estado à consecução da melhor prestação contratual¹³⁵, a escolha por políticas discriminatórias, com o afastamento ou a mitigação do procedimento e por meio de regras de preferência¹³⁶ ou proteção de grupos econômicos, deve ser analisada sob a ótica de política governamental. Cabe ainda destacar que o Brasil, ao optar por políticas discriminatórias na contratação pública, não inovou e nem, tampouco, divergiu do contexto global, no qual os países, principalmente aqueles em desenvolvimento e menos desenvolvidos, adotam a mesma postura.

No ordenamento jurídico brasileiro, a política discriminatória admite três distintos grupamentos, todos eles, entretanto, de alguma maneira, direcionados à concessão de privilégios aos nacionais: i) disposições com a finalidade de atribuir preferência nacional, no caso de empate entre propostas apresentadas em licitação; ii) enunciados que dispõem sobre margem de preferência, de sorte que o Estado possa, em determinadas situações, adquirir produtos manufaturados e contratar serviços nacionais numa condição mais favorável quando confrontada com propostas estrangeiras; e iii) realização de licitações somente entre nacionais, envolvendo específicos produtos manufaturados privilegiados por leis específicas,

¹³⁴ GUEDES, Aloysio Neves. *O procedimento licitatório como microsistema jurídico: apontamentos e Reflexões* in Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 5 (jan./jun. 2013), Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 41.

¹³⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012 (2ª ed. rev.atual e ampl.), p. 33.

¹³⁶ MCAFEE, R. P., MCMILLAN, J. *Auctions and Bidding*. Journal of Economic Literature. v. 25, p. 699-738, 1987. p. 716.

O objetivo da adoção de margem de preferência em uma licitação é igualar as condições de competição quando os licitantes possuem assimetrias estruturais de custos que impedem a eficiência de uma licitação, Do ponto de vista da teoria econômica, o valor da margem de preferência deve ser o suficiente para equiparar assimetrias competitivas que levam a diferenças na utilidade (para o comprador) entre a melhor oferta estrangeira e a melhor oferta nacional.

como no caso de produtos e serviços de defesa que têm seu procedimento regulado pela Lei nº 12.598/2012.¹³⁷

Em relação à margem de preferência, a Lei nº 12.349/10, alterou a LGL (Lei nº 8.666/93) conferindo aos produtos manufaturados e aos serviços nacionais que atendam as normas brasileiras uma espécie de benefício na sua aquisição por parte da Administração Pública, autorizando à administração pública a pagar até 25% mais caro que o produto estrangeiro, o que constitui o chamado *Buy Brazilian*, referência ao *Buy American Act*, que, desde 1933, privilegia os nacionais nas compras públicas dos Estados Unidos da América.

Assim sendo, o texto normativo passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

...

§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido *margem de preferência* para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A *margem de preferência* de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração

- I - geração de emprego e renda;
- II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais
- III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;
- IV - custo adicional dos produtos e serviços; e
- V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido *margem de preferência* adicional àquela prevista no § 5º.

§ 8º As *margens de preferência* por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas 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.

§ 9º As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

- I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou
- II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso

§ 10. A *margem de preferência* a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

Da leitura do dispositivo legal, conclui-se que a aplicação da *margem de preferência* busca estimular a produção e a competitividade da empresa nacional mediante a utilização do

¹³⁷ PESTANA, Márcio. *As licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51.

poder de compra do governo federal, agregando ao perfil da demanda do setor público diretriz para a promoção do desenvolvimento econômico sustentável.

O Poder Executivo federal define as margens de preferência por meio de Decreto após a proposição da Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP), instituída pelo decreto nº 7.546/2011 e baseada em estudos feitos por consultorias especializadas contratadas, revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, que identifiquem, entre outros, *o potencial de geração de emprego e renda no País, o efeito multiplicador sobre a arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, o potencial de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, o custo adicional dos produtos e serviços e, em suas revisões, a análise retrospectiva de resultados. Assim sendo, após tal inserção legislativa,*¹³⁸ vários decretos e normas foram editados regulamentando a matéria.¹³⁹

Até o presente momento, o governo brasileiro sinalizou quais os setores industriais a serem desenvolvidos, em razão dos catorze decretos específicos editados pelo Governo Federal, por meio da CI-CP, atribuindo a margem de preferência a produtos nacionais, conforme quadro 1 abaixo¹⁴⁰:

Quadro 1.1 – Decretos regulamentadores de margem de preferência

Decreto	Bem ou serviço regulamentado
decreto nº 7.709/2012	motoniveladoras e retroescavadeiras;
decreto nº 7.713/2012	fármacos e medicamentos;
decreto nº 7.756/2012	confecções e calçados;
decreto nº 7.767/2012	equipamentos médico-hospitalares;
decreto nº 7.810/2012	papel moeda;
decreto nº 7.812/2012	veículos para vias férreas;
decreto nº 7.816/2012	caminhões, furgões, e implementos rodoviários;
decreto nº 7.843/2012	disco para moeda;
decreto nº 7.840/2012	perfuratriz e patrulha mecanizada;
decreto nº 7.903/2013	equipamentos de tecnologia e comunicação;
decreto nº 8.002/2013	pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins;
decreto nº 8.186/2014	licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos;
decreto nº 8.185/2014	brinquedos, jogos, artigos para divertimento ou para esporte; e
decreto nº 8.224/2014	máquinas e equipamentos especificados no decreto

Fonte: BRASIL. Presidência da República. Disponível em < www.planalto.gov.br >. Acesso em 30 jul 2014.

¹³⁸ GRUPO I – CLASSE III – Plenário. TC-036.273/2011-2. Natureza: Consulta. Consulente: Fernando Damata Pimentel (Ministro). Unidade: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)
SUMÁRIO: CONSULTA. dúvida sobre a forma de concretizar a promoção do desenvolvimento nacional nas licitações públicas.

¹³⁹ Vide o entendimento exposto pelo Tribunal de Contas da União, no acórdão 1.317/13- plenário "a preferência deve ser viabilizada mediante a ação normativa e reguladora do Estado, visando a promover maior eficiência e qualidade do gasto público". (...) "enquanto não for publicado decreto estabelecendo os percentuais das margens de preferência e discriminando a abrangência de sua aplicação, não cabe ao gestor adotar, ao seu juízo, restrições objetivando a aquisição de produtos nacionais nos editais licitatórios, em detrimento aos produtos estrangeiros".

¹⁴⁰ Ministério do desenvolvimento, Indústria e Comércio. Disponível em <<http://www.abdi.com.br/Estudo/Medidas%20Sist%C3%AAsAmicas%20PBM%20-%20Rel%20de%20Acomp%20junho%202014.pdf>>. Acesso em 15 out. 2014>.

Além da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 12.349/2010, diversas outras medidas legislativas dispõem ou regulamentam o direito ao desenvolvimento como forma de regulação de mercado, com ênfase na implementação de políticas públicas sociais, ambientais e econômicas, conforme quadro 2 a seguir.

Quadro 1.2: Políticas públicas contempladas nas licitações.

Legislação	Política Pública efetivada	Dispositivo na Lei nº 8.666/93	Dispositivos em outras normas
Lei 8.666/93	Preservação ao meio ambiente	Inc IX, art 6º e Inc VII art 12	Art 170, VI CF/88 e Portaria nº 61/2008 MMA
	Política Fundiária	Art 17 – licitação dispensada	
	Preservação do patrimônio histórico	Inc XV, art 24	§ 1º art 216 CF
	Geração de emprego e inclusão social	Inc XXVII, art 24	Lei 11.445/2007
	Reequipamento das Forças Armadas e defesa nacional	Incisos XVIII, XIX, XXVIII, art 24	
	Participação em Força de Paz	Inciso XXIX, art 24	Lei 11.783/ 2008
	Apoio ao deficiente físico	Inciso XX, art 24	Art 203, iv, CF/88
	Ciência e tecnologia	Inciso XXI, art 24	Art 218, CF/88
	Proteção ao trabalho do menor (infantil)	Inciso V, art 27	Lei 9854/99
Incentivo à produção de bens e serviços de informática (PPB Nacional)	Art 45, § 4º, lei 8.666 Decreto 7.174/2010	Lei 11.077/2004	
Políticas Públicas nas leis correlatas			
Legislação	Política Pública efetivada	Dispositivos em outras normas	
Lei 8.248/1991 – Lei nacional de informática	Preferência na contratação de bens e serviços de informática e automação nacionais	Decreto nº 7.174/2010	
LC 123/2006	Favorecimento às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte	Art 170 e 179 da CF/88	
Lei nº 11.284/2006	Gestão de florestas (terceirização)	Decreto nº 6.063/2007 – artigos 29 a 43	
Lei nº 12.305 /2010 – Política Nacional de resíduos sólidos	Promoção do consumo sustentável pela administração pública (art. 7º, inciso XI da Lei)	Inciso I, do artigo 44, do Decreto nº 7404/2010 – contratação de cooperativas de catadores de material reciclável.	
Lei nº 12.349/2010	Desenvolvimento Econômico Sustentável (fomento econômico, social e ambiental)	Regulamentada pelo Decreto nº 7.546/2011 e mais onze decretos específicos.	
	Estabelecimento da margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais, com objetivo de desenvolver a indústria nacional		
Lei nº 12.440/2010	Proteção ao trabalhador - Exigência da CNDT para contratar com o poder público	Estabelecimentoda Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas	
Lei nº 12.598/2012	Estabelecimento de normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa.	Decretos nº 7.970/13 e nº 8.122/2013 (Retid Defesa)	
Portaria nº 837/2012 do Ministério da Saúde	Objetivo de redução de preços de produtos estratégicos para saúde.	Estabelecimento de Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP)	

Fonte: BRASIL. Presidência da República. Disponível em < www.planalto.gov.br >. Acesso em 30 jul 2014.

Após a apresentação dos dados acima e da análise do plano normativo que regula as compras governamentais brasileiras, a primeira conclusão é de que a postura da política de contratação pública nacional é no sentido de utilização intensiva da licitação, a fim de efetivar as políticas públicas econômicas, sociais e ambientais no Brasil; políticas essas distribuídas em, no mínimo, uma lei complementar, sete leis ordinárias, dezenas de decretos e portarias, caracterizando uma verdadeira inflação legislativa¹⁴¹ no tema.

A segunda conclusão evidente, resultado da excessiva produção legislativa, é que o Brasil adota uma posição protecionista e está preocupado em garantir o mercado de contratação pública para as empresas brasileiras, principalmente aquelas relacionadas ao Plano Brasil Maior (PBM)¹⁴² e ao Plano de Aceleração ao Crescimento (PAC).¹⁴³ Ao mesmo tempo, tem ciência da dificuldade em ingressar em mercados de compras governamentais de países desenvolvidos. Logo, é natural que o governo federal não queira assinar, no momento, o Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio (*GPA em inglês*)¹⁴⁴ que se apresenta totalmente oposto à decisão política protecionista da legislação brasileira, que, se utilizando do *policy space*, busca a efetivação do desenvolvimento nacional sustentável.

Na comparação das exigências do *GPA* com a legislação nacional, reside a questão central em saber se a política discriminatória constitui um mecanismo eficiente de alcançar objetivos que não reflete, de forma imediata, uma natureza financeira ou ainda se essas metas

¹⁴¹ Segundo Carnelutti, a expressão *inflação legislativa* refere-se à produção em massa de leis, também chamada por ele de “hipertrofia da lei”, que decorria de certo fascínio que a sociedade moderna tem pelas leis, não percebendo que à medida que “cresce o número das leis jurídicas, diminui a possibilidade de sua formação cuidadosa e equilibrada”. CARNELUTTI, Francesco. *A Morte do direito*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, pp. 9-10.

¹⁴² O Plano Brasil Maior é a política industrial, tecnológica e de comércio exterior do governo federal. O desafio do Plano Brasil Maior é: 1) sustentar o crescimento econômico inclusivo num contexto econômico adverso; 2) sair da crise internacional em melhor posição do que entrou, o que resultaria numa mudança estrutural da inserção do país na economia mundial. Disponível em <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128>. Acesso em 01 ago. 2014.

¹⁴³ A Lei nº 12.745/2012 permite que o Governo Federal exija percentual mínimo de produtos e serviços nacionais nas obras do PAC, e o Decreto nº 7.888/2013 inaugurou o novo instrumento determinando que 80% do custo financeiro associado às obras de mobilidade urbana do PAC sejam destinados aos produtos nacionais elencados na Portaria Interministerial MP/MDIC nº 95, de 03 abr. 2013.

¹⁴⁴ Na OMC, o *GPA* faz parte dos chamados acordos plurilaterais, negociados na Rodada de Tóquio e renegociado na Rodada Uruguai (entre os anos de 1986 e 1994), contendo direitos e obrigações para as partes signatárias. Seu objetivo principal é estender às compras governamentais de um país, os princípios basilares da Nação Mais Favorecida ou *Most-Favoured Nation* (MFN) e o do tratamento nacional ou *nation and National Treatment* (NT) e, ou seja, a concessão de tratamento não menos favorável do que o concedido aos produtores e fornecedores nacionais. O *GPA* foi renovado em 15 de abril de 1994, mesma data de criação da OMC, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1996 e sendo vigente até os dias atuais.

podem ser realizadas de forma não discriminatória. Assim sendo, o governo e o legislador brasileiro põem-se diante do dilema do prisioneiro¹⁴⁵ em que o Brasil atua isoladamente prosseguindo com políticas discriminatórias que afetam o interesse global, dado em que há a opção de cooperar (fazendo parte do *GPA*) ou não cooperar (ficando excluído do *GPA*), ou na pressão que os beneficiados pela discriminação exercem sobre as autoridades, a fim de maximizar seus ganhos.¹⁴⁶

Na esfera da OMC, a estratégia na área de compras governamentais brasileira tem reforçado três pontos:

“i) o entendimento de que a agenda da OMC já é demasiadamente extensa para incorporar novos temas, o que o inibiria de assumir novos compromissos junto à organização; ii) o de que o Brasil aceita discutir apenas princípios de transparência nas suas licitações, respeitando-se a circunscrição apenas às atividades do governo central; e iii) o entendimento de que pretende manter o seu espaço para o desenvolvimento de políticas públicas, garantindo o tratamento discriminatório a empresas e prestadores de serviços brasileiros e, eventualmente, do Mercosul.”¹⁴⁷

Todavia, dois aspectos estão colocando as orientações protecionistas da política brasileira em xeque: o primeiro refere-se à crescente adesão de outros parceiros comerciais às regras em compras governamentais, como o Chile e a Argentina, que hoje se encontram na situação de observadores do *GPA/OMC* e, segundo, da participação brasileira em processos de negociação mais complexos, como a retomada das negociações para um acordo birregional entre União Européia e MERCOSUL, no qual o Brasil oferece uma pequena margem, de 3% para os produtores europeus, em relação a preços de países de fora do MERCOSUL.

Outra questão relacionada à política de adoção discriminatória é a efetividade da política que, para a sua análise, necessita de indicadores de desempenho econômicos e sociais. Dados levantados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a pedido da

¹⁴⁵ O Dilema dos Prisioneiros foi inventado em 1950, por Merrill Flood e Melvin Dresher, e foi adaptado e divulgado por A.W.Tucker. O dilema do prisioneiro é um [problema](#) da [teoria dos jogos](#) e trata da natureza da cooperação. Neste problema supõe-se que cada [jogador](#), de modo independente, quer aumentar ao máximo a sua própria vantagem sem lhe importar o resultado do outro jogador. O dilema prova que quando cada um de nós, individualmente, escolhe aquilo que é do seu interesse próprio, pode-se gerar um resultado pior do que ficaria se tivesse sido feita uma escolha que fosse do interesse coletivo.

¹⁴⁶ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 36.

¹⁴⁷ BADIN, Michelle Rattón Sanchez; AZEVEDO, Milena da Fonseca. *A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio*. In *Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia* / organizadores : Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Rattón Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013, pp. 243-245. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_tendencias_regulatorias1.pdf>. Acesso em 02 out. 2014.

gerência-executiva de política industrial da Confederação Nacional da Indústria (CNI), afirmam que, mesmo favorecidas por margens de preferência que permitem vencer licitações do setor público, cobrando preços até 25% maiores que os concorrentes estrangeiros¹⁴⁸, as empresas nacionais perderam, para os fornecedores de outros países, a chance de abastecer compras do governo brasileiro equivalentes a R\$ 965 milhões, entre abril de 2012 e outubro de 2013. Nem com permissão para preços mais altos, as empresas nacionais se mostraram competitivas em setores como fármacos, medicamentos e equipamentos médicos, uma das áreas prioritárias para o governo – e desejada por fornecedores americanos e europeus.¹⁴⁹

Ao adotar a política de compras públicas por meio de margens de preferência, o governo calculava atingir R\$ 15 bilhões em compras, sendo que o índice atingido ficou em apenas 14% desse valor, tanto em 2012 quanto no ano passado, até o mês de outubro. Causas como a falta de competitividade do produtor nacional ou a ausência de fabricantes no país levaram os estrangeiros a aumentarem sua participação no fornecimento de fármacos, medicamentos e equipamentos médicos, de 2012 para 2013. No caso dos fármacos e remédios, os fabricantes garantiram o fornecimento de apenas 10% do total de produtos comprados pelo governo. Além disso, em 95% dos casos nos quais a margem mínima poderia ser usada, ela foi insuficiente para beneficiar fornecedores nacionais, porque os concorrentes estrangeiros apresentaram preços pelo menos 25% menores que os dos laboratórios no país.¹⁵⁰

Da análise dos dados, pode-se concluir que o mecanismo de privilégio aos nacionais pode gerar resultados positivos, se bem operados, ou negativos, se mal gerenciados. Com o curto lapso temporal para a análise do caso brasileiro, não se tem condições de averiguar tendências positivas ou negativas, se a margem de preferência está fomentando a diversificação industrial, agregando valor e promovendo o desenvolvimento tecnológico ou se está gerando custos desnecessários para o Estado, para a própria indústria, consumidores e contribuintes. Apesar de não conclusiva em relação a tendências, os dados apresentados no estudo da CNI é um bom indicador para questionamentos em relação à eficácia da medida.

¹⁴⁸ EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. *O governo unificou em 25% a margem de preferência para as compras públicas*. O percentual será aplicado até 2020 nas licitações federais para produtos manufaturados e serviços nacionais. Disponível em:

<<http://www.abc.com.br/noticias/economia/2014/06/margem-de-preferencia-para-compras-do-governo-sera-estendida-para-25>>. Acesso em 16 out. 2014.

¹⁴⁹ LEO, Sérgio. *Menos R\$ 1 Bi em vendas ao Governo*. Valor Econômico, São Paulo, 17 mar. 2014. Disponível em <http://www.valor.com.br/brasil/3481592/menos-r-1-bi-em-vendas-ao-governo>>. Acesso em 16 out. 2014.

¹⁵⁰ LEO, Sérgio. *Menos R\$ 1 Bi em vendas ao Governo*. Valor Econômico, São Paulo, 17 mar. 2014. Disponível em <http://www.valor.com.br/brasil/3481592/menos-r-1-bi-em-vendas-ao-governo>. Acesso em 16 out. 2014.

A última questão levantada nesse tópico refere-se a disputas de arenas por possíveis grupos beneficiados pela regulamentação através da aplicação da margem de preferência. Partindo-se das considerações realizadas por Lowi, pode-se afirmar que a implementação de políticas públicas, por meio da aplicação de preferências nas licitações, enquadra-se na categoria das políticas públicas regulatórias em razão da utilização do mercado e do poder de compras estatal, para alcançar objetivos e executar ações estratégicas nas áreas de políticas públicas econômicas e sociais. Obviamente que na arena distributiva haverá uma multiplicidade de grupos organizados em torno de relações de interesses setoriais, com a finalidade de inserção do respectivo setor econômico nas políticas governamentais e consequente inserção na condição de favorecido da política. Logo, resta o questionamento sobre quais setores industriais serão beneficiados em maior ou menor escala; todavia há a certeza de que serão estabelecidas arenas de políticas públicas com atores disputando pelo ingresso na agenda desenvolvimentista estatal.¹⁵¹

Diante do todo exposto, conclui-se que, mesmo o Brasil não sendo signatário do *GPA*, o sistema de compras governamentais brasileiro assemelha-se muito ao Acordo da OMC em matéria de transparência e procedimento. Contudo, a adoção de políticas discriminatórias, por meio da fixação de margem de preferência e de privilégios aos nacionais nos contratos públicos, atinge frontalmente, num primeiro momento, o princípio basilar do Direito do Comércio Internacional da Não Discriminação. Da mesma forma, a política protecionista das compras governamentais brasileira está sob pressão em razão de questões internas (dúvidas sobre a eficiência do mecanismo e condições dos produtores nacionais em se beneficiar do privilégio) e internacionais (aproximação de parceiros comerciais ao *GPA* e negociações de acordos mais complexos).

¹⁵¹ LOWI, Theodore J. *Distribution, regulation, redistribution: the functions of government*. In *Public Policies and Their Politics*. Ripley, W.W. Norton e Company Inc. New York, 1996, p. 7.

1.5.3. Políticas discriminatórias nas licitações no Direito estrangeiro

A renovação, a reformulação e a atualização do direito administrativo positivado, englobando a contratação pública, se expandem além dos contornos geográficos, políticos e econômicos tradicionais. Até o final da década de 80, as compras governamentais não eram reconhecidas como uma distinta e separada disciplina, sendo entendidas como um conjunto de regras puramente internas utilizadas pelo Estado para contratar com o setor privado a fim de satisfazer necessidades públicas.

Essa visão foi sendo modificada no sentido de visualizar o *Government procurement* como um instrumento de ampliação de demandas, estimulação de desenvolvimento econômico, criação de empregos e desenvolvimento regionais. Paralelamente à mudança de paradigma descrita, instituições e novas regras de comércio internacional surgiram e dominaram a arena global valorizando as compras governamentais como parte vital para uma nova ordem econômica.¹⁵²

A flexibilidade aos princípios gerais de livre-comércio, que visa a não discriminação entre nacionais ou estrangeiros ou o tratamento nacional, está regulamentada por dispositivos que estabelecem margens de preferência, condicionalidades (*offsets* ou acordos de compensação), regras de origem, especificações técnicas, exclusões e exceções, cujo conjunto de normas assegura o necessário *Policy Space* aos Estados membros aderente ao *GPA*, principalmente aos países em desenvolvimento e aos menos desenvolvidos, para a efetivação de políticas públicas que realizem o direito humano econômico e fundamental ao desenvolvimento econômico, social e ambiental.¹⁵³

Como se pode constatar, tais provisões podem objetivar tanto a preservação ou a sua proibição da possibilidade de definição de condicionalidades para participar em um processo de compras, com vistas a promover o desenvolvimento econômico e social, quanto à proteção a determinados grupos, como favorecimento à implementação de outras políticas públicas, como as ambientais, no caso das exceções.

¹⁵² HERNANDEZ-GARCIA, Roberto. *Introduction: the global challenges o international public procurement. In International Public Procurement*, London: Globe Law and Business, 2009, p. 9.

¹⁵³ BADIN, Michelle Rattón Sanchez; AZEVEDO, Milena da Fonseca. *A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio. In Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Européia, China e Índia / organizadores: Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Rattón Sanchez Badin.*—Brasília : Ipea, 2013, pp. 243-245. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_tendencias_regulatorias1.pdf> Acesso em 02 out. 2014.

Sendo assim, a licitação pública, ou *government procurement* para os anglo-saxões, compras *del sector público* para os hispânicos ou *marche public* para os franceses, tem modificado sua função nos diferentes ordenamentos jurídicos devido aos importantes efeitos econômicos dos contratos administrativos, obedecendo a novas funções que reclamam a complexidade de políticas públicas a serem ofertadas pelos estados.

Nesse sentido, a seguir serão dispostas algumas legislações estrangeiras que vão ao encontro da política legislativa adotada pelo Brasil em matéria de adoção de políticas discriminatórias nas compras governamentais. A própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/10, convertida na Lei nº 12.349/10, elenca a experiência legislativa nesse sentido de atribuição de medidas protetivas à indústria nacional, nos Estados Unidos da América, China, Colômbia e Argentina.¹⁵⁴ Em complemento aos modelos referenciados na exposição de motivos, foram acrescentados nesse trabalho outros modelos de países integrantes dos grupos das cinco maiores economias mundiais (Estados Unidos, China, Japão, Alemanha, França) e das cinco maiores economias latino-americanas (México, Argentina, Venezuela, Colômbia e Chile), excluído, obviamente, o Brasil.¹⁵⁵

i) Estados Unidos da América¹⁵⁶

Mesmo sendo País-membro da OMC e signatário do *GPA*, os Estados Unidos da América adotam mecanismos de preferência para compras públicas que estão em três disposições legais: a) *Buy American Act de 1933* (restringe as aquisições de produtos estrangeiros para uso interno nos Estados Unidos); b) *Small Business Act*, de 1953 (preferência para pequenas empresas em compras de menor valor); c) *Balance of Payments Act*,

¹⁵⁴ 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 estipulada 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.

¹⁵⁵ WORLD BANK. *Gross domestic product* 2013. Disponível em <<http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>>. Acesso em 03 out. 2014.

¹⁵⁶ ACQUISITION CENTRAL. As normas gerais de *government procurement* estão estabelecidas no *Federal Acquisition Regulation (FAR)*, disponível em <<http://www.acquisition.gov/far/>>. Acesso em 03 out. 2014.

de 1998 (regulamenta as aquisições dos Estados Unidos para utilização no exterior, como, por exemplo); e d) *American Recovery and Reinvestment Act*, de 2009 (criado após a crise financeira de 2008, tem por objetivo preservar e criar postos de trabalho e promover a recuperação econômica e ajudar os mais afetados pela recessão).¹⁵⁷

Em relação às margens de preferência, essas podem ser elevadas por decisão do dirigente do órgão licitante. No caso do Departamento da Defesa, as compras são reguladas pelo *Department of Defence Appropriations Act*¹⁵⁸ e pelo *Armed Services Procurement Act* (ASPA) de 1947¹⁵⁹. Nas compras militares, o produto nacional pode ser até 50% mais caro que ainda assim será comprado e, no caso de empate nos preços, é dada preferência ao fornecedor nacional.¹⁶⁰

Em contratos de valor superior a 10.000 dólares, os fornecedores devem adotar ações afirmativas para assegurar que os candidatos e os funcionários sejam tratados sem distinção de raça, cor, religião, sexo ou origem nacional. Quando a empresa tiver cinquenta ou mais empregados e o valor do contrato for de 50.000 dólares ou mais, o contratado deve também desenvolver e manter em arquivo, em cada "estabelecimento comercial", um chamado Plano de Ação Afirmativa escrito (AAP). A AAP detalha medidas específicas que o contratante deve tomar para garantir oportunidades iguais de emprego, abordando os problemas e necessidades dos membros de grupos de minorias e mulheres. Por lei, os órgãos federais são obrigados também a negociar uma certa percentagem de contratos com empresas pertencentes a mulheres, empresas localizadas em determinadas áreas e empresas de propriedade de veteranos de guerra deficientes.¹⁶¹

ii) China

A China, como segunda maior economia do mundo, aderiu à OMC em 2001 e não aderiu de imediato ao GPA por acreditar que as empresas chinesas ainda não estariam preparadas para absorver os benefícios de uma possível abertura de mercados proporcionada

¹⁵⁷ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. Domestic Content Legislation: The Buy American Act and Complementary Little Buy American Provisions. Disponível em <<http://fas.org/sgp/crs/misc/R42501.pdf>>. Acesso em 20 Set 2014.

¹⁵⁸ HOUSE OF REPRESENTATIVE. Disponível em <<https://rules.house.gov/bill/113/hr-4870>>. Acesso em 30 set 2014..

¹⁵⁹ CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Armed Services Procurement Act*. Disponível em http://www.law.cornell.edu/topn/armed_services_procurement_act_of_1947. Acesso em 30 set 2014

¹⁶⁰ *Department of Defence Appropriations Act* e. Disponível em www.arnet.gov/far

¹⁶¹ FINDLAW. Federal Government Contract Overview. Disponível em <<http://corporate.findlaw.com/law-library/federal-government-contract-overview.html>>. Acesso em 30 set. 2014.

pela adesão ao Acordo. Desde então, tem realizado significativos progressos na sua legislação de compras governamentais no sentido de adequar suas normas às estabelecidas pelo GPA.¹⁶² O ato normativo que regula as compras chinesas denomina-se *The Government Procurement Law of the People's Republic of China (Order of the President nº 68)*¹⁶³. Esse ato foi adotado em 2002 e tornou-se vigente em 2003.

Em dois artigos, a legislação chinesa dispõe sobre políticas discriminatórias a fim de privilegiar os nacionais e promover o desenvolvimento econômico e social através das licitações. No artigo 9º, o governo determina que as compras públicas devam ser orientadas no sentido de facilitar a realização dos objetivos projetados por políticas de Estado para o desenvolvimento econômico e social, incluindo, mas não limitado à proteção ambiental, a assistência a áreas de minorias étnicas ou subdesenvolvidas e a promoção do crescimento das pequenas e médias empresas. Já o artigo 10 trata da proteção aos nacionais quando determina que o governo deve adquirir bens domésticos, construção e serviços, exceto em uma das seguintes situações: (i) quando as mercadorias, construção ou serviços necessários não estão disponíveis no território da República Popular da China ou, embora disponíveis, não possam ser adquiridas em condições comerciais razoáveis; (ii) se os produtos a serem adquiridos são para uso no exterior; e (iii) disposição em contrário por outras leis e regulamentos administrativos. Para o conceito de fornecedores nacionais, admitem-se bens e serviços oriundos de Taiwan, Hong Kong e Macau.¹⁶⁴

iii) Japão

O Japão é parte do GPA desde 1º de janeiro de 1996, mas, mesmo antes disso, já tinha adotado regras consistentes por meio do *Cabinet Comprehension*, que regula as compras governamentais no nível federal e recomenda práticas aos governos locais. A legislação sobre compras públicas japonesa é dividida em dois níveis: um federal, com o *Public Accounts Law* (Lei nº 35/1947, e alterações) e outra para as administrações locais, com o *Local Autonomy*

¹⁶² PEARSE, Richard W. *China*. In *International Public Procurement*. London: Globe Law and Business, 2009, p. 193.

¹⁶³ O texto completo da lei está disponível em <www.gov.cn/english/laws/2005-10/08/content_75023.htm>. Acesso em 03 out. 2014.

¹⁶⁴ Para melhor entendimento do legal *framework* chinês nas licitações, ver ROTHERY, Robert. *China's legal framework for public procurement*. *Journal of public procurement*, volume 3, ISSUE 3, 370-388, 2003. Disponível em <<http://ippa.org/jopp/download/vol3/issue-3/RotheryAr5.pdf>>. Acesso em 30 Set 2014.

Law (Lei nº 67/1947).¹⁶⁵ Em relação a medidas discriminatórias e protetivas, não há nenhuma disposição nas leis e regulamentos acima que incorporem uma política de compras japonesa protecionista. Por isso, conclui-se que os dispositivos dessas leis e regulamentos estão em conformidade estrita com as disposições do *GPA*, que é regido pelo princípio fundamental de Não-Discriminação.¹⁶⁶

iv) Alemanha¹⁶⁷

Assim como o Japão, a Alemanha faz parte do *GPA* e tem sua legislação em matéria de compras públicas em conformidade também com as diretivas e regulações da União Européia. Essas diretivas e regulações têm precedência sobre as regulamentações domésticas, devendo a Corte germânica remeter as disputas para a Corte de Justiça Européia no caso de conflitos de regulação. Sendo assim, o plano normativo de compras públicas alemão afasta qualquer atitude discriminatória nos processos licitatórios. Essa medida, a da competitividade e a da transparência são considerados os três pilares do sistema de aquisição germânico.¹⁶⁸

Crítérios como preferência a fornecedores locais, principalmente na esfera municipal, e critérios econômicos, sociais ou de raça, sexo ou religião, não podem ser levados em consideração no plano normativo de compras públicas alemão.

v) França

As Diretivas da União Européia sobre contratos públicos nº2 004/17/CE e nº 2004/18/CE foram transpostas para o direito francês pelo Código de contratação Pública (*Code des Marchés Publics*) de 01 de agosto de 2006 e, para as entidades adjudicantes que são excluídos do seu âmbito de aplicação, por Portaria n.º 2005-649, de 06 de junho de 2005 (*Ordinance No. 2005-649*).

Para o Conselho de Estado Francês, a introdução de considerações socioambientais não assegura a transparência dos mercados públicos em razão da natureza dos critérios ou das cláusulas serem sujeitas a uma avaliação subjetiva e não transparente. Tal cláusula deixaria muito vaga a liberdade de escolha discricionária ao contratante e não seria capaz de garantir a

¹⁶⁵ MUKAI, Nobuaki. *Japan*. In *International Public Procurement*. London: Globe Law and Business, 2009, pp. 291-301.

¹⁶⁶ MATSUSHITA, Mitsuo. *Major WTO Dispute Cases Concerning Government Procurement*. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 1, No. 2, pp. 299-316, September 2006. Disponível em <http://outatpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1019732>. Acesso em 30 Set de 2014.

¹⁶⁷ O plano normativo alemão é dividido em três estruturas: o *Act the Restriction of Competition*, o *Public Procurement Regulation* e o *contracting rules for awarding* (esse se divide em três outras normas).

¹⁶⁸ BODENHEIMER, Rouven; LENZ, Claus H. *Germany*. London: Globe Law and Business, 2009, pp. 231-252.

não discriminação na adjudicação do contrato. A legislação deve assegurar a igualdade de tratamento dos candidatos e a transparência do processo ao considerar a oferta, a fim de não violar os princípios da licitação. Não obstante as considerações realizadas, a autoridade contratante pode indicar que partes do contrato podem ser delegadas às pequenas e médias empresas, assim como nas modalidades *adjudication publique restreintee marches negociées* que devem prever um número mínimo de micro e pequenas empresas com direito a apresentar ofertas.¹⁶⁹

vi) México¹⁷⁰

Assim como no Brasil, as licitações no México têm tratamento constitucional disposto no artigo 134 da Constituição Política dos Estados Unidos do México. A Lei de aquisições, arrendamentos e serviços do setor público do México¹⁷¹, publicada em janeiro de 2000, regulamenta o artigo constitucional 134.

A lei mexicana, no seu artigo 14, dispõe sobre a preferência para contratação de empresas que empreguem pessoas com capacidades especiais, bem como as microempresas e pequenas empresas que desenvolvam produtos com inovação tecnológica. Da mesma forma, no artigo 23, dispõe sobre a implementação de políticas que promovam o desenvolvimento de fornecedores nacionais, bem como de micro empresas e médias empresas.

Em relação aos grupos sociais rurais ou urbanos marginalizados, o artigo 41, XI, dispõe que qualquer contratação de bens, serviços ou arrendamento com esses grupos está dispensada de licitação. Já no que tange aos aspectos ambientais, o artigo 22, III, prevê que os comitês de aquisições, arrendamentos e serviços devem estabelecer políticas e critérios de sustentabilidade, a fim de reduzir os custos financeiros e ambientais.

O México tem diversos tratados de livre comércio e acordos econômicos com diferentes países e regiões, nos quais estão estabelecidas cláusulas sobre a licitação internacional. De acordo com o artigo 133 da Constituição Mexicana e da jurisprudência da Suprema Corte, os tratados internacionais têm preferência caso estejam de acordo com os

¹⁶⁹FRILET, Marc; LAGER, Florent. *France*. In International Public Procurement. London: Globe Law and Business, 2009, pp. 217-229. Sobre a licitação na França, ver também COELHO, Daniela Mello. *O instituto da licitação no Direito Francês*. Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002, pp. 233-242.

¹⁷⁰O México não faz parte do GPA da OMC.

¹⁷¹ Disponível em <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm>>. Acesso em 01 Out. 2014. Última reforma publicada DOF 11-08-2014.

ditames constitucionais.¹⁷² Não obstante esses acordos internacionais, o México dispõe, na sua legislação sobre licitações, a modalidade na qual somente os nacionais possam participar, o que configura mais uma medida de proteção aos produtos domésticos. As outras modalidades internacionais são aquelas sob a cobertura de tratados (incentivo ao comércio comunitário, nas quais somente os países assinantes do acordo podem participar) e as internacionais abertas (todos os países podem participar, com exceção daqueles em que os mexicanos são proibidos de concorrer).¹⁷³

vii) Argentina¹⁷⁴

As compras governamentais na Argentina são regidas pelo Decreto nº 1023/2001, denominado de Regime de Contratação da Administração Nacional (*Régimen de contrataciones de La Administración Nacional – RCAN*)¹⁷⁵, que tem sua redação especialmente atenta para a eficiência na gestão das contratações estatais no sentido do seu poder estratégico e por seus impactos na geração de emprego, na promoção do desenvolvimento das empresas privadas e na competitividade sistêmica.

A *Constitución de La Nación Argentina* de 1994, no seu artigo 16, trata sobre o princípio da igualdade no tratamento dos administrados e, no artigo 75, que trata das atribuições do Congresso, dispõe sobre o dever estatal de promoção do desenvolvimento econômico por meio de leis protetoras e de concessões temporárias de privilégios a setores da economia. Logo, a Constituição Nacional possibilita que se estabeleçam cláusulas de preferências de caráter excepcional, impessoal e genéricas para aqueles que ofereçam produtos nacionais nas contratações públicas. Essa atribuição cabe ao congresso, pois é o único que pode outorgar privilégios por motivos de fomento, promoção econômica e justiça social sem lesionar o princípio da igualdade.¹⁷⁶

Duas leis argentinas regulamentam o dever constitucional de promoção do desenvolvimento econômico nacional através das compras públicas: A Lei nº 25.300/2000

¹⁷² O México faz parte do NAFTA, junto aos EUA e Canadá; tem acordo bilateral de livre comércio com a União Europeia e acordo de cooperação econômica com Venezuela, Japão e Colômbia.

¹⁷³ GARCIA, Roberto Hernández. *México*. London: Globe Law and Business, 2009, pp. 303-313. Ver também DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4ª Ed. Buenos Aires, Hispania Libros, p. LIII-LVII.

¹⁷⁴ A Argentina é membro da OMC e observadora do GPA.

¹⁷⁵ MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS. Decreto 1023/2001. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/68396/texact.htm>> . Acesso em 20 out. 2014.

¹⁷⁶ DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4ª Ed. Buenos Aires, Hispania Libros, p. XIV.

(Lei de fomento das micros, pequenas e médias empresas)¹⁷⁷ e a Lei nº 25.551/2001 (preferência às compras públicas de produtos e serviços nacionais, denominada “*compre trabajo argentino*”)¹⁷⁸.

A lei 25.300/2000 tem por objetivo o fortalecimento competitivo das micros, médias e pequenas empresas (MIPyMEs) que desenvolvem atividades produtivas no país, a fim de facilitar a participação daquelas nas compras e contratações estatais, concedendo-lhes um direito de preferência em seu favor e para as associações, das quais o segmento tome parte. A adjudicação deve ser realizada com preço superior em até 5% ao melhor lance ofertado por uma empresa que não se enquadre no segmento nas licitações ou concursos para a provisão de bens ou serviços.¹⁷⁹ Também deve ser destinado o percentual de 10% do objeto licitado exclusivamente para as *MIPyMEs*.

Ainda como benefício, a lei faculta ao Poder Executivo estabelecer um regime de compras que permita o máximo parcelamento do objeto, com compras parciais, a fim de facilitar e incrementar a participação das *MIPyMEs* nas licitações e concursos relativos à aquisição de bens e serviços em quantidade proporcional à sua escala de produção.¹⁸⁰

Já a lei denominada “*compre trabajo argentino*”, Lei nº 25.551/2001, instaura um regime pelo qual a administração pública nacional, na contratação de obras e serviços públicos, e os respectivos subcontratantes diretos outorgam preferência à aquisição ou locação de bens 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. Entende-se como de origem nacional o produto argentino que os custos das matérias-primas, insumos ou materiais importados não superem 40% do valor bruto de produção.¹⁸¹

viii) Venezuela

O tema de contratação pública na Venezuela é praticamente esgotado na Lei de Contratações Públicas de 2008 (*Ley de Contrataciones Públicas Gaceta Oficial N° 38.895 del*

¹⁷⁷ MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS. Lei 25.300/2000. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64244/norma.htm>>. Acesso em 30 Set 2014.

¹⁷⁸ MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS. Lei 25.551/2001. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/71147/norma.htm>. Acesso em 30 Set 2014.

¹⁷⁹ Artigo 39 da Lei 25.300/2000.

¹⁸⁰ Artigo 40 da Lei 25.300/2000.

¹⁸¹ Artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 25.551/2001.

25 de marzo de 2008)¹⁸² e sua regulamentação decorreu pelo Decreto nº 6.708/2009.¹⁸³ A lei Venezuela traz um significativo número de definições que, muitas vezes, parecem bastante subjetivas, como, por exemplo, a de compromisso de responsabilidade social, que a descreve como sendo todo acordo que licitantes estabeleçam em sua oferta visando o desenvolvimento de projetos comunitários, criação de novos empregos, venda de bens a preço de custo, aportes em dinheiro, entre outros.¹⁸⁴

O capítulo II trata das medidas de promoção de desenvolvimento econômico por meio da licitação através de medidas temporais que compensem condições desfavoráveis que afetem a pequena e média indústria, as cooperativas e qualquer outra forma de associação comunitária. Entre as medidas adotadas, pode ser admitido o estabelecimento de margens de preferência, categorias de contratos reservados, transferência de tecnologia, incorporação de recursos humanos, entre outros, assim como o estímulo e a inclusão de pessoas e qualquer outra forma associativa para o trabalho.

Outros artigos da Lei referem-se a medidas protetivas como o artigo 8º (produção nacional e financiamento público), artigo 9º (escolha pelo bem de maior valor agregado nacional), artigo 44 (estabelece como cláusula obrigatória a previsão do compromisso de responsabilidade social) e artigo 71 (dispõe como causa de desclassificação a ausência do compromisso de responsabilidade social ofertado pelo licitante). Da mesma forma, o Decreto nº 38.895/2009 é exaustivo em relação ao comprometimento da responsabilidade social e da promoção do desenvolvimento social e econômico.¹⁸⁵

Da análise da legislação venezuelana, emergem duas questões críticas em relação à obrigatoriedade da promoção do desenvolvimento social e econômico e do comprometimento da responsabilidade social pelos contratados. A primeira refere-se à falta de experiência dos administradores públicos em tratar com o tema, pois não há definição entre o máximo e o mínimo de percentagem a ser destinado a esse fim, o que pode gerar situações em que as propostas não podem ser comparadas. A segunda, sob o ponto de vista econômico, é que obviamente esses custos sociais irão ser repassados pelo contratado ao Estado, que, ao fim e

¹⁸² BANCO CENTRAL DA VENEZUELA. Ley de Contrataciones Públicas de 2008. Disponível em <<http://www.bcv.org.ve/c1/pdf/leycontrata08.pdf>>. Acesso em 30 Set. 2014.

¹⁸³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Decreto nº 6.708/2009. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo29.pdf>. Acesso em 30 Set 2014.

¹⁸⁴ Ley Venezolana de Contrataciones Públicas de 2008, artigo 6º, 19.

¹⁸⁵ Artigos 9 a 14 (medidas para o desenvolvimento econômico); artigo 16, nº8; artigo 41 (modalidades de compromisso de responsabilidade social); artigo 89 (adjudicações parciais para promover o desenvolvimento econômico e social) e artigo 178 (medidas temporais de preferência de antecipação de pagamentos para promoção de desenvolvimento das pequenas e médias indústrias, bem como cooperativas).

ao cabo, será o responsável financeiro pela implementação dos projetos sociais. Essas colocações têm um efeito prático em razão de conferir maior flexibilidade ao Estado em realizar programas sociais por meio de contratos públicos sem a necessidade de se negociar com o Legislativo.¹⁸⁶

ix) Colômbia

A política de contratação pública adotada pela Colômbia é estabelecida pelo Estatuto Geral de Contratações da Administração Pública (*Estatuto General de La Administración Pública*), instituído pela Lei nº 80/1993¹⁸⁷ e reformada pela Lei nº 1.150/2007¹⁸⁸, que introduziu disposições voltadas para a eficiência e transparência. Em relação à promoção do desenvolvimento nacional, o Título II – “das disposições gerais para a contratação com recursos públicos” – estipula mecanismos de execução de contratos que fomentem a mão de obra local, as micro, pequenas e médias empresas (editais exclusivos – a Lei nº 590/2000¹⁸⁹ trata desse segmento), e os grupos sociais marginalizados ou discriminados.

No mesmo sentido, a Lei nº 816/2003¹⁹⁰, que tem por finalidade o apoio à indústria nacional através da contratação pública, regulamentada pelo Decreto nº 2.473/2010¹⁹¹ e nº 734/2012¹⁹², estabelece 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 lei ainda prevê que, nos casos de compra de bens ou serviços estrangeiros, deverá ser estipulada uma margem de absorção de mão de obra profissional, técnica e operativa nacional entre 5 a 15%.

x) Chile

As licitações e contratos no Chile são regulados pela Lei de Bases sobre Contratos Administrativos de Fornecimento e Prestação de Serviços (*Ley de Bases de Contratos*

¹⁸⁶ ANDUEZA, Luis E. *Venezuela*. London: Globe Law and Business, 2009, pp. 433-442.

¹⁸⁷ Lei nº 80/1993. Disponível em <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>>

¹⁸⁸ Lei nº 1.150/2007. Disponível em

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#0>>. Acesso em 30 set. 2014.

¹⁸⁹ Lei nº 590/2000. Disponível em <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=12672#0>>. Acesso em 30 set. 2014.

¹⁹⁰ Lei nº 816/2003. Disponível em <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8788>>. Acesso em 30 Set. 2014.

¹⁹¹ Decreto nº 2.473/2010. Disponível em

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40002#0>>. Acesso em 30 set. 2014.

¹⁹² Decreto nº 734/2012. Disponível em

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46940#0>>. Acesso em 30 set. 2014.

Administrativos de Suministro y Servicios) ou Lei de Compras Públicas, Lei nº 19.886/2004¹⁹³, modificada pela Lei nº 20.238/2008, que teve por objetivo principal assegurar a proteção aos trabalhadores e a livre concorrência, a fim de se evitar que, com atitudes desleais ou mediante a violação das leis trabalhistas, sociais e tributárias, as empresas pudessem melhorar seus custos e ter, desta maneira, maiores possibilidades de êxito nas licitações.¹⁹⁴

Diversas outras medidas foram incorporadas pela Lei nº 20.238/2008, como a proibição de contratação de empresas que, no prazo de dois anos antes do oferecimento da proposta, foram condenadas por práticas antisindiciais ou infração de direitos fundamentais trabalhistas. Da mesma forma, ficam impedidas de contratar aquelas em que há registro de saldos insolventes de remuneração ou débitos com a Seguridade Social.

A Lei nº 19.886/2004 foi regulamentada pelo decreto nº 250/2011¹⁹⁵ que dispôs, no artigo 23, sobre a possibilidade de os editais (denominados de *las Bases*) estabelecerem critérios de julgamento, nos quais se levem em conta propostas que privilegiem o meio ambiente, a contratação de portadores de necessidades especiais e as demais matérias de alto impacto social. Todavia, essas ponderações não poderão ser os únicos critérios a serem considerados para determinar a adjudicação da oferta mais vantajosa.

1.5.3. Políticas nas licitações no Direito comunitário

A incorporação de um Estado a uma comunidade da origem a um novo ordenamento jurídico, que envolve diferentes tipos de fontes normativas, que provem de distintos centros de produção, necessita estabelecer que posição ocupam no plexo jurídico interno as normas que se ditam na Comunidade, ainda que isso dependa do estado em que se encontra a Comunidade, podendo ter supremacia e aplicabilidade direta ou não.

Os procedimentos de contratação pública no âmbito da Comunidade devem ser orientados no sentido do tratamento não discriminatório aos fornecedores de bens e serviços

¹⁹³ Biblioteca do Congresso Nacional do Chile. *Lei nº 19.886/2004*. Disponível em http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=548. Acesso em 03 Set. 2014.

¹⁹⁴ DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4ª Ed. Buenos Aires, HispaniaLibros, p. LXXV.

¹⁹⁵ Biblioteca do Congresso Nacional do Chile. Decreto nº 250/2011. Disponível em http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=548. Acesso em 03 Set. 2014.

dos Estados-partes e da transparência, sendo observados os princípios básicos da legalidade, objetividade, impessoalidade, moralidade, igualdade, devido processo, publicidade, vinculação ao edital e competitividade.

No presente tópico, serão estudadas as compras governamentais na União Europeia e no MERCOSUL sob o prisma do direito comunitário.

i) União Européia

O Tratado da Comunidade Econômica Européia (CEE) foi assinado em 1957 em Roma e congrega, numa Comunidade, vinte e oito países que têm por objetivo a integração através das trocas comerciais, tendo em vista a expansão econômica. Após o Tratado de Maastricht (assinado em 1992), a CEE passa a constituir a União Europeia exprimindo a vontade dos Estados-Membros de alargar as competências comunitárias a domínios não econômicos.

Inicialmente, o Tratado de constituição não dispôs sobre regras específicas em matéria de compras governamentais, somente definiu princípios gerais aplicáveis às contratações públicas de qualquer valor. Esses princípios consistem, entre outros, na livre circulação de bens e serviços, na liberdade de estabelecimento, na não-discriminação em razão da nacionalidade e na proibição de restrições quantitativas de importações e exportações ou de medidas com efeitos equivalentes. Com fundamento nesses princípios, não cabe qualquer discriminação na aquisição ou contratação de bens ou serviços, por entidades ou empresas públicas ou privadas, em razão da nacionalidade da empresa fornecedora ou prestadora, ou, ainda, da origem do bem ou serviço.

Para o estabelecimento de um mercado único de compras governamentais, faltava, contudo, a definição de regras comuns que garantissem a abertura dos mercados e o aumento da competição por meio de maior transparência nos procedimentos adotados nas compras dos governos dos países da Comunidade. Para assegurar às empresas interessadas em participar de contratações governamentais as devidas informações sobre as normas e procedimentos adotados, de maneira que pudessem preparar suas ofertas em ambiente de máxima transparência, foi necessária a adoção de legislação específica que tomou a forma de Diretivas, determinando a aplicação daqueles princípios gerais aos mercados de compras governamentais.¹⁹⁶

A legislação no âmbito da União Européia sobre compras públicas é regida por meio de Diretivas que são ordenamentos que estabelecem a coordenação de normas e

¹⁹⁶ MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro. *Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Setembro de 2002, p. 27.

procedimentos para as aquisições de bens e contratações de serviços e obras públicas a partir de determinado valor mínimo. Logo, os países comunitários devem adaptar sua legislação nacional com base nas Diretivas, “aplicando os princípios de livre circulação de bens, tratamento nacional e não discriminação, entre outros, de forma a garantir oportunidades iguais de participação aos proponentes do próprio país e dos demais países comunitários nas compras governamentais”.¹⁹⁷

A história das diretivas comunitárias dos contratos públicos começou em 1971, data de adoção da primeira diretiva relativa a empreitadas de obras públicas. Desde então, foram adotadas diretivas relativas a contratos públicos de fornecimento e a contratos públicos de serviços, bem como diretivas aplicáveis aos serviços de utilidade pública. A concepção e o sistema de base consagrados nas diretivas nunca foram substancialmente alterados, apesar de terem sofrido várias alterações.

Assim sendo, a atualização e simplificação da legislação referente aos procedimentos de seleção e adjudicação dos contratos públicos na União Européia teve como resultado os seguintes atos legislativos:

a) Directiva 2014/23/ UE, de 26 de fevereiro de 2014, sobre a adjudicação de contratos de concessão;

b) Directiva 2014/24/ UE, de 26 de fevereiro de 2014, sobre os contratos públicos e que revoga a Directiva 2004/18/ CE.

c) Directiva 2014/25/ UE, de 26 de fevereiro de 2014, sobre contratos celebrados por entidades que operam na água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Directiva 2004/17/ CE.

d) Directiva 2014/55/ UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa à faturação eletrônica em contratações públicas.

Assim como visto no plano nacional, no direito comunitário, o contrato público é interpretado como um vetor de integração de considerações ambientais e sociais, bem como um instrumento de regulação de mercado, pois todos os anos mais de 250.000 entidades

¹⁹⁷TORRES, Nilson Trevisan. *Compras Governamentais: Proposta de um Modelo Multicriterial para Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE (tese de doutoramento), 2012, p. 24.

públicas da União Europeia gastam cerca de 18 % do PIB na aquisição de serviços e produtos e na realização de obras.¹⁹⁸

Além do disposto na legislação antecedente à Directiva 2014/24/UE e à Directiva 2014/25/UE, a Comunicação Interpretativa nº 274¹⁹⁹, de 04 de julho de 2001, deu um impulso ao entendimento sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e às possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos.

A Comunicação Interpretativa teve por objetivo analisar e estabelecer as possibilidades do enquadramento jurídico comunitário existente quanto à integração de considerações ambientais nos contratos públicos sob o argumento de que as diretivas dos contratos públicos propriamente ditos oferecem diversas possibilidades de integração de considerações ambientais nas compras públicas, nomeadamente na definição das especificações técnicas, nos critérios de seleção e de adjudicação de um contrato.²⁰⁰

No âmbito da atualização da finalidade dos contratos públicos, a Comissão Europeia editou, em janeiro de 2011, um Livro Verde “sobre a modernização da política de contratos públicos da EU, para um mercado dos contratos públicos mais eficientes na Europa”, a fim de fortalecer a inclusão de critérios sociais e ambientais em obrigações relativas aos contratos públicos, ao mesmo tempo em que publicou um guia destinado principalmente para os compradores públicos, explicando como considerações sociais podem agora ser integradas em vários estágios do processo de aquisição.²⁰¹

A Comissão também publicou um guia chamado "compra social" que visa incentivar as autoridades públicas a considerarem critérios sociais nos processos de adjudicação de contratos públicos, bem como alterar práticas que destacam os benefícios de tal abordagem e elucidar as vias abertas pela legislação comunitária para a sua implementação. Os objetivos de política social descentralizada na aquisição enfatizam a promoção de oportunidades de emprego, trabalho decente, promoção da integração e da inclusão social de pessoas vulneráveis, como as pessoas com necessidades especiais, e a promoção da igualdade de

¹⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Contratos públicos: regras e procedimentos. Disponível em <http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_pt.htm>. Acesso em 30 set 2014.

¹⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação Interpretativa nº 274. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20030512/010274PT.pdf>>, Acesso em 30 set. 2014.

²⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação Interpretativa nº 274. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20030512/010274PT.pdf>>, Acesso em 30 set. 2014.

²⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU, para um mercado dos contratos públicos mais eficientes na Europa. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:PT:PDF>>. Acesso em 30 set 2014.

remuneração entre homens e mulheres. Esta é parte da estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.

ii) MERCOSUL

Os únicos compromissos internacionais na área de compras governamentais assumidos pelo Brasil são com países do MERCOSUL²⁰², em razão de não ser membro e nem observador do *GPA*, tendo as primeiras tratativas sobre compras governamentais iniciadas em 2003 com o *Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR*, assinado em Montevideu (Acordo nº 69, Decisão nº 40/2003), o qual foi derogado pela Decisão CMC nº 27/2004. Posteriormente, em 2004, os Estados-partes assinaram um novo protocolo (Acordo nº 76, Decisão nº 27/2004) que, em seguida, também foi derogado com a Decisão CMC nº 23/2006. Atualmente o novo *Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUL*, assinado em Córdoba, em 27 de julho de 2006 (Decisão nº 23/2006)²⁰³, aguarda a ratificação por Brasil, Paraguai e Uruguai.²⁰⁴

A aprovação do Protocolo de Contratações para o MERCOSUL teve por finalidade a adoção de mais um instrumento essencial para o fortalecimento de uma União Aduaneira, com vistas à construção do mercado econômico comum e ao estabelecimento de plano normativo necessário à conferência da requerida segurança jurídica pelos agentes econômicos dos Estados-Partes do Mercado.

Em relação ao objeto do Protocolo, esse tem por objeto proporcionar, aos possíveis contratados estabelecidos nos Estados-Partes e aos bens, serviços e obras públicas originários desses membros, um tratamento não discriminatório nos processos de contratação efetuados pela administração pública. Não obstante estar disposto no Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL, os princípios da nação mais favorecida (Art. 4) e o *princípio do*

²⁰²O Mercado Comumdo Sul - MERCOSUL-é composta porArgentina,da República Federativa doBrasil,da República do Paraguai, da República Oriental doUruguai, da República Bolivariana daVenezuelaedo Estado Plurinacional daBolívia(em processo de adesão). MERCOSUL e Estados Associadosé o Chile, a Colômbia, Peru, Equador, Guiana(em processo de ratificação)eSuriname(em processo de ratificação). A participação dos Estados partesnas reuniões doMercosuleda assinatura de acordossão regidos pelasdisposições daDecisão nº18/04, 28/04e11/13.

²⁰³MERCOSUL. *Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUL*, assinado em Córdoba, em 27 de julho de 2006 (Decisão nº23/2006). Disponível em <<http://www.loa.org.ar/legNormaDetalle.aspx?id=425>>. Acesso em 30 ago. 2014.

²⁰⁴BADIN, Michelle Raton Sanchez e TASQUETTO, Lucas da Silva. *Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013 p. 105-126.

tratamento nacional (Art.5), o Anexo VI ao Protocolo elenca algumas ressalvas propostas pela Argentina²⁰⁵, Paraguai e Uruguai²⁰⁶ para a não aplicação dos referidos princípios.

No plano interno brasileiro, a Lei 12.349/10, que alterou dispositivos da Lei 8.666/93, inclui o § 10. no seu artigo 3º, o qual dispõe que “a margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL.”²⁰⁷

Outra questão de aparente divergência se relaciona ao âmbito de aplicação, disposto no artigo 2º, que dispõe que o Protocolo se aplica às contratações públicas que as entidades nos níveis dos governos federais e locais (estados e municípios) celebrem para a aquisição de bens e serviços. A Argentina e o Brasil se eximiram de incluir os níveis locais no Anexo I ao Protocolo que trata das Listas Positivas de Entidades com a promessa de discussão futura, conforme o artigo 14 do Protocolo. Em contrapartida, o Paraguai eximiu-se do compromisso de outorgar acesso a seu mercado de compras governamentais à Argentina e ao Brasil até que se faça a abertura dos mercados dos governos estaduais e provinciais limítrofes ao Paraguai.

A última questão a ser abordada nesse tópico diz respeito à negociação em andamento entre União Européia e MERCOSUL, que aponta para o fato de que as compras governamentais serão uma das condições de acordo pela União Européia, sendo legítima a expectativa de que as propostas da União Européia se aproximem do seu formato de acordo já estabelecido com o Chile, que tem por característica uma regulamentação bastante extensa. Se esta expectativa se confirmar, isto pode gerar mudanças importantes na política externa

²⁰⁵ Proposta da Argentina: “Por um período de 5 anos, a partir da entrada em vigor do presente Protocolo, com vistas a permitir a adequação do setor produtivo nacional, a República da Argentina gozará de um regime de exceção parcial às obrigações de tratamento nacional estabelecidas no artigo 5, numeral 1, por meio da possibilidade de aplicação de preferências nacionais na adjudicação de contratos.”

²⁰⁶ Proposta do Paraguai e Uruguai: “Para efeitos da aplicação do presente Protocolo e com base no disposto no Artigo 5, reserva-se a possibilidade de aplicar a preferência nacional conforme a legislação nacional vigente em 15 de Dezembro de 2003”.

²⁰⁷ Na exposição de motivos da MP 495/2010, que se converteu na Lei nº 12.349/10, já enunciava que “A inclusão do § 10 ao artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993 que visa assegurar estrita observância às disposições acordadas pelo Brasil no âmbito do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL. É importante registrar que o aludido Protocolo ainda não foi ratificado pelo Senado Federal, razão pela qual a redação proposta subordina a aplicabilidade da margem de preferência, referenciada nos §§ 5º e 6º, à efetiva internalização do Protocolo, nos limites do território nacional. Ressalte-se, ademais, que a medida coaduna-se ao disposto no Parágrafo Único do artigo 4º da Constituição Federal, que preceitua a implementação de ações voltadas à integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Em adição, o dispositivo prevê a possibilidade de extensão da margem de preferência ora autorizada, em caráter total ou parcial, aos bens e serviços originários de países com os quais o Brasil venha a assinar acordos sobre compras governamentais, o que elide eventuais óbices à celebração de tratados e acordos internacionais pertinentes à matéria”.

brasileira e na política legislativa no tema para um futuro próximo, com a internalização das tratativas acordadas.²⁰⁸

1.5.5. Políticas nas licitações no Direito Internacional

A temática das compras governamentais é um assunto inquietante e está inserido num campo de pesquisa dinâmico, onde um número de questões jurídicas, econômicas, de políticas públicas e de relações comerciais forma uma combinação que é complexa para ambos os setores, o público e o privado. Para o primeiro, as questões relacionadas às compras e sua regulação podem ser instrumentos de efetivação de políticas públicas, quer sejam econômicas, sociais ou ambientais. Para o segundo, significa a maior, ou uma das maiores, oportunidade de negócios, em razão dos valores envolvidos e da visão de que o Estado é o mais importante cliente na maioria das economias ao redor do mundo.

A compreensão do fenômeno jurídico-administrativo da contratação pública não pode prescindir da análise de sua necessária correspondência com o contexto político, econômico, social e cultural, verificável e real, em que opera de modo dinâmico, em movimento e realização, e que se circunscreve historicamente em sua concretização.

De caráter bastante atual, o tema deve ser consolidado segundo o entendimento de que as relações comerciais entre as nações causam impactos na efetivação dos direitos humanos e nas possibilidades de desenvolvimento dos Estados e das pessoas, devendo haver uma aproximação desses três temas: direitos humanos, relações comerciais e desenvolvimento.

Com as ideias defendidas por John Keynes, que propôs um incremento do intervencionismo do Estado na economia, a fim de corrigir as distorções geradas pelo sistema capitalista de produção, o direito ao desenvolvimento apresenta-se como uma dimensão dos direitos humanos econômicos. Dessa forma, o direito ao desenvolvimento constitui-se num dos principais temas do Direito Internacional por envolver questões sociais, políticas e culturais.²⁰⁹

²⁰⁸BADIN, Michelle Rattón Sanchez e TASQUETTO, Lucas da Silva. *Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013 p. 105-126.

²⁰⁹SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da; SANCHES, Samyra Napolini. *Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição Brasileira*. In Direito e

Num primeiro momento, acreditava-se que os resultados econômicos do desenvolvimento e do livre comércio contribuiriam para o desenvolvimento de todas as nações que teriam participação igualitária no comércio internacional. Todavia, ao passar dos tempos, verificou-se que os benefícios da liberalização não foram suficientes para alterar o cenário da desigualdade econômica e social.

Infelizmente, por muito tempo, o direito ao desenvolvimento foi interpretado, pelos Estados em desenvolvimento ou menos desenvolvidos²¹⁰, como um proeminente direito relacionado a obrigações externas a esses grupos, no qual os países desenvolvidos teriam o dever de promover o desenvolvimento daqueles menos favorecidos. Obviamente que um direito fundamentado somente em obrigações de terceiros tornar-se-ia um direito político, sendo efetivado somente por acordos de “boas intenções” em decisões políticas. Assim sendo, o conceito de direito ao desenvolvimento deveria ser ampliado, exigindo ações pragmáticas e atribuindo, da mesma forma, aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, responsabilidades de promoção do desenvolvimento por meio de políticas públicas domésticas.²¹¹

Simultaneamente aos fenômenos da ampliação do conceito de desenvolvimento e da consolidação dos direitos humanos, em meados da década de 1990, as compras governamentais tiveram seu paradigma modificado de atividade secundária e instrumental, com o fim de atender uma demanda imediata do Estado, para instrumento de desenvolvimento econômico em razão dos valores empregados na atividade contratual estatal. Dessa percepção, diversos marcos internacionais foram estabelecidos por organismos e blocos internacionais de importante representação, como, por exemplo, OMC, UNCITRAL e NAFTA, reconhecendo a importância do Estado como contratante.²¹²

Como dito, reflexos são produzidos por novas realidades nos tempos da hipermodernidade, que importam em mudanças sociais que afetem a situação e a localização do Estado e dos cidadãos. A relação liberdade-autoridade e os processos de integração

desenvolvimento no Brasil no século XXI. Organizadores: Vladimir Oliveira da Silveira, SamyraNaspolini Sanches, Monica Benetti Couto. Brasília: IPEA: CONPEDI, 2013, p. 124.

²¹⁰ O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), inicialmente se referia dois grupos de países: os desenvolvidos e os menos desenvolvidos. Os países em desenvolvimento passaram a constituir um novo grupo a partir da criação da Cláusula de Habilitação, em 1979.

²¹¹ SALDANHA, Eduardo. *Desenvolvimento e tratamento especial diferenciado na OMC: uma abordagem sob a perspectiva da doutrina do staredecisis – Parte II*. Revista de Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v.3, n.2, p. 310. Jul/dez 2012.

²¹² HERNANDEZ-GARCIA, Roberto. *Introduction: the global challenges o international public procurement*. In International Public Procurement. London: Globe Law and Business, 2009, p. 10.

comunitária, com Tratados que delimitam competências e cedem atribuições, têm ocasionado um importante impacto no sistema jurídico administrativo em geral. Por conseguinte, atualmente, o regime de compras governamentais é regulado em três ordens: i) interno (nacional e local); ii) internacional (produto de pactos, acordos e convenções); e iii) o concreto particular, no âmbito de cada contrato celebrado.²¹³

Em consequência, tem-se a existência de um sistema policêntrico²¹⁴ de produção do direito não somente estatal, pois não se pode mais considerar o poder legislativo como o titular do monopólio de sua produção. Na pluralidade normativa, tem-se a incorporação de ditames locais, regionais, nacionais, comunitárias e internacionais. Em resumo:

“esta pluralidade normativa alcança sua nova plenitude com uma diversidade de usinas de produção jurídica, locais, regionais, nacionais, comunitárias e internacionais, que geram o Estado de Direito Contratual, o marco normativo regulatório dos contratos públicos e das licitações e concursos públicos, como procedimento de preparação técnica da vontade pública na contratação administrativa.”²¹⁵

Partindo-se da proclamada premissa de que problemas globais requerem soluções globais, a internacionalização da questão da regulação das compras públicas apresenta desafios que se referem a obstáculos práticos à competição, transparência e igualdade de tratamento, entre outras questões, ou que implica outros aspectos, como a harmonização de normas, o adequado uso de tecnologia, a luta contra a corrupção, a sustentabilidade ambiental e a defesa da competição nas contratações públicas contra qualquer forma de distorção.²¹⁶

Na nova ordem jurídica, surgida com o fenômeno da globalização econômica, valoriza-se o papel do Direito Internacional Público e o pluralismo jurídico, na medida em que seus conceitos e suas técnicas legislativas evoluíram no sentido da coexistência, cooperação e composição de interesses em detrimento da imposição de uma vontade jurídico-política, contribuindo para a “i) internacionalização de ramos significativos do direito nacional estatal, ii) interseção de formas legais transnacionais e c) explosão de normas paraestatais, ‘privadas’ ou oficiosas no plano infranacional.” Sendo assim, o direito positivo

²¹³ DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4ª Ed. Buenos Aires, Hispania Libros, p. II.

²¹⁴ Sistema jurídico que tem por característica, a capacidade de substituir “a coerção pelo consenso, o comando pela negociação, a decisão imperativa pela persuasão, a intervenção controladora por mecanismos descentralizados de autodireção e, por fim, a responsabilização individual pela organizacional, nas condutas potencialmente comprometedoras do equilíbrio sistêmico da sociedade.” Segundo FARIA, José Eduardo, em *O direito na economia globalizada*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.194.

²¹⁵ DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4ª Ed. Buenos Aires, Hispania Libros, p. II.

²¹⁶ HERNANDEZ-GARCIA, Roberto. *Introduction: the global challenges of international public procurement*. In *International Public Procurement*. London: Globe Law and Business, 2009, p. 9.

do Estado-nação se reorganiza estruturalmente segundo as iniciativas legislativas unificadoras, harmonizadoras e padronizadoras dos organismos multilaterais.²¹⁷

Constatada a importância da valorização do Direito Internacional e do pluralismo²¹⁸ no sistema jurídico contemporâneo, surge o dilema no momento em que o constituinte e o legislador ordinário pátrio devem estabelecer as políticas públicas²¹⁹, desdobradas em planos estratégico (diretrizes gerais em sede constitucional), gerencial e operacional (conjuntos normativos infraconstitucionais), que compreendam ações e programas e tenham por finalidade efetivar o direito ao desenvolvimento por meio das compras governamentais e compatibilizadas com os princípios do Direito Internacional.

Diante do problema posto, o legislador brasileiro, ao estabelecer o plano normativo nacional de compras governamentais e segundo o conceito de *Policy Space*²²⁰, harmonizou a norma brasileira ao Direito Internacional ao adotar políticas discriminatórias na contratação pública que privilegiam o direito fundamental ao desenvolvimento econômico com verdadeiro *status* de norma “*jus cogens*”²²¹, disposto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU (1986). Ao mesmo tempo, optou por não aderir ao *GPA* (1994), da OMC, pois, ao aderir, em tese, poderia contrariar o Princípio da Não-Discriminação²²² quando da adoção de

²¹⁷FARIA, José Eduardo, em *O direito na economia globalizada*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.150-156.

²¹⁸FARIA, José Eduardo, citando Gunther Teubner, define pluralismo jurídico como a normatividade gerada pelos diferentes subsistemas organizacionais e funcionais especializados – econômico, científico, tecnológico, político, etc- das sociedades complexas. Obra citada, p. 155-156.

²¹⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2ed. rev.atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 30.

²²⁰*Policy Space* trata da liberdade de escolha, conferida aos países em desenvolvimento, em optar pela melhor combinação de políticas possíveis para alcançar um desenvolvimento econômico sustentável e equitativo, segundo o seu único e individual caráter social, político, econômico e condições ambientais. Ele se refere ao espaço para políticas nacionais, especialmente nas áreas de comércio, investimento e desenvolvimento industrial e reflete a ideia de que os governos devem ter flexibilidade para avaliar o *trade-off* entre os benefícios de aceitar regras internacionais e as restrições impostas pela perda de espaço político. Disponível em <<http://www.eldis.org/vfile/upload/1/document/0708/DOC20476.pdf>>. Acesso em 30 set. 2014.

²²¹Dispõe o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 que: “A norma do “*jus cogens*” é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza”.

Já para o Dicionário Diplomático, “*jus cogens*” significa o direito taxativo, ou seja, o conjunto de normas inderrogáveis mediante consentimento das partes e que não admitem pacto contrário, dada a natureza do bem que tais normas tutelam: a ordem pública. A tais normas designadas por imperativas, opõem-se outras que dependem da vontade das partes, ou seja, normas dispositivas.

²²² O Artigo III:1 e 2 do *GPA*, dispõe sobre o princípio fundamental de Não-Discriminação.

Primeiramente, uma Parte do *GPA* deve estabelecer tratamento “não menos favorável” a produtos, serviços e fornecedores de outras Partes do *GPA* do que o tratamento dado aos produtos, serviços e fornecedores domésticos. Além disso, uma Parte do *GPA* deve tratar os produtos, serviços ou fornecedores de uma Parte do *GPA* não menos favoravelmente do que o tratamento determinado a qualquer outra Parte do *GPA* (não-discriminação entre Partes estrangeiras do *GPA*).

Ademais, o *GPA* obriga as Partes a garantir que as entidades governamentais não discriminem entre fornecedores locais devido à participação estrangeira ou afiliação, e que tais entidades não discriminem entre

benefícios aos produtos e empresas nacionais através do afastamento do processo licitatório e da aplicação da margem de preferência para a adjudicação do contratado.

Concluindo, afirma-se que há três tipos de instrumentos de compras internacionais no direito internacional: i) códigos modelo de contratação, diretrizes e estatutos de princípios ou melhores práticas²²³; ii) diretrizes de contratação impostas por instituições financeiras centrais²²⁴; e iii) diretrizes e acordos de concorrência e contratos^{225, 226}.

1.6. A licitação como instrumento do Estado regulador

O estudo sobre a utilização do Estado e, mais especificamente, da licitação como instrumento de regulação e de fomento econômico, necessariamente passa pela análise do poder das compras governamentais, bem como pelos poderes e deveres constitucionais em realizar tais atividades por meio de diversas ações estatais, incluindo a produção normativa. Sendo assim, é nessa esfera de poder-dever que o plano normativo da política pública de compras governamentais se insere como instrumento político por ter a obrigação legal, disposto no artigo 3º da Lei 8.666/93, de promover o desenvolvimento econômico sustentável que engloba fomento e regulações econômicas, ambientais e sociais.

Assim, o Estado tem se valido de seu poder de compra²²⁷ para criar estímulos aos seus fornecedores, protegendo determinados mercados, seja no âmbito interno, como no

entidades locais devido ao local de produção do bem ou serviço fornecido, sob a condição de que as Regras de Origem do Artigo IV do *GPA* sejam respeitadas. Este dispositivo dá ao princípio da Não-Discriminação uma aplicação mais efetiva, uma vez que visa às ações individuais das entidades governamentais, e evita a discriminação individual.

Para garantir o princípio da Não-Discriminação, o Artigo III é complementado por outros dispositivos constantes do Acordo que enfatizam os procedimentos para assegurar transparência das leis, regulamentos, procedimentos e práticas relacionadas às Compras Governamentais.

²²³ Ex: Lei Modelo sobre a Aquisição de Bens, Obras e serviços *Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)*; *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e Princípios Não Vinculativos da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC)*.

²²⁴ Ex: Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento e outros bancos de desenvolvimento regional.

²²⁵ Acordo sobre Compras governamentais da OMC; Acordos de comércio preferencial (PTAs): União diretas da União Europeia (UE); Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA); União Econômica e Monetária do Oeste Africano (UEMOA).

²²⁶ DAWAR, Kamala; EVENETT, Simon. *Government procurement*. In: CHAUFFOUR, J. P.; MAUR, J. C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: World Bank, 2011, p. 372. Disponível em:

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2329/634040PUB0Pref00Box0361517B0PUBL_IC0.pdf?sequence=4>. Acesso em 01 out. 2014.

²²⁷ Sobre o “poder de compras do Estado”, ver SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. *O Poder de Compras Governamental como Instrumento de Desenvolvimento Tecnológico: Análise do Caso Brasileiro*. Brasília: IPEA,

internacional. No plano normativo, a exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/10, convertida na Lei nº 12.349/10, que alterou a Lei nº. 8.666/93, trata diretamente em três momentos sobre o uso de tal poder.

Num primeiro momento, observa-se a orientação do poder de compra do Estado constitui importante diretriz de política pública no sentido de estimular a produção doméstica de bens e serviços. Posteriormente, defende que a medida de agregar o desenvolvimento econômico nacional à finalidade legal da Lei 8.666/93 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”. Por último, assinala que a intervenção do Estado, com a utilização do poder de compra fomentando a inovação tecnológica, “faz-se necessária no Brasil, tendo em vista que, muito embora o País tenha avançado na produção científica e tecnológica nos últimos anos, registramos relativamente poucas patentes em comparação com os países desenvolvidos.”

1.7.1 – O Estado regulador e o Estado contratante

A contratação pública é um importante objeto de regulação em razão de dois aspectos: por um lado, pela regulação normativa ou regulamentação dos procedimentos contratuais e de escolha do contratado e, por outro, pela regulação jurídica dos operadores econômicos que participam nos procedimentos ou definição de “mercados de contratação pública”. O primeiro segmento de regulação apresenta um perfil normativo, pois assenta em regras jurídicas que estabelecem os comportamentos possíveis pela Administração Pública, enquanto o segundo, além da dimensão normativa, possui o momento aplicativo com decisões estatais que atingem os operadores econômicos, como a classificação e a desclassificação, adjudicação, exclusão, aplicações de sanções administrativas.²²⁸

Nesse sentido, a administração pública, como contratante, atua como regulador de mercado econômico, pois a compra de bens e serviços no mercado constitui um momento de

Texto para Discussão nº 1922, janeiro 2014. No mesmo sentido, *Poder de Compra da Petrobras: Impactos Econômicos nos seus Fornecedores*. Brasília: IPEA. João Alberto De Negri, Fernanda De Negri, Lenita Turchi, Marcio Wohlers, José Mauro de Moraes e Luiz Ricardo Cavalcante (Organizadores), 2010, 3 volumes.

²²⁸ GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013, p. 23.

intervenção e de contato com os agentes que têm interesse em firmar contratos públicos. Cada procedimento de contratação iniciado pelo Estado, de certo modo, cria um mercado em que há um determinado bem em disputa e o contrato a celebrar, e um conjunto de operadores econômicos, mais ou menos amplo, em razão do segmento do bem em competição.²²⁹

Assim, se faz necessário diferenciar os sentidos de regulamentação e regulação. A regulamentação diz respeito à normatividade, sendo um ato estatal geral e abstrato de caráter materialmente legislativo, havendo duas subespécies principais: os regulamentos de execução, como, por exemplo, a Lei nº 12.349/10 e seus decretos regulamentadores (atos normativos secundários, tendo sua validade fundamentada em leis infraconstitucionais em sentido amplo) e os independentes, como a Lei nº 8.666/93 (atos normativos primários, cuja validade é fundamentada diretamente na Constituição).²³⁰ A regulação está relacionada ao desejo de se abrir determinados setores à iniciativa privada por parte do Estado, principalmente em setores monopolistas.

Num entendimento diferente sobre a regulação econômica e o papel do Estado regulador, relaciona-se o termo regulação ao conceito de políticas públicas que buscam a realização dos valores econômicos e não econômicos, sendo essas políticas constituídas de um plano normativo com a adoção de medidas legislativas e de natureza administrativas destinadas a “incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da república, a cidadania, a dignidade humana, o desenvolvimento regional, o desenvolvimento nacional”.²³¹ No mesmo sentido, essas medidas legislativas, administrativas ou convencionais orientam o comportamento dos agentes econômicos, conformando suas atividades aos princípios constitucionais, mormente os da ordem econômica e social.²³² Para Egon Bockmann Moreira:

O verbo “regular” e, especialmente, o substantivo “regulação” denotam a noção de instaurar normas, de fixar a disciplina. Quem regula estabelece os parâmetros pelos quais fatos, condutas ou situações deverão ser consideradas regulares, legítimos e/ou válidos (e quais serão os desvios inadmitidos). Nesta acepção, regular significa “fixar as regras” — que podem instalar inovações ou consolidar costumes, mas, em ambos os casos, pretendem disciplinar. Quem fixa as regras visa a que o sujeito regulado mude o seu comportamento natural. O objetivo é o de que a conduta futura

²²⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013, p.25.

²³⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 75-79, out. / dez. 2005.

²³¹ JUSTEN FILHO. Marçal. *Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética. 2002. p. 40.

²³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas*. Revista do Direito da Energia, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 162, out. 2004.

seja de acordo com tais pautas. Sob este aspecto revela-se o Direito da regulação econômica: aquele conjunto de ações jurídicas que visam a estabelecer parâmetros de conduta econômica em determinado espaço-tempo.²³³

Mas por que da necessidade de regulação estatal? Dada a diversidade de políticas de regulação, não existe uma única explicação da motivação específica de os governos regulamentarem. Podem-se identificar várias justificativas para a regulação, cada uma das quais se baseia em uma visão particular de governo e autoridade e expectativas a respeito de como esta autoridade será exercida. Cada uma delas oferece alguns aspectos importantes. No entanto, em linhas gerais, o Estado regula em razão de cinco explicações: i) os regulamentos são políticas públicas destinadas a promover o "interesse público"; ii) os regulamentos constituem esforços para prevenir ou compensar falhas de mercado; iii) os regulamentos são o produto das demandas da indústria setorial para transferências de riqueza; iv) os regulamentos são o produto das agências capturadas por setores regulados; e V) os regulamentos são o produto da concorrência entre as políticas econômica regionais. Estas explicações do porquê que os governos regulamentam não são mutuamente exclusivas. Na verdade, várias podem ser simultaneamente corretas.²³⁴

Na mesma toada, como função típica estatal, a regulação é derivada de fatores como da redução do papel econômico do Estado, da privatização de empresas públicas, da diminuição dos poderes regulatórios, da liberalização dos setores anteriormente sujeitos a regime exclusivo público e privado e a fomento da concorrência nacional e internacional. Em relação inversamente proporcional, afirma-se que quanto mais há a diminuição da intervenção estatal na economia, mais se intensifica a atividade regulatória do Estado em virtude: i) da necessidade de regular o mercado para garantir a concorrência; ii) dos limites do mercado e falhas eventuais para que ele possa funcionar; (iii) de importar regular para afastar ou atenuar as externalidades negativas do funcionamento da economia (p. ex. custos sociais associados a danos ambientais); (iv) de importar regular para promover a proteção dos consumidores, e (v) de importar regular para garantir as denominadas obrigações de serviço público.²³⁵

Após essas considerações, é imprescindível o enquadramento da classificação da política pública de compras do Estado brasileiro, a fim de se entender melhor a arena política

²³³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

²³⁴EISNER, Marc Alen; WORSHAM, Jeff; e RINGQUIST, Evan J.. *Contemporary regulatory policy*. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publisher, 1999, pp. 3-4 disponível em <<https://www.rienner.com/uploads/47e148458e642.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2014.

²³⁵MOREIRA, Vital. Serviço público e concorrência: a regulação no sector eléctrico. In: Os caminhos da privatização da administração pública. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-247. p. 225-228.

na qual está inserida com o movimento dos seus atores e reflexos na formulação da política. A finalidade legal da licitação em promover o desenvolvimento econômico sustentável, através da concessão de privilégios a determinados grupos sociais ou setores econômicos e industriais, seria de natureza regulatória, distributiva ou redistributiva?

As políticas distributivas caracterizam-se pela facilidade que podem ser desagregadas e seus recursos não obedecem a qualquer critério geral e universalista, com decisões altamente individualizadas, como, por exemplo, os diversos serviços públicos alocados de maneira clientelística a grupos. Já as políticas regulatórias, apesar de terem impactos específicos e individualizados como as distributivas, envolvem escolha direta entre quem será favorecido e quem será desfavorecido e as decisões são baseadas em regras gerais, em padrões legais mais amplos. Geralmente, os impactos dessas políticas abrangem setores da economia e não são desagregáveis para além do nível setorial. Em relação às políticas redistributivas, essas se assemelham às regulatórias na medida em que suas decisões envolvem grandes categorias de indivíduos, não sendo casuística, como na distributiva, havendo diferença na natureza do impacto e estando, geralmente, voltadas a classes sociais.²³⁶

Partindo-se das considerações realizadas por Lowi, pode-se afirmar que a implementação de políticas públicas, por meio das licitações, enquadra-se na categoria das políticas públicas regulatórias em razão da utilização do mercado e do poder de compras estatal, por meio de sua respectiva política pública, para alcançar objetivos e executar ações estratégicas nas áreas de políticas públicas econômicas e sociais. Obviamente, que na arena distributiva haverá uma multiplicidade de grupos organizados em torno de relações de interesses setoriais com a finalidade de inserção do respectivo setor econômico nas políticas governamentais e consequente inserção na condição de favorecido da política.²³⁷

E é justamente na importância do binômio mercado-poder de compra do Estado que, na economia moderna, as contratações públicas cumprem também uma função reguladora da atividade econômica privada ao canalizar esse poder estatal para empresas com maior eficiência e menores custos, evitando distorções no regime de livre concorrência em razão do poder de decisão de um grande comprador que pode estabelecer critérios ou motivações

²³⁶ LOWI, Theodore J. Distribution, regulation, redistribution: the functions of government. In *Public Policies and Their Politics*. Ripley, W.W. Norton e Company Inc. New York, 1996, pp. 1-3.

²³⁷ LOWI, Theodore J. Distribution, regulation, redistribution: the functions of government. In *Public Policies and Their Politics*. Ripley, W.W. Norton e Company Inc. New York, 1996, p. 7.

econômicas, que não são comuns ou que não regem as relações entre particulares, como estabelecimento de objetivos sociais e ambientais.²³⁸

No caso da contratação pública, a implementação de políticas públicas por meio do artifício da política regulatória consiste justamente na possibilidade de o poder público transferir os atos executivos e os ônus da implantação da política aos contratados. Dessa forma, a responsabilidade da execução da política e os seus custos são diluídos, os quais podem ser repassados aos contratados do poder público ou subsidiados pelo Estado. Trata-se, como visto, de uma ferramenta capaz de atingir metas, muitas vezes de cunho social, e, na questão contratual, de cunho econômico, com pouca onerosidade para o poder público.²³⁹

Nesse cenário, a utilização da licitação insere-se como instrumento regulatório e de fomento a determinadas atividades econômicas que produzam resultados tidos como socialmente benéficos. Ao invés do mero arranjo convencional marcado pela imposição de deveres e obrigações contratuais aos particulares que se relaciona com a administração, “a licitação vem sendo crescentemente incluída em um sistema mais complexo de coordenação entre a racionalidade individual (voltada para interesses meramente egoísticos) e metas coletivas.”²⁴⁰

Logo, na contratação pública, os mercados estabelecidos não são de natureza livre e aberta, mas, sim, regulados, operando verdadeira revolução, pois se troca a regulação tradicional, substitutiva do mercado, pela qual o Poder Público toma a maioria das decisões, por um modelo de regulação criadora de mercado, com a edição e publicação do edital da licitação e da minuta do contrato, fomentando a competição onde ela é possível em vez de centrar-se unicamente no controle dos operadores econômicos.²⁴¹

No próximo tópico, após a análise do Estado regulador e contratante, será analisado o direito ao desenvolvimento econômico no âmbito das licitações e como objeto de regulação estatal.

²³⁸ MAIRAL, Hector A. *Licitacion pública*. Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 14/15.

²³⁹ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *Casos de políticas públicas implantadas por intermédio da regulação econômica*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8823>. Acesso em 10 out 2014.

²⁴⁰ Jéssica Acocella e Juliana Cabral Coelho Rangel. *O papel regulatório e de fomento das licitações públicas*. Artigo online, 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI182325.71043-O+papel+regulatorio+e+de+fomento+das+licitacoes+públicas>. Acesso em 01 set. 2014.

²⁴¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 2ª Ed., p 37.

1.6.2. A licitação como instrumento regulatório e a finalidade legal da promoção do desenvolvimento econômico sustentável

A licitação, que tem a adjudicação e assinatura do contrato administrativo como o resultado do seu processo, inaugura a implementação da regulação quando da elaboração do seu edital, com a definição de critérios de participação no certame, que podem ser de ordem econômica, social, ambiental, tecnológica, por exemplo, e escolha do contratado. Da mesma forma, a administração não é livre para a escolha de tais critérios, pois está vinculada constitucionalmente a um conjunto de regras e princípios que também regulamentam o Estado contratante. Assim, a Administração utiliza-se do seu poder de contratação ou de compra para regular o mercado ao definir o formato do contrato desejado.²⁴²

A discricionariedade na elaboração do edital licitatório envolve o exercício de uma competência regulatória por interferir na estrutura do mercado, devendo ser técnica em razão de que os aspectos políticos, geralmente inseridos numa determinada política pública, são definidos em leis, acordos comunitários e tratados internacionais. Nessa ideia, cita-se, como exemplo, a atribuição de margens de preferências para determinados setores da indústria ou da sociedade ou a restrição a participação de estrangeiros em certames nacionais. Por competência regulatória técnica, entende-se a edição de regras que possam restringir a formação de monopólios, concentrações e dominações de mercados, que, por outro lado, sacrificam a competição desejada, como a previsão das denominadas cláusulas de barreira, que têm amparo constitucional no art. 173, §4º.²⁴³

Diante desse movimento regulatório e desregulatório nas contratações públicas, com ênfase na fase de licitação, importante se faz o exame cuidadoso desse movimento pendular no contexto da regulamentação geral do Estado, a fim de se verificar se tal fenômeno é uma política isolada ou está contido num plano maior estatal. Essa oscilação entre os extremos da regulação insuficiente e excessiva é produzida, em parte, pelos custos reais que estão associadas às duas práticas, sendo potencializado por reformas legislativas que visam combater abusos ou escândalos que ganhem atenção política, mas que pode não ser representativa do funcionamento característico do sistema de compras e de funcionamento de determinado mercado. Em suma, porque há custos reais associados tanto com regulação,

²⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 2ª Ed., p. 307-308.

²⁴³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 2ª Ed., pp 310-313.

como na não regulamentação, na função de compras governamentais, um sistema de compras ideal deve encontrar um equilíbrio entre os custos de excesso de regulamentação e os custos da regulação insuficiente.²⁴⁴

Stephen Breyer, ao trabalhar na desregulamentação da indústria aérea nos Estados Unidos na década de 70, afirma que as características centrais recomendadas para a regulação das contratações governamentais seguem as seguintes premissas: i) em primeiro lugar, nenhum regulamento é apropriado, a menos que "o mercado não esteja regulamentado e que possua defeitos graves para que a regulamentação venha oferecer uma cura "; ii) em segundo lugar, quando a regulação é justificada, deve-se empregar a menos restritiva alternativa, utilizando-se da regulação clássica, apenas quando os meios menos restritivos não vão funcionar; iii) entre as alternativas menos restritivas para a regulação clássica a ser considerada, são abordagens baseadas em incentivos, tais como redução de impostos e criação de regimes de direitos especiais de mercado, as exigências e requisitos de divulgação e a aproximação nas negociações. A palavra de ordem primordial é preservar, na medida do possível, as vantagens inerentes dos mercados competitivos.²⁴⁵

Tradicionalmente, no direito brasileiro e na respectiva doutrina e jurisprudência, a licitação possuía dois objetivos fundamentais ou finalidades legais que eram preconizados no artigo 3º, caput da Lei 8.666/93: a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Com o advento da Lei 12.349/10, uma nova finalidade legal foi acrescida às outras duas existentes: a promoção do desenvolvimento econômico sustentável. Assim sendo, a proposta mais vantajosa mitigou a importância do critério econômico da seleção e atribuiu relevância àquelas que possam garantir benefícios sociais, ambientais e econômicos, derivados do direito fundamental ao desenvolvimento.

Com a nova finalidade legal estabelecida, o processo licitatório passou a ser visto sob uma ótica constitucional, “de consagração de valores pluralísticos, de onde deixou de ser tido como mero instrumento de compra do governo para se tornar mais um vetor de garantia dos interesses coletivos e do desenvolvimento nacional”, manifestando-se a função regulatória da licitação com mecanismos que privilegiem aqueles licitantes que exerçam suas atividades

²⁴⁴SCWARTZ, Joshua I. *Regulation and Deregulation in Public Procurement Law Reform in the United States*. In *Advancing public procurement experiences: experiences, innovation and knowledge sharing*. Boca Raton, PrAcademics Press, 2006, cap. 9, pp 1-28. Disponível em <http://www.ippa.ws/IPPC2/BOOK/Chapter_9.pdf>. acesso em 30 ago. 2014.

²⁴⁵ Breyer, Stephen G..*Regulation and Its Reform*.Cambridge, MA: Harvard University Press. 1982, pp. 184-188.

empresariais, com objetivos além do lucro, com ações que contribuam com o desenvolvimento econômico sustentável nacional.²⁴⁶

Para ser considerado o desenvolvimento como plenamente sustentável, considera-se três vieses de abordagem: o econômico, o social e o ambiental. O econômico leva em consideração a necessidade mínima de sistemas econômicos que assegurem, de forma contínua, o aumento do Produto Interno Bruto (PIB) e do PIB *per capita* (PPC), retroalimentando a economia e surtindo efeitos positivos na sociedade. O social se funda em valores de democracia e equidade, contribuindo para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida, reforçando a sustentabilidade econômica e vice-versa. Já o ambiental vem numa relação simbiótica com o social e econômico, pois não há como imaginar qualidade de vida em um ambiente degradado, com a ameaça da condição e da sobrevivência dos seres vivos. Da mesma forma, há de se ter equilíbrio entre crescimento econômico e degradação ambiental, não se justificando qualquer crescimento que possa trazer a inviabilidade da existência humana.²⁴⁷

A partir da visão constitucionalizada da licitação, entende-se possível a edição de medidas legislativas e administrativas ativas, como, por exemplo, a Lei 12.349/2010, com o objetivo de repudiar, incentivar ou direcionar as atividades dos entes privados, quando da contratação pública, e de realizar preferências pelo Estado para o desenvolvimento de determinado tipo de segmento econômico. Antes da Lei 12.349/2010, no direito brasileiro, havia somente medidas passivas no sistema de regulação econômica, como, por exemplo, a Lei 8.884/94 (Lei antitruste), que tem por escopo a salvaguarda do direito de concorrência com a atuação estatal nos casos de ilícito de concentração que violem a concorrência do mercado.²⁴⁸

Na própria Lei 8.666/93, há uma forma de interferência direta do Estado no domínio econômico por conta da regra do art. 24, VI, que dispõe que a licitação será dispensável,

²⁴⁶Jéssica Acocella e Juliana Cabral Coelho Rangel. *O papel regulatório e de fomento das licitações públicas*. Artigo online, 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182325,71043-O+papel+regulatorio+e+de+fomento+das+licitacoes+publicas>. Acesso em 01 set. 2014.

²⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 2ª Ed., p 37.

²⁴⁷ FERREIRA, Daniel. A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 52-55.

²⁴⁸ FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luciano-ferraz/funcao-regulatoria-da-licitacao>>. Acesso em 09 ago. 2014.

quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento.

Nessa hipótese, não há acordo de vontades, mas desapropriação regulada pela ordem econômica constitucional, estabelecida, em especial, pelos artigos 173, §4º, da CF, e no artigo 170, III, que estabelece o Princípio da Função Social da Propriedade. Nota-se que o dispositivo, neste caso, tem por finalidade a formatação de um mercado livre, utilizando-se da função regulatória da licitação, cuja competência em normatizar é da União, por se tratar de caso de dispensabilidade da licitação. Todavia, nada impede que Estados e Municípios, por força do artigo 174, CF, possam, por via da regulação, promover e defender seus mercados, como, por exemplo, o fomento a participação de pequenos agricultores e cooperativas.²⁴⁹

Nesse mesmo sentido, defende-se que o dispositivo vincula-se à tentativa de a União influenciar o mercado de bens e serviços por meio da oferta ou aquisição de bens ou serviços, a fim de restabelecer o equilíbrio do mercado. A União, atuando para normalizar o abastecimento ou regular os preços, efetivará contratações em igualdade com os particulares, intervindo no mercado para incrementar a oferta ou a procura. “A intervenção da União se tornaria ineficaz se fosse precedida de licitação porque não influenciaria a oferta e a demanda”.²⁵⁰

Cabe salientar que somente os bens necessários à regularização ou normalização do mercado podem ser comprados ou alienados com o afastamento da licitação, devendo os demais bens contratados serem submetidos ao processo licitatório.²⁵¹ Por se tratar de hipótese em que a licitação é dispensável, nada obsta que a contratação, cujo objetivo é regular preços e normalizar o abastecimento, possa ser precedida de licitação sem risco de comprometimento do interesse público.²⁵²

²⁴⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 104-105. No mesmo sentido, NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 257.

Em sentido oposto, PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271. "Somente à União cabe intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento, podendo fazê-lo mediante aquisições ou alienações de gêneros ou produtos, inclusive no Exterior, que dispensarão a prévia licitação dada a índole peculiar da intervenção."

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 302.

²⁵¹ BAZILLI, Roberto Ribeiro e MIRANDA, Sandra Julien. *Licitação à Luz do Direito Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 156.

²⁵² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 256.

De forma complementar, a Lei nº 8.884/94 e suas alterações posteriores, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõem sobre a preservação e a repressão às infrações contra a ordem econômica. No seu artigo 36, está disposto que “as autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SPE”, inclusive entre as atividades, a elaboração de pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

Além da Lei nº 8.666/93, diversas outras medidas legislativas dispõem ou regulamentam o direito ao desenvolvimento como forma de regulação de mercado, todavia com ênfase na implementação de políticas públicas sociais, ambientais e econômicas que foram objeto de estudo no título que trata das licitações e das políticas públicas implementadas através daquela.

Capítulo 2. A POLÍTICA DE DEFESA COMO POLÍTICA PÚBLICA

Este capítulo tem por finalidade analisar a atual Política Nacional de Defesa (PND), junto à Estratégia Nacional de Defesa (END) e o Livro Branco de Defesa Nacional (LBDN) segundo a teoria das políticas públicas, na medida em que a concepção e a produção de defesa nacional avultam de importância na temática e agenda governamental²⁵³, alterando o contexto atual das relações civil-militar, superando o paradigma anterior, no qual a problemática restringia-se praticamente a um grupo de interessados, os militares.

O paradigma atual tem como marco inaugural o Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013, que aprova a PND, a END e o LBDN, alterando os planos normativo, cognitivo e operacional da política pública de defesa.

Obviamente, tratando-se este trabalho do microsistema de aquisições de defesa, o estudo dos documentos acima citados terá como norteador, dentre várias temáticas, o desenvolvimento da indústria nacional de defesa, que se constitui num dos Objetivos Nacionais de Defesa, bem como no segundo eixo estruturante da Estratégia Nacional de Defesa, por meio da utilização da licitação e dos contratos administrativos, como instrumentos estatais de fomento de política pública e de regulação econômica de mercado.

Inicialmente, se fará uma abordagem da PND como política pública, com suas características diferenciadoras, sua tipologia conforme os marcos teóricos mais importantes, ressaltando a questão da interdepartamentalidade da política, que é de responsabilidade do Ministério da Defesa, mas que envolve uma série de atores estatais e privados, como prevê a própria PND e a END, que podem constituir-se em grupos de pressão na formulação da política pública, bem como na rede de interações e a denominada Comunidade de Defesa²⁵⁴.

Em seguida, o capítulo tratará da política de Defesa no Brasil, abordando brevemente a base normativa antecedente ao Decreto Legislativo nº 373/2013, a fim de configurar o paradigma anterior e concluir sobre o pensamento estatal e da sociedade, em relação ao tema defesa nacional, destacando a questão do tratamento normativo da indústria nacional de defesa.

²⁵³ Sobre inserção da Defesa na agenda das políticas públicas, vide MIGON, Eduardo Xavier Ferreira. *A inserção dos Assuntos de Defesa na Agenda das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Escola de Comando e Estado Maior do Exército, tese de doutoramento, 2011.

²⁵⁴ Sobre Comunidade de Defesa, vide GALLARDO, Francisco Le Dantec; MOLINA, Karina Doña. *La comunidade de defensa em Chile*. Santiago: Academia Nacional de estudios Políticos y Estratégicos, 2011.

A fim de melhor entender a PND como política pública, serão estudados na sequência, os planos normativo, cognitivo e operacional da PND, com a descrição de todo ordenamento jurídico que sustenta a política pública, que compõem a PND. Também serão estudados os outros dois documentos que compõem a Política Nacional de Defesa: a END e o LBDN.

Por fim, serão analisados as políticas, estratégias e planos governamentais de aquisições de defesa no Brasil, estabelecidos após a fixação dos objetivos e diretrizes previstas na PND e na END. Nesses termos, todos esses documentos deveriam conduzir o governo federal e, mais especificamente, o MD no sentido de determinar:²⁵⁵

i) requisitos de conteúdo local: para a melhor relação custo-benefício o que deve ser produzido no país ou o que deve ser importado;

ii) considerações entre comprar ou produzir: ao decidir produzir no país, qual o produto ou sistema que deveria ser produzido através dos meios estatais e o que deveria ser adquirido no setor privado, por meio dos contratos públicos;

iii) Requisitos na seleção da fonte: ao decidir pela contratação, o que seria mais eficiente, a contratação direta sem licitação ou a promoção do certame, com a ampliação da competição;

iv) Escolha do modelo contratual: que tipo de arranjo ou modelo contratual a ser estabelecido; e

v) Gerenciamento das relações com o contratado: como se deve conduzir o processo de gerenciamento do contrato e relacionamento com o contratado.

2.1 – Traços diferenciadores das políticas públicas de defesa

O presente tópico tem por finalidade descrever traços diferenciadores e características de uma política de defesa que a classifica, segundo as teorias das políticas públicas, como uma política pública genuína, bem como a sua interdepartamentalidade e conexão com outras políticas públicas, destacando sempre o eixo do desenvolvimento da base industrial de defesa. Em outras palavras, destina a responder ao seguinte problema: “Por que podemos considerar a política de defesa como política pública?”

²⁵⁵ MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. *Introduction*, In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, p. 3.

As mesmas dificuldades apresentadas no estudo da metodologia de análise de políticas públicas surgem ao se tentar definir características diferenciadoras das políticas de defesa. Primeiro, pelo distanciamento dos acadêmicos em estudar a defesa, de uma forma geral e segundo, pela multidisciplinaridade do tema. Todavia, pode se definir as políticas de defesa, como se segue:

Políticas de defesa atuam como um instrumento estável facilitador da convergência de expectativas de comportamento e ações em favor de um entendimento de princípios gerais que possam orientar os instrumentos de força dos Estados para a consecução de objetivos politicamente determinados. Seu papel é o de assegurar a percepção da continuidade e do entrelaçamento dos objetivos de defesa materializados no ambiente político, demarcando de que forma suas consecuições concorrem para o atendimento dos propósitos de segurança pretendidos. Com isso, permitem efetuar o recorte do elenco de alternativas de defesa válidas e legítimas num grau suficientemente amplo de generalidade, e num grau consistentemente restrito de especificidade, com o preenchimento de vazios contingenciado pelos princípios gerais que elas estabelecem.”²⁵⁶

A abordagem do assunto por acadêmicos é mais frequente por aqueles que se dedicam ao estudo nas áreas de concentração em relações internacionais, ciências políticas ou estratégia militar, cujo viés das pesquisas, invariavelmente, não está voltado para os assuntos internos ou domésticos, mas sim, sob as lentes das teorias de políticas externas e de segurança internacional. Não obstante, as condicionantes internas também são importantes para a política de defesa, pois podem direcionar as estratégias da política, numa determinada direção.

257

Em contrapartida, os estudos sobre políticas públicas são dominados pela atenção às arenas de política interna, com predominância para a área social, que dão mais visibilidade aos integrantes do poder executivo e legislativo. Nessas arenas estão incluídos temas como saúde, educação, regulação econômica, meio ambiente e, com alguma atenção ao cenário externo, as políticas econômicas. Quando a política de defesa é tratada, incluindo a política setorial militar, essa não é incluída na categoria tipicamente de política pública. Em outras palavras, o estudo da política pública é direcionado, na sua maioria, para a política interna, enquanto a política de defesa e militar é relegada aos pesquisadores de relações internacionais, que tem por objeto de pesquisa, assuntos de política externa.²⁵⁸

²⁵⁶RAZA, Salvador Ghelfi. *Para além dos livros brancos de defesa?* Trabalho apresentado no Seminário Internacional sobre Missões de Paz, Segurança e Defesa Rio de Janeiro 27 de novembro de 2002. Disponível em <http://www.salvadorraza.com/#!_f-papers>. Acesso em 10 out. 2014.

²⁵⁷WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, pp. 1-2.

²⁵⁸ WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 4. Wirls cita ainda que, mesmo em países como os Estados Unidos, onde o tema defesa é bastante discutido, foram

Diante dessa escassez de abordagem e partindo do modelo de *Kingdon* de formação de política pública, nos níveis de configuração de agendas e especificação alternativa, num processo gradual e incremental, o artigo de *Durant e Diehl* no *Journal of Public Policy* foi o único encontrado que faz a aproximação e integração das arenas de política externa e política pública interna, argumentando que o processo de especificação alternativa precisa reconhecer e acomodar o surgimento de alternativas relevantes e viáveis, que na verdade, dominam as decisões políticas.²⁵⁹

No geral, a política externa distingue-se por se apresentar mais segmentada, com baixa incidência de vetos às propostas elaboradas pelo Executivo, em razão do menor envolvimento do Congresso, e pela não judicialização da política. A ênfase da política está no acompanhamento de crises e nas prerrogativas e discricionariedade presidencial, que os autores denominam de “*presidential description*”, que avulta de importância nas pré decisões do processo de formulação da política.²⁶⁰

Daniel Wirls, ao revisar as teorias gerais de políticas públicas e específicas da política externa e fundamentado na política militar dos EUA, defende algumas linhas mestras para caracterizar as políticas públicas militares, que podem perfeitamente serem aplicáveis às políticas de defesa, que em combinação, podem diferenciá-la de qualquer outro assunto ou arena de políticas e determinar o viés de elaboração das políticas de defesa²⁶¹. São elas:

i) Oportunidades e restrições internacionais

Seria um exagero afirmar que outras políticas públicas, como por exemplo, as sociais, não têm a sua formulação condicionada às variáveis internacionais, todavia as condicionantes geopolíticas e as forças globais estarão sempre presentes na formulação de políticas de defesa, diferentemente das políticas domésticas. As políticas externas e de defesas começam e destinam-se a resolver problemas externos, mesmo que tenha como consequência, impactos na área interna, sendo condicionadas tanto nas oportunidades, como nas restrições, pela ação

encontrados somente sete artigos na literatura, relacionando a política militar com as teorias de políticas públicas, num período de 29 anos (de 1981 a 2009).

²⁵⁹DURANT, Robert F., e DIEHL Paul F. *Agendas, alternatives, and public policy: Lessons from the U.S. Foreign Policy Arena*. 1989 ". *Journal of Public Policy*, p. 181. Disponível em <https://hoisinhvienuk.wikispaces.com/file/view/Agendas,+Alternatives,+and+Public+Policy-+Lessons+from+the+U.S.+Foreign+Policy+Arena+REVIEW.PDF>. Consultado em 01 ago 14.

²⁶⁰Ibidem, pp 185-189.

²⁶¹WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 6.

de Estados ou atores internacionais²⁶², principalmente no que se refere às alianças estratégicas.

ii) Poderes constitucionais

Nessa linha, destaca-se a competência constitucional atribuído ao presidente, em relação aos temas de segurança nacional e de defesa, que lhe conferem poder substancial na apresentação de iniciativas, como comandante-em-chefe, que John Locke denominou de poder federativo. A política de defesa é uma das poucas áreas da política nacional, que não há previsão de compartilhamento ou sobreposição de responsabilidades entre os entes federativos na formulação e execução da política²⁶³, o que elimina a possibilidade de conflitos verticais ou horizontais entre União, Estados e Municípios.

iii) Status e formação burocrática

Como responsáveis por grande parcela da elaboração de políticas de defesa, os militares constituem uma classe burocrática historicamente diferente das demais, que por muitas vezes se caracterizou pela força poderosa e independência em relação ao governo e à sociedade, tornando-se objeto de estudo das relações entre civis e militares²⁶⁴ e de teorias como a “*iron triangles*” ou subgovernos, que estudam especificamente a relação entre o Congresso, os burocratas das agências de compras militares ou ministérios de defesa e os militares contratantes, com ênfase na utilização dos combatentes como instrumento de suporte das políticas do legislativo e do executivo, como benefício político do seu emprego, principalmente, quando o Estado tem sua segurança ameaçada, como nos ataques de 11 de setembro de 2001, nos EUA.²⁶⁵

Em nenhuma outra área de política pública, os burocratas são tão especialistas e altamente treinados, sendo agentes diretos na formulação, implementação e avaliação da política. De maneira geral, as políticas são formuladas por burocratas que regulamentam as atividades, atribuindo responsabilidades a terceiros, quer sejam atores públicos, nos diversos níveis da administração pública, ou privados.

²⁶² WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 7.

²⁶³ WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 7.

²⁶⁴ Na teoria das relações civis e militares, a obra referência no tema é a de Samuel Huntington. *The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1957. O livro foi traduzido para, *O soldado e o Estado: teoria e política das relações entre civis e militares*. Rio de Janeiro: Bibliex Cooperativa, 1996.

²⁶⁵ WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 8.

iv) A percepção e distribuição dos custos e dos benefícios da política

Sob a lente do conceito econômico de políticas públicas, o produto entregue pela política pública de defesa pode ser considerado não-rival, por não se exaurir quando utilizado ou demandado por alguém, e não-exclusivo, pela impossibilidade do Estado impedir outro cidadão em usufruir o bem, decorrendo na possibilidade da existência do consumidor oportunista, que pode usufruir da paz, garantida pela política de defesa, mesmo sem contribuir para o financiamento dos seus custos.²⁶⁶

Para entender melhor percepção de distribuição e concentração de benefícios e custos de uma política pública, faz-se necessária a análise da composição das coalizões que se formaram ao longo da formação da política. Geralmente, a de defesa é classificada como bastante geral ou universal, na qual os custos são distribuídos por todos os contribuintes, bem como seus benefícios. Todavia, adotando-se a abordagem de James Q. Wilson, que classificam as colisões como *client politics*, *entrepreneurial politics*, *interest-group politics* e *majoritarian politics*, a política de defesa pode concentrar benefícios em setores econômicos ou regiões geográficas.²⁶⁷

Os elevados custos nas aquisições de produtos e sistemas de defesa podem incentivar e desenvolver a indústria nacional de defesa, que será um grupo que auferirá mais benefícios que outros setores da indústria. A opção por estabelecimento de *clusters* logísticos de defesa e a decisão de instalação de quartéis e bases militares beneficiam determinadas regiões geográficas, em detrimento de outras. O patrocínio e financiamento de pesquisas, através dos programas governamentais, atingirão um grupo pequeno da sociedade, que custeará toda a política de defesa.

Outro aspecto importante em relação à percepção de custos e benefícios em políticas de defesa refere-se à alta tolerância pela sociedade de custos irrecuperáveis, bem como no empreendimento em políticas de riscos, como projetos tecnológicos, em razão do temor das

²⁶⁶ ALMEIDA, Carlos Wellington. *Política de defesa no Brasil: Considerações do ponto de vista das políticas públicas*. Opinião Pública, Campinas, vol. 16, nº 1, junho, 2010, p. 224. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762010000100009&script=sci_arttext. Acessado em 13 de junho de 2014.

²⁶⁷ WILSON, James Q. *American Government*. BriefVersion 6th ed. HoughtonMifflin, 2003.pp.351-357. *Client politics*(um pequeno grupo é beneficiado pela política, enquanto o restante da sociedade não tem interesse de dispêndio de tempo e energia para contrariar os interesses, em virtude do baixo impacto nos custos dos outros grupos), *entrepreneurial politics* (grupo de pessoas que se beneficiariam de uma política que impõe custos pesados em alguns pequenos grupos), *interest-group politics* (*disputa entre grupos rivais no qual sai vencedor aquele com maior força, energia e tamanho*) em *majoritarian politics* (a grande maioria das pessoas se beneficiam e custeiam a política).

sérias implicações de falhas na política, quer seja na geopolítica, com a perda de prestígio ou credibilidade internacional, quer na política doméstica, com a possibilidade de riscos à segurança dos cidadãos. Em nenhuma outra área das políticas públicas, o receio de falhas na política a ser executada coloca em risco o argumento da permanente necessidade de continuidade da política.²⁶⁸

v) localização do problema a ser resolvido e dos efeitos

Aspectos importantes numa política de defesa referem-se à localização do problema a ser abordado e resolvido e dos efeitos da política, que repercutem nos aspectos geográficos e espaciais da distribuição dos custos e benefícios, no âmbito doméstico. Num primeiro momento, a política se diferencia das demais pelos efeitos (negativos) imediatos que repercutem em outras nações e seus cidadãos, pela exportação real ou potencial da violência militar. Em outras palavras, um cidadão norte americano, em particular, certamente não terá receios de ataques aéreos em seu território, como ameaça potencial na sua rotina, situação bem diferente dos cidadãos israelenses, que no seu cotidiano, preparam-se para eventuais ataques de opositores ao seu Estado. Há uma relação entre a proximidade das ações de políticas de defesa e seu potencial impacto.²⁶⁹

As políticas de defesa que possuem um alto grau de exportação de violência e externalidades geram uma falta de conhecimento, ignorância e relativa indiferença por parte dos seus cidadãos, em virtude dos efeitos negativos da política estarem muito distante da sua realidade. Pode-se argumentar que existe uma relação inversa entre o tamanho, importância e influências globais dos militares e do conhecimento dos impactos externos pelos cidadãos nacionais.²⁷⁰

vi) a organização e o poder relativo das forças sociais

Nessa seção, analisaremos a característica diferenciadora no que se refere à matriz de composição de forças sociais e de interesses, na elaboração de uma política de defesa. A multiplicidade de *players* e forças em ação, no sentido de fazer valer seus interesses na elaboração da política, é onipresente, poderoso e organizado, mesmo que de forma suave ou mais incisiva, principalmente no que se denomina de *iron triangle*, já referenciado nesse

²⁶⁸ WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 10.

²⁶⁹ WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 11.

²⁷⁰ WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 11.

trabalho, como a constituição e interligação entre os interesses do Congresso, dos burocratas de defesa e dos militares.²⁷¹

Em contrapartida, as forças oponentes às referidas políticas são, geralmente, relativamente fracas e desorganizadas, não visualizando os gastos de defesa como possível competidor nas arenas de políticas públicas. O contribuinte comum não tem interesse em despendar energias em temas de políticas de defesa e fundamenta suas críticas em argumentos frágeis, situação que abre um vasto caminho aos grupos beneficiados pela política, que normalmente são mais numerosos, mobilizados e estão organizados por interesses comuns ou por questões de interesse geográfico.²⁷²

2.2 A tipologia da política pública de defesa

Os cientistas políticos e estudiosos de política têm uma relação de amor e ódio com as tipologias de políticas públicas. Por um lado, as tipologias ajudam a condensar uma grande quantidade de informações em categorias discerníveis e distintas. Se compilados corretamente, essas tipologias podem gerar investigações sobre uma série de temas políticos e relacionados com a política, como sucesso das iniciativas e propostas presidenciais no Congresso, inserção de temas na agenda ou a política de regulação.²⁷³

Uma tipologia teoricamente forte pode até gerar previsões sobre política, tornando-o mais de uma maneira crua para classificar políticas ou ações políticas. Por outro lado, as tipologias foram insuficientemente motivadas ou provaram inúteis para categorizar grandes quantidades de dados. Os estudiosos parecem resignado a usar tipologias para descrever a política, não explicá-la. Muitas vezes, as tipologias são demasiadamente estáticas ou imprecisas, que não se revertem em resultados.²⁷⁴

Da mesma forma que a sociologia do direito estuda as articulações do direito com as estruturas sociais, no debate que, para lembrar posições extremas e subsidiárias de universos intelectuais muito distintos, se podem simbolizar nos nomes de *Savigny* e de *Bentham*, utilizando-se do conceito de variável dependente, no qual o Direito limita-se a acompanhar e a

²⁷¹ WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 12.

²⁷² WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010, p. 12.

²⁷³ ESHBAUGH-SOHA, Matthew. *The conditioning Effects of Policy Saliency and complexity on American Political Institutions*. *The Policy Studies Journal*, vol. 34, nº 2, 2006, p. 223.

²⁷⁴ ESHBAUGH-SOHA, Matthew. *The conditioning Effects of Policy Saliency and complexity on American Political Institutions*. *The Policy Studies Journal*, vol. 34, nº 2, 2006, p. 223.

incorporar os valores sociais e os padrões de conduta espontânea e paulatinamente construídos na sociedade e do conceito de variável independente, no qual o Direito deve ser um efetivo promotor de mudança social, tanto no domínio material como no da cultura e das mentalidades,²⁷⁵ a ciência política enfrentou o mesmo debate na análise das políticas públicas.

Tradicionalmente, a ciência política sempre teve como objeto de análise as dinâmicas de enfrentamento, a disputa do poder e a resolução de interesses entre os atores (*politics*), considerada como variável independente e, por isso, merecedora de atenção. A política pública (*policies*) seria meramente o resultado dessa dinâmica, o que lhe atribuiria a condição de variável dependente, sendo perda de tempo estudá-las. Em 1953, tal pensamento foi patrocinado por David Easton, que junto aos seus seguidores da escola de pensamento sistêmico das ciências políticas, consideravam as políticas públicas como o produto do processo político que transforma *inputs* (demandas e apoios) em *outputs* (decisões e ações).²⁷⁶

Em sentido contrário, Lowi propôs uma inversão na relação de causalidade entre *politics* e *policies*, ao afirmar que as políticas públicas (variável independente) determinam a dinâmica da estruturação dos conflitos, das coalizões e o equilíbrio de poder (variáveis dependentes), pois sempre haverá um amplo leque de interesses organizados para qualquer item que figurar na agenda de políticas públicas. Mas as relações entre os interesses, e entre eles e o governo, variam conforme o tipo de política pública, que se constituirá no elemento mais básico de uma análise.²⁷⁷

Assim sendo, a tipologia da política pública tem por finalidade classificar os conteúdos dessas políticas, bem como os atores, os estilos, as instituições, dentro de um processo de política pública, com o auxílio de esquemas de interpretação e análise de um fenômeno fundamentado em variáveis, que são aspectos discerníveis de um objeto de estudo, que variam em quantidade e qualidade, e em categorias analíticas, que são subconjuntos de um sistema classificatório usado para identificar as variações em quantidade ou qualidade de uma variável.²⁷⁸

²⁷⁵SANTOS, Boaventura de Souza. *A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça* in Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Coimbra. 7a edição, 1999, pp. 141-142.

²⁷⁶ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 23.

²⁷⁷LOWI, Theodore J. *American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory* in: World Politics, vol. XVI, 1964, p. 709.

²⁷⁸ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 24.

Outra questão de relevância em relação ao enquadramento da política pública em uma determinada tipologia é a dominância no relacionamento Congresso-Presidência da República. Nos casos nos quais somente as políticas distributivas foram proeminentes, o Congresso dominou essa relação. Em contrapartida, quando as políticas regulatórias, em conjunto com as políticas distributivas, ganharam proeminência, o papel dominante na formulação da política foi atribuído ao Presidente. Há correntes no estudo da política pública, que estudam especificamente as tipologias, fundamentadas nas proposições e apoios do chefe do Executivo, como, por exemplo, Paul C. Light and Mark Peterson.²⁷⁹

i) política de defesa segundo a tipologia de Theodore LOWI

Lowi fundamenta a tipologia no critério da natureza do impacto esperado na sociedade, na qual as áreas de política ou atividade governamental constituem reais arenas de poder. Cada arena tende a desenvolver sua própria estrutura política característica, seu próprio processo político, suas próprias elites, e suas próprias relações de grupo.²⁸⁰ regulatórias, distributivas e redistributivas.

Num primeiro momento, em 1964, Lowi identifica três tipos de políticas públicas: regulatórias, distributivas e redistributivas. As primeiras estão relacionadas a padrões legais mais amplos de comportamento ou produto, que deriva do jogo de interesse e forças dos atores e interesses presentes na sociedade. As políticas distributivas são decisões tomadas em caráter individual e favorecedor, que geram benefícios concentrados a determinados grupos e custos difusos pela sociedade, sendo desenvolvidas em arena onde predomina o troca-troca de apoios de forma direta. As políticas redistributivas beneficiam de forma concentrada um grupo e implica custos concentrados a algumas categorias de atores, gerando muitos conflitos e duas categorias de elites, a que implementar a política e outra que quer descartá-la.²⁸¹

Em 1985, o autor acrescenta mais um tipo, a constitutiva, que se caracteriza por ser uma política que estabelece regras entre poderes e regras sobre regras, não interessando ao cidadão comum por não ter como outputs, produtos ou serviços concretos entregues à

²⁷⁹ ESHBAUGH-SOHA, Matthew. *The conditioning Effects of Policy Saliency and complexity on American Political Institutions. The Policy Studies Journal*, vol. 34, nº 2, 2006, pp. 224-225.

²⁸⁰ LOWI, Theodore J. *American Business, Public Policy, Case- Studies, and Political Theory*. in *World Politics*, vol. XVI, 1964, p. 690.

²⁸¹ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 25 e 26.

sociedade.²⁸²

Da análise da tipologia de Lowi pode se concluir que a política pública de defesa brasileira, em geral, tem seus benefícios e custos distribuídos por toda a sociedade e ao tratar da indústria nacional de defesa, classifica-se como regulatória e distributiva, ao dispor na PND e na END, a determinação de proteção ao setor industrial de defesa, através do estabelecimento de regimes jurídico, regulatório e tributário especiais, que beneficiarão empresas privadas nacionais de produtos e sistemas de defesa. Em contrapartida a tal regime especial, o Estado exercerá poder estratégico sobre tais empresas, a ser assegurado por um conjunto de instrumentos de direito privado ou de direito público.

Assim sendo, a PND e a END, como política pública regulatória, dispõem de diretrizes gerais a serem regulamentadas por diversas normas, que estabelecerão padrões de comportamento para os entes estatais e para os atores privados, no processo licitatório e contratual, que terá como *output*, o desenvolvimento da BID. Da mesma forma, sob o viés da política pública distributiva, a PND e a END atribui benefícios concentrados a um grupo restrito de industriais de defesa, através de marcos regulatórios especiais, que serão custeados por todos os contribuintes.

ii) política de defesa segundo a tipologia de James Q. Wilson

A abordagem da tipologia de James Q. Wilson foi apresentada no tópico “iv) a percepção e distribuição dos custos e dos benefícios da política”, na seção das características da política de defesa, desse trabalho, onde foram analisadas as colisões denominadas de: i) *client politics*, na qual um pequeno grupo é beneficiado pela política, enquanto o restante da sociedade não tem interesse de dispêndio de tempo e energia para contrariar os interesses, em virtude do baixo impacto nos custos dos outros grupos, ii) *entrepreneurial politics*, que configura-se como um grupo de pessoas que se beneficiariam de uma política que impõe custos pesados em alguns pequenos grupos, iii) *interest-group politics*, onde há disputa entre grupos rivais no qual sai vencedor aquele com maior força, energia e tamanho e iv)

²⁸²LOWI, Theodore J. *The State in politics: the relation between policy and administration*. In NOLL, R. G. (org.) *Regulatory policy and the Social Science*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1985, p. 74.

majoritarian politics, na qual a grande maioria das pessoas se beneficiam e custeiam a política.²⁸³

iii) Política de defesa segundo a tipologia de William Gormley

Assim como *Lowi*, *Gormley* entende que o conteúdo de uma política pública é considerada como a variável independente, enquanto a dinâmica política é a variável dependente, que terá seu grau de variação de acordo com a relevância ou saliência e complexidade técnica de uma questão política. Saliência, de acordo com *Gormley*, envolve um assunto em que repercute num considerável segmento da população, em especial se esse diz respeito a uma necessidade (ar, água, energia) ou uma afronta aos valores da comunidade. Em outras palavras, uma questão que é muito saliente "afeta um grande número de pessoas de forma significativa".²⁸⁴

Identificar a complexidade é importante para a compreensão do comportamento da administração, por outro lado, que avaliará em que grau a questão é tecnicamente complexa, concluindo sobre a exigência de conhecimentos substanciais e específicos para o endereçamento da solução.²⁸⁵ Da combinação dessas duas variáveis deriva os grupos de política de *Gormley*, que terão uma modelagem própria de comportamento do Congresso, do Chefe do Executivo, dos burocratas, dos cidadãos e dos meios de comunicação: *operating room politics* (política de sala operatória—alta saliência e alta complexidade), *hearing room politics* (política de audiência – alta saliência e baixa complexidade), *board room politics* (política de sala de reuniões – baixa saliência e alta complexidade) e *street level politics* (política de baixo escalão – baixa saliência e baixa complexidade).²⁸⁶

A alta complexidade da política de defesa é uma noção intuitiva, decorrendo na convergência organizada de diversos vetores vindos de outras políticas públicas, sendo necessário um método próprio e adequado para a produção da política, segundo condicionantes gerais da temática defesa. A complexidade dos problemas e a especialização das soluções geram diferenças de avaliação, quanto ao contributo dos atores que não estão

²⁸³ WILSON, James Q. *American Government*. Brief Version 6th ed. Houghton Mifflin, 2003. pp. 351-357.

²⁸⁴ GORMLEY, William T. *Regulatory issue Networks in a Federal System*. "Polity", v. 18. 1986, pp. 598 e 601.

²⁸⁵ GORMLEY, William T. *Regulatory issue Networks in a Federal System*. "Polity", v. 18. 1986, p. 598.

²⁸⁶ GORMLEY, William T. *Regulatory issue Networks in a Federal System*. "Polity", v. 18. 1986, pp. 606, 608, 610 e 612.

diretamente ligados ao tema. Questões como conflitualidade ideológica e a concorrência na apropriação de recursos limitados, geram debates quantos às prioridades a respeitar.²⁸⁷

Como conseqüência dessa complexidade, as políticas são desenvolvidas e implementadas distante dos olhos da sociedade, por burocratas ou especialistas, que não são motivados por questões eleitorais ou por algo que lhes traga algum retorno político derivado. A política de defesa, nesse contexto de complexidade, é desenvolvida por especialistas do tema, que dominam as fases de formulação e implementação da política pública, sem muitos vetos, interferências ou supervisão do Congresso, e por não ser de fácil entendimento da pessoa média, não é suscetível de grandes coberturas nos meios de comunicação, que preferem assuntos de políticas públicas mais concretas e palpáveis ao público em geral.²⁸⁸

Em relação à segunda variável, pode-se afirmar que, na política de defesa brasileira, há uma baixa capacidade de atrair a atenção da sociedade beneficiada, em razão de ausência de conflitos ou ameaças e da estabilidade das relações diplomáticas com países limítrofes, que no passado, se configuravam em hipóteses de emprego militar. Dessa combinação de fatores, tem-se como resultado o desconhecimento pela sociedade, das formulações e das implementações das políticas de defesa.

Como dito anteriormente, na realidade brasileira, outros fatores explicativos são considerados para o desinteresse pela política de defesa: i) rejeição das forças armadas pela parte articulada da sociedade, formadores de opinião nos meios políticos, acadêmico e científico, após o passado autoritário; ii) em decorrência dos longos períodos sem conflitos, os integrantes do executivo e do legislativo acreditam que o Brasil não tem problemas de defesa e que podem adiar as discussões sobre a política de defesa; iii) permanente competição temática nas arenas de políticas públicas, na qual prevalecem o interesse do Congresso e da sociedade pelas políticas sociais, atribuindo baixa prioridade à política de defesa; e iv) as temáticas que urgem de prioridade atribuem ganho político junto aos eleitores, por serem assuntos da rotina do cidadão comum e que interferem diretamente e de forma mais concreta nas suas vidas. O tema defesa nacional não dá votos.²⁸⁹

²⁸⁷ AGUIAR, Joaquim. *A política de defesa nacional como política pública interdepartamental*. Lisboa. 1989: Instituto de Defesa Nacional, pp. 50-51.

²⁸⁸ ESHBAUGH-SOHA, Matthew. *The conditioning Effects of Policy Saliency and complexity on American Political Institutions*. *The Policy Studies Journal*, vol. 34, nº 2, 2006, p. 227.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. *Considerações políticas sobre a defesa nacional*. Com ciência: revista eletrônica de jornalismo científica, São Paulo, Sociedade para o Progresso da Ciência, 2006. Disponível em <http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=12&id=101>. Acessado em 01 jul. 2014.

Conclui-se que da junção das duas variáveis, alta complexidade e baixa saliência ou interesse por parte da sociedade, a política pública de defesa nacional pode ser classificada na tipologia de Gormley, como política de sala de reuniões, na qual existe uma dinâmica diferente no processo da política, com baixo interesse demonstrado pelo Presidente da República, pelo Legislativo, pela sociedade e pela mídia. As ações na formulação e na implementação são dominadas pelos burocratas e especialistas, com pouca intervenção do Chefe do Poder Executivo e dos parlamentares, o que se reflete na atribuição de baixa relevância à política e ao seu respectivo orçamento.

iv) Política de defesa segundo a tipologia de Gustafsson

As políticas públicas, segundo a tipologia de Gustafsson, variam conforme duas condicionantes: a disponibilidade de conhecimento para sua formulação e implementação e a intenção do *policymaker* em resolver ou mitigar o problema público apresentado pela política. Da interseção das condicionantes, derivam os quatro tipos de políticas públicas de Gustafsson: i) as políticas reais, nas quais há intenção de implementar a política pública associada ao conhecimento para a elaboração e implementação; ii) políticas simbólicas, em que existe o conhecimento para elaborá-las, mas não há o interesse em implementá-las; iii) as pseudo políticas são aquelas em que há o interesse em implementá-las, mas não há conhecimento para sua formulação e estruturação; e iv) políticas sem sentido, nas quais coexistem a falta de conhecimento e a falta de intenção de implementá-las.²⁹⁰

Sendo assim, pelos parâmetros descritos na tipologia de Gustafsson, a política de defesa brasileira, a priori, representa uma política real, já que os *policymakers* envolvidos possuem intenção e conhecimento para o seu desenvolvimento. Não obstante essa afirmação, Gustafsson admite que as políticas públicas acumulam aspectos de realidade, efetividade, simbolismo e incompetência, com limitações práticas.²⁹¹ Especificamente, no caso da política de defesa, essa pode ser considerada como uma política simbólica, quando há um distanciamento entre os mandados da política e seus marcos regulatórios ou aos orçamentos

²⁹⁰ GUSTAFSSON, G. *Symbolic and pseudopolitics as responses to diffusion of power*. Policy sciences, v.15, n.3, 1983, pp. 269-287.

²⁹¹ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 30.

destinados à sua execução, concluindo que “sem orçamento que permita o cumprimento do estabelecido na política não se tem política, tem-se um documento de defesa.”²⁹²

v) Política de defesa segundo a tipologia de Bozeman e Pandey

Bozeman e Pandey concentraram seus estudos no gerenciamento de tomada de decisões públicas, analisando os efeitos do conteúdo da política nos critérios de decisão empregados, no tempo necessário para a tomada de decisão, nos atores afetados pela decisão e na qualidade da informação, utilizada no processo de tomada de decisão. Para isso, os autores selecionaram dois processos, um eminentemente político (processo de tomada de decisão de cortes orçamentários) e outro técnico (processo de decisão de gerenciamento e aquisição de tecnologia da informação).²⁹³

As políticas públicas de conteúdo essencialmente político têm como critério dominante a relação custo-benefício, levando-se em consideração os critérios de equidade e justiça, com curto tempo para tomada de decisão e baixa qualidade das informações. As tomadas de decisão nessas políticas são cíclicas, apresentando conflitos relevantes no estabelecimento e no ordenamento dos objetivos da política.²⁹⁴

Diferentemente, as políticas públicas de conteúdo técnico não consideram como critério significativo a relação custo-benefício, desenvolvendo-se em tempos mais longos e as decisões são vistas como permanentes e estáveis, apresentando poucos conflitos em relação aos objetivos estipulados.²⁹⁵

Os autores reconhecem que todas as políticas públicas têm em seus conteúdos, aspectos políticos e técnicos simultaneamente, sempre prevalecendo um sobre o outro. As políticas redistributivas de Lowi ou as políticas de grupo de interesse de Wilson são

²⁹² AGUILAR, S. L. C. *Políticas de defesa e orçamentos militares no Cone Sul*. In: D'ARAÚJO, Maria Celina; SOARES, Samuel Alves; MATHIAS, Suzeley Kalil. (Org.). *Defesa, Segurança Internacional e Forças Armadas: textos selecionados do Primeiro Encontro da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*. 1 ed. Campinas: Mercado de Letras, 2008, p. 119. Disponível em <<http://www.arqanalagoa.ufscar.br/abed/Integra/Sergio%20Aguilar%2002-07-07.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2014.

²⁹³ BOZEMAN, B.; PANDEY, S.K.. *Public management decision making: effect of decision content*. *Public Administration Review*, v. 64, n. 5, 2004, p. 553-555. Disponível em <<http://glenschool.osu.edu/faculty/brown/home/Public%20Management/PM%20Readings/Bozeman%20and%20Pandey%202004.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2014..

²⁹⁴ BOZEMAN, B.; PANDEY, S.K.. *Public management decision making: effect of decision content*. *Public Administration Review*, v. 64, n. 5, 2004., pp. 562-563.

²⁹⁵ BOZEMAN, B.; PANDEY, S.K.. *Public management decision making: effect of decision content*. *Public Administration Review*, v. 64, n. 5, 2004., p. 563.

consideradas como exemplo de políticas públicas eminentemente de conteúdo político, “nos quais algumas categorias de atores arcam com os custos e outras categorias recebem o benefício”.²⁹⁶

Pela análise da tipologia proposta por Bozeman e Pandey, a política de defesa do Brasil se revela como sendo de conteúdo técnico, se considerado os poucos conflitos durante o processo de escolha e ordenamento dos objetivos, com poucas intervenções na proposta elaborada pelo Ministério da Defesa, por parte da Presidência da República e pelo Congresso. Todavia, se considerada apenas a política nacional da indústria de defesa, cujas diretrizes e linhas gerais estão traçadas na política nacional de defesa, essa pode ser considerada de conteúdo político, em virtude de ser classificada como política redistributiva, conforme a tipologia de Lowi, e como política de grupo de interesse, conforme critérios de Wilson, pois os contribuintes arcarão com os custos da política, enquanto os benefícios serão concentrados na base industrial de defesa.

2.3. A política pública de defesa no Brasil

Apesar da divergência no marco teórico das políticas públicas, Enrique Saravia afirma que é senso comum que a formulação é parte do ciclo de políticas públicas, juntamente com as etapas de implementação e avaliação.²⁹⁷ O autor, ao tratar das administrações públicas latino-americanas, vai mais além e subdivide o ciclo em sete etapas, a saber: construção da agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação.²⁹⁸

Para melhor entendimento da genealogia da atual política pública de defesa, é necessário perpassar os seguintes marcos normativos, a fim de entender a primeira fase defendida por Saravia, denominada de construção da agenda de defesa, no presente caso:

a. a Política de Defesa Nacional- PDN (1996) e a criação do Ministério da Defesa-MD (1999), conforme Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, no governos Fernando Henrique Cardoso (1995-2002); e

²⁹⁶ SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 31.

²⁹⁷ SARAVIA, Enrique. *Ciclo de Vida da Política Pública*. In: Di GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (orgs.) *Dicionário de Políticas Públicas*. Vol1. 1ª Ed. FUNDAP: São Paulo, 2013, p.143.

²⁹⁸ SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. In SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete (orgs.) *Políticas Públicas: coletânea*. Vol1: ENAP, 2006, p. 29.

b. A PDN (2005) e a END (2008), bem como a Nova Defesa, instituída pela Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto de 2010, nos governos Luis Inácio Lula da Silva (2003-2010).

Esta divisão por períodos governamentais torna-se obrigatória, em virtude que as formulações das políticas públicas de defesa desenvolvem-se baseadas na teoria das relações civil-militares, tema dos mais antigos da ciência política, que por sua vez tem o seu eixo de discussão centrado nas questões de controle político dos militares pelos civis e da efetividade das instituições armadas.²⁹⁹

No Brasil, assim como no contexto das “democracias tardias” da América Latina, a escassa existência de ameaças externas às sociedades e aos países da região e a pouca capacidade de projeção de poder em outras áreas do mundo, fez com que o fator “controle civil” fosse bem mais explorado e desenvolvido que a questão da efetividade, pelos pesquisadores da área. Outro aspecto relevante a atribuição de importância ao “controle civil” foi a constante intervenção militar, ou sua ameaça, no desenvolvimento político das sociedades a que pertenciam, em virtude da bipolaridade da Guerra Fria.³⁰⁰

No mesmo sentido, pode se afirmar que na América Latina, a política de defesa tradicionalmente não foi um tema prioritário, seja entre os políticos governantes ou estudiosos da região, em razão dos seus Estados não enfrentarem ameaças reais de invasão estrangeira e porque as disputadas militarizadas não se constituíram numa gravidade suficiente para provocar o interesse civil genuíno em defesa. As únicas causas prováveis para mudança de pensamento seriam: i) um cenário de divisão ideológica do continente, com líderes autoritários emergentes; ii) reconhecimento internacional, principalmente dos EUA, da importância dos militares latino americanos em missões de paz; e iii) concentração de forças militares no combate aos crimes transnacionais, como o tráfico de drogas, guerrilhas e terroristas.³⁰¹

Em termos de engajamento político, a Colômbia e o Chile destacam-se quanto ao engajamento dos governantes na garantia de recursos, quer sejam políticos ou financeiros, no

²⁹⁹FERNANDES, Fernando Bartholomeu. *As relações civil-militares durante o governo Fernando Henrique Cardoso – 1995/2002*. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, pp. 6 e 43.

³⁰⁰FERNANDES, Fernando Bartholomeu. *As relações civil-militares durante o governo Fernando Henrique Cardoso – 1995/2002*. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, p. 44.

³⁰¹ PION-BERLIN, David; TRINKUNAS, Harold. *Attention deficits: why politicians and scholars ignore defense policy in Latin America*. Puerto Rico, meeting of the Latin American Studies Association, 2006. Disponível em <<http://www.resdal.org/producciones-miembros/art-pionberlin-lasamar06.pdf>>. Acesso em 15 Set 2014.

sentido de aumentar a efetividade das políticas de defesa, que tem por consequência a contemplação com apoio de diversos programas norte americanos de cooperação nas questões de defesa e segurança nacional. Para o restante dos países da América Latina, a falta de atenção está resumida em três aspectos: i) pouca influência do conhecimento civil na condução dos trabalhos do MD, em razão da falta de uma carreira específica na área; ii) ausência de influência ou controle das atividades relacionadas à educação militar; e iii) não existência de vinculação entre a estratégia de defesa estabelecida e recursos financeiros, que compromete a efetivação de metas estatais definidas.³⁰²

Sobre as considerações políticas sobre a defesa nacional brasileira, a temática parecia fora da agenda política dos governos no passado, em virtude de quatro fatores: primeiro, a rejeição por parte da sociedade às Forças Armadas, em virtude do passado autoritário; segundo, a crença dos governantes e legisladores de que não possuíamos problemas de defesa e segurança, por ausência de conflitos; terceiro, a forte competição temática pelo interesse dos partidos políticos e da sociedade civil, em razão das carências sociais serem tão gritantes que as prioridades não acolhiam a defesa nacional e, por último, a defesa nacional padece de muita abstração e da falta de comunicação social.³⁰³

Corroborando o entendimento de que o tema defesa nacional esteve associado ao autoritarismo militar e que o Congresso Nacional esteve distante da discussão por duas décadas, o Senador Jayme Campos (DEM-MT), membro da Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência do Congresso Nacional e relator do parecer sobre a Mensagem (CN) nº 83, de 2012 (Mensagem nº 323, de 17/07/2012, na origem), que encaminhou os textos da proposta de PDN, da END e o LBDN, cita em seu parecer:

“Durante as últimas duas décadas, repetimos, houve negligência ao se tratar de Segurança Nacional no Brasil, exatamente por se associar o termo ao período militar. Ora, essa época já é passada, e está na hora da sociedade brasileira rediscutir o tema, sobretudo quando se desenvolvem diante de nós ameaças à Segurança Nacional do País, contra as quais o simples aparato de Defesa não pode fazer frente”³⁰⁴

³⁰² BRUNEAU, Thomas C. *Civilians and the Military in Latin America: The Absence of Incentives*. Latin American Politics and Society, Volume 55, Issue 4, pages 143–160, Winter 2013. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1548-2456.2013.00216.x/full>>. Acesso em 15 Set 2014.

³⁰³ OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. *Considerações políticas sobre a defesa nacional*. Com ciência: revista eletrônica de jornalismo científico, São Paulo, Sociedade para o Progresso da Ciência, 2006. Disponível em <http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=12&id=101>. Acessado em 01 de julho de 2014.

³⁰⁴ PARECER Nº 51, DE 2012 – CN, anexo ao projeto de decreto legislativo Nº 576, de 2012. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-373-25-setembro-2013-777085-anexo-pl.pdf>. acessado em 20 de julho de 2014.

Da mesma forma, no Chile, o retorno a democracia em 1990 proporcionou uma oportunidade única de reverter a tendência nas relações político-militares. O período de transição, com acordos e limites, gerou a oportunidade de assegurar a condução civil da defesa e a subordinação militar a autoridades políticas, sendo a publicação do Livro de Defesa, documento de política pública chileno, uma das vias utilizadas para a consecução do controle civil.³⁰⁵

A institucionalização das relações civil-militares é necessária para o estabelecimento de um regime democrático num país, mesmo se sabendo de toda dificuldade do processo de consolidação do controle civil sobre aqueles. Em contrário, a maioria dos países em transição do autoritarismo para a democracia tem por tendência o retorno ao autoritarismo ou do estabelecimento de um governo democrático tutelado, no sentido em que os militares continuam a deter capacidade de derrubar as instituições políticas.³⁰⁶

A característica comum aos governos do período pos-autoritário, anteriores ao atual, foi a baixa prioridade atribuída à política de Defesa, devido as seguintes razões:³⁰⁷:

i) Afastamento das elites civis no tratamento do assunto, em decorrência do regime militar, pela percepção de que a temática era assunto dos militares. Como deputado constituinte, Jobim afirma que os assuntos passaram à distância na Assembléia Nacional Constituinte, sendo discutido somente o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, que historicamente desde 1891 havia autorização do emprego de força pelos militares. Na de 1988, para garantir a lei e a ordem, é necessária a convocação e determinação do presidente da República ou do chefe dos Poderes (mais uma ação para o controle civil sobre os militares).

ii) Baixo grau de ameaças externas no contexto mundial e sul-americano, após o termino da Guerra Fria e da normalização das relações entre Brasil e Argentina, na década de 80, havendo questionamento sobre a própria necessidade da estrutura de defesa.

iii) Prioridade à agenda de políticas públicas sociais, em detrimento da Defesa, que levou ao sucateamento dos meios operativos das Forças Armadas.

³⁰⁵ VERAS, Juan A. Fuentes. *Los libros de La defensa nacional de Chile 1997-2002 como instrumentos de política pública*. Tese de doutoramento. Universidade de Salamanca, Espanha, publicada pela Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. Santiago, Chile. p. 22.

³⁰⁶ PRZEWORSKI, Adam. *Democracy as a contingent outcome of conflict*. In J. Elster and R Slagstad (org.) *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Pres, 1988, p. 61.

³⁰⁷ Brasil. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *O governo Lula segundo seus ministros*. volume 5 Brasília: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, 2010. pp 151 e 152.

2.3.1 Base normativa antecedente para a formulação da atual política de defesa

Longe de se tratar de uma mera narrativa histórica, o entendimento dos antecedentes da formulação da atual política pública de defesa brasileira, principalmente no que se refere ao plano normativo, permite interpretar e compreender os documentos atuais da política de defesa, como instrumentos democráticos e integradores da sociedade brasileira.

Nesse sentido, acerca da denominada “interpretação histórica”, ora empregada, afirma a doutrina que a análise do cenário anterior à edição de um instrumento normativo, bem como das fases (proposição, discussões, emendas, relatórios) percorridas por um processo de formulação de normas é fundamental para a compreensão do texto jurídico.³⁰⁸

Consiste assim tal hermenêutica na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos e dos trabalhos preparatórios, num esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador, revelando não somente a intenção quando da edição da norma, mas também a especulação de como a norma seria interpretada com os fatos e idéias contemporâneos.³⁰⁹

Como questão introdutória, afirma-se que as concepções estratégicas de defesa nacional, vigentes no Brasil da década de 1950 à década de 1990, tinham por característica a formulação autônoma pelos Estados-Maiores das três Forças Armadas, sem a preocupação de coordenação entre elas e com setores responsáveis pela elaboração da política externa brasileira. Com a restauração dos governos civis, o fim da guerra fria e sua respectiva ideologia e a nova ordem constitucional brasileira, os comandantes militares se depararam com um novo cenário, no qual havia a necessidade de diálogo e formulação das políticas de defesa, em conjunto com outras esferas e de forma coordenada, que teve a Política de Defesa Nacional de 1996, como seu marco normativo na nova concepção.³¹⁰

³⁰⁸FRIEDE, Reis; SILVA, André Carlos da. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 37, jul./set. 2010. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1354/1364> e consultado em 01 de julho de 2014.

³⁰⁹BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009 (7ª ed.), p.136.

³¹⁰MARQUES, Adriana Aparecida. *Concepções de defesa nacional no Brasil: 1950-1996*. Campinas: Unicamp. Dissertação de mestrado, 2001, pp. 137-138.

2.2.1.1. A Política de Defesa Nacional (1996) e a criação do Ministério da Defesa (1999) – Governo Fernando Henrique Cardoso.

A aprovação da primeira PDN do Brasil, em 1996, e a criação do MD, em 1999, podem ser consideradas como dois marcos importantes na nova concepção da relação civil-militar, após o retorno da Presidência Militar ao poder civil, aproximando o Brasil das tendências mais recentes de gestão de assuntos de defesa e condicionando as relações entre civis e militares, em protocolos internacionalmente conhecidos.³¹¹

Em 06 de setembro de 1996, FHC ao convocar a segunda reunião da CREDEN, instruiu os membros da Câmara a iniciarem os trabalhos para a formulação de uma política de defesa nacional, dando-lhes vinte dias úteis para o término dos trabalhos.³¹² Os trabalhos foram concluídos em dois meses e, nessas condições, “seria de todo improvável chegar a uma fórmula que contemplasse qualquer inovação substantiva em relação às convicções arraigadas nos meios militar e diplomático”, como de fato pode-se verificar por meio de uma análise detida da PDN.³¹³

Assim sendo, a PDN foi considerada inócua e desnecessária por alguns críticos, enquanto outros interpretaram que seu tom marcadamente equilibrado teria decorrido de negociações difíceis dirigidas por diplomatas³¹⁴. Não obstante às críticas, a PDN significou um sinal do Presidente Cardoso à sociedade, às Forças Armadas e ao sistema político de que as questões de defesa deixaram de ser afeitas apenas aos militares.³¹⁵

A PDN foi dividida em Introdução (1ª parte), Quadro Internacional (2ª parte), Objetivos de Defesa Nacional (3ª parte), Orientação Estratégica (4ª parte) e Diretrizes da PDN (5ª parte).

³¹¹FERNANDES, Fernando Bartholomeu. *As relações civil-militares durante o governo Fernando Henrique Cardoso – 1995/2002*. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, p. 89. O autor afirma que tais medidas foram tomadas mais em razão da necessidade de apresentá-las aos interlocutores externos, que de modificar condições internas.

³¹² PINTO, Paulo Cordeiro de Andrade. *Diplomacia e política de defesa*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2000. p.150.

³¹³ ALSINA JR, João Paulo Soares. *A síntese imperfeita: articulação entre política externa e política de defesa na era Cardoso*. Revista brasileira de política internacional, vol.46, no.2, Brasília, Jul/Dez. 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292003000200003&script=sci_arttext#nt42>. Acesso em 15 set. 2014.

³¹⁴ A PDN foi elaborada por militares, diplomatas e funcionários na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara.

³¹⁵ OLIVEIRA, Eliezer R. *Democracia e defesa nacional: a criação do Ministério da Defesa na Presidência de FHC*. Barueri: Manole, 2005, p. 340.

A introdução estabelece parâmetros que servirão de base à elaboração da política, tais como ameaças externas, a prioridade para a resolução pacífica de controvérsias e o balanço entre necessidades e disponibilidade de meios a serem empregados. A segunda parte faz uma apreciação do ambiente internacional e de sua conjuntura da época, bem como a posição da diplomacia e da capacidade militar brasileira. A terceira parte estabelece sete objetivos nacionais de defesa e a quinta parte lista um total de vinte diretrizes bastante genéricas. A quarta parte trata da orientação estratégica, onde são estabelecidas premissas, que complementam e definem a prioridade da democracia na solução de contenciosos e a opção por uma estratégia dissuasória de caráter defensivo.³¹⁶

No Brasil, assim como nos Estados Unidos da América, o controle legislativo sobre a PDN foi (ocorre a mesma situação nos dias atuais com a PND 2012) exercido por meio do controle orçamentário, diferentemente de países como Canadá, Chile, Argentina e África do Sul, que tem seus documentos de defesa aprovados pelo Congresso³¹⁷. No Brasil, praticamente, o Poder Executivo monopoliza a definição da PDN, pois o chefe de Estado é o dirigente último das instituições militares.

Apesar das críticas à PDN de ser genérica, sem obedecer a um quadro conceitual claro e por não oferecer caminhos ou parâmetros para uma modernização bélica, a Política estabelecida pelo presidente Cardoso significou um marco inovador e renovador das relações civis-militares, que depois seria aperfeiçoada pelas Políticas de Defesa seguintes, bem como pela edição da END, do LBDN e da criação do MD.

Pode se concluir que, num primeiro momento, a PDN de 1996 cumpriu seu papel de ser uma declaração política, de tom militar e diplomático, pelo qual o Brasil tornou pública a sua natureza estratégica e a sua organização da defesa, destinada ao campo internacional e à sociedade nacional. Logo, abordou as razões de Estado que condicionavam a política mais radical a ser concretizada, a da guerra, para a preservação da soberania estatal.³¹⁸

O segundo marco do governo Cardoso foi a criação do MD, através da Lei Complementar nº 97/1999, no primeiro ano do segundo mandato, sendo que a iniciativa já

³¹⁶FERNANDES, Fernando Bartholomeu. *As relações civil-militares durante o governo Fernando Henrique Cardoso – 1995/2002*. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, pp. 90-93

³¹⁷COPE, John A.; DENNY, Laurita. *Defense White papers in the America: a comparative analysis*. Institute for National Strategic Studies. 2002. Disponível em <<http://www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Publications/Detail/?id=21115&lng=en>>. Acesso em 30 Set.2014.

³¹⁸OLIVEIRA, Eliezer R. *Democracia e defesa nacional: a criação do Ministério da Defesa na Presidência de FHC*. Barueri: Manole, 2005, p. 375.

fazia parte das promessas de campanha, em 1994.³¹⁹ Naquele momento, eram raros os países que não reuniam suas FFAA sob um único órgão de defesa, subordinados ao Chefe do Executivo, sob a forma do MD. Para se ter uma idéia, naquela ocasião, dos 179 países do mundo, em 161 existia tal estrutura, sendo que, dos 18 restantes, somente Japão e México representavam países de grande relevância no cenário internacional.³²⁰

Não obstante o retardo para a criação do MD, a discussão no Brasil sob sua criação já estava presente na Constituição federal de 1946, que previa o estabelecimento de um único Ministério, com a finalidade de agregar e integrar a atividade militar desempenhada por Marinha, Exército e Aeronáutica. Desse dispositivo constitucional, originou-se a criação do Estado-Maior Geral, em 1946, que depois se denominaria Estado-Maior das Forças Armadas, em 1948.

Defensor da tese de criação do MD, o General Castelo Branco assinou o DL 200, quando Presidente da República, no qual dispunha de providencias no sentido de se promover estudos para elaborar o projeto de lei criando o Ministério das Forças Armadas, no bojo das diretrizes de Reforma Administrativa. Todavia, o projeto não prosperou, sendo extinto em 1969.

A idéia sobre a criação do MD, como já dito, somente retornaria à agenda com a campanha de Cardoso para a presidência da República, em 1994. Eleito, a primeira medida de Cardoso foi escolher os seus ministros militares, condicionados ao apoio para a constituição do MD e que não fariam oposição à criação. Em seguida, estabeleceu como coordenador e assessor para a criação, o General Leonel, Chefe do EMFA, optando por uma concepção militar na sua formulação. Logo, não se presenciou a participação da comunidade acadêmica ou de grandes debates políticos nacionais sobre o tema, dada a ignorância e o desinteresse da sociedade civil sobre as questões concernentes à defesa e segurança.³²¹

³¹⁹ ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia*. Rio de Janeiro: Record. 2005, p.214.

³²⁰ FUCCILLE, Luis Alexandre. *A criação do Ministério da Defesa no Brasil: entre o esforço modernizador e a reforma pendente*. Campinas: Unicamp. Tese de doutoramento, 2006, p. 2. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000378085&fd=y>> .acesso em 30 Set 2014.

³²¹ MISSIATO, Victor Augusto Ramos. *A construção da relação civil-militar no governo FHC: o olhar de homens da caserna*. São Paulo: anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, julho de 2011.

2.1.1.2. A PND (2005), a END (2008) e a Nova Defesa (LC 196/2010), Governo Luís Inácio Lula da Silva

Ao assumir a Presidência do Brasil, em 2003, o presidente Lula deparou-se com a seguinte problemática: i) O MD, criado em 1999, apresentava baixa capacidade institucional, em virtude de desprovimento de pessoal civil capacitado para a direção superior de assuntos de defesa, falta de marcos legais que pudessem sustentar a integração das políticas públicas interministeriais sob responsabilidade do MD, bem como das três Forças e, por último, a baixa adesão dos comandos militares ao novo formato institucional da direção civil da Defesa; ii) as políticas setoriais dos Comandos Militares eram autônomas e descoordenadas, destacando a área de aquisição de produtos de defesa; iii) elevado nível de obsolescência do material de emprego militar existente, com insuficiência de recursos de custeio, havendo grande fuga de pessoal na área tecnológica; e iv) defasagem salarial e aumento da folha salarial, devido aos inativos, decrescendo os valores destinados ao investimento.³²²

Segundo o Ministro Jobim, a condução da política de Defesa do governo Lula passou por cinco momentos, em oito anos, denominados de “reformismo moderado”, “acomodação estratégica”, “interregno turbulento”, “freio de arrumação” e “integração transformadora”, conforme quadro abaixo.³²³

Quadro 2.1 – Períodos do Ministério da Defesa

Ministro	Início	Fim	Período	Presidente
José Viegas Filho	01 Jan 2003	8Nov 2004	Reformismo Moderado	Luiz Inácio Lula da Silva
José Alencar	8Nov 2004	31 Mar 2006	Acomodação Estratégica	
Waldir Pires	31 de março de 2006	25 jun 2007	Interregno Turbulento	
Nelson Jobim	25 de junho de 2007	31 Dez 2010	Freio de Arrumação (até Ago 2010) e Integração Transformadora (após a LC 136/2010)	
	1 de janeiro de 2011	4Ago 2011		Dilma Rousseff

Fonte: Brasil. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. O governo Lula segundo seus ministros. volume 5. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, 2010.

³²² Brasil. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *O governo Lula segundo seus ministros*. volume 5. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, 2010. pp.152-153.

³²³ Brasil. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *O governo Lula segundo seus ministros*. volume 5. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, 2010. pp 153-156.

i) Período do “reformismo moderado” (Ministro José Viegas). Caracteriza-se com a tentativa de aumento do controle civil sobre as políticas setoriais militares, medidas de reestruturação e fortalecimento do MD e tentativa de trazer pessoal civil, da academia, para debater questões de defesa. Viegas teve que enfrentar um quadro de extrema autoridade fiscal e problemas remanescentes no relacionamento civil-militar, que acabaram por levar à sua substituição pelo vice-presidente José Alencar.³²⁴

ii). Período da “acomodação estratégica” (Ministro José de Alencar). Com a tensão ao final do período da gestão Viegas e conseqüente saída do ministro, o presidente Lula sabia que necessitaria acomodação dos ânimos, antes de iniciar qualquer esforço para a modernização, decidindo por nomear o vice-presidente José Alencar, numa situação de transição e interina. Com a autoridade política do cargo e a personalidade apaziguadora de Alencar, conseguiu-se o objetivo da diminuição da temperatura. Todavia, tinha-se a ciência, desde a origem, que a presente solução seria interina e que não se poderia se prolongar muito tempo.

iii) Período do “interregno turbulento” (Ministro Waldir Pires)- assumiu em março de 2006. O período foi marcado por fortes turbulências e decorrentes de fatores que não estavam sob seu controle. Mais uma vez, a agenda modernizadora foi adiada em detrimento de resolução de problemas factuais, que consumiram energias do Ministro, como os acidentes aeronáuticos que chocaram o País, aliado a rebelião dos controladores de vôo.

A par de todas essas dificuldades, Waldir Pires ainda conseguiu estabelecer parceria estratégica com a França, no projeto do submarino de propulsão nuclear, cabendo ao ministro o convencimento do presidente Lula sobre a importância estratégica do projeto.

iv) Período do “freio de arrumação” (Ministro Nelson Jobim). Após sua passagem pelo Congresso Nacional, como deputado constituinte, Ministério da Justiça e Supremo Tribunal Federal, Jobim assume a pasta da Defesa, em meio a crise na aviação civil e no sistema de controle aéreo, ambos sob responsabilidade do Ministério. Jobim cita que somente aceitou ao convite, após receber a garantia do presidente da República, de que teria apoio político para levar à frente cinco ações, nas seguintes temáticas: a) debelar a crise na aviação civil; b) estabelecimento de um plano diretor de defesa, de médio e longo prazo; c) estabelecer um

³²⁴ Brasil. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *O governo Lula segundo seus ministros*. volume 5. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, 2010, p. 154. Todas as referências aos períodos tem a mesma fonte.

vínculo claro entre a Defesa e o projeto de desenvolvimento do País; d) consolidar o controle civil sobre a política de defesa; e e) fortalecer o Ministério, que se apresentava estruturalmente e politicamente frágil.³²⁵

a) A (segunda) PDN(2005) e END (2008)

A Política de Defesa Nacional de 1996, estudada no tópico anterior, foi renovada em 2005, durante o governo Lula, tendo como principal diferença para a versão de 1996 a inclusão do conceito de segurança conforme os padrões da ONU e da OEA, a visão de segurança coletiva, cooperativa. A PDN 2005 trouxe conceitos de defesa e segurança e ressaltou a importância das relações interdependentes do país, em especial com nossos vizinhos, a fim de fortalecer a integração regional.

A END foi construída, estabelecendo-se discussões paralelas com os altos comandos das três Forças e, posteriormente, com o Estado-Maior de cada uma. A condução inédita do tema defesa por civis, encabeçadas por Jobim e Mangabeira Unger³²⁶, causou estranheza aos militares, num primeiro momento, ao ver civis sentados no alto comando.

Na etapa seguinte, Jobim, com sua experiência parlamentar, inicia a discussão com os setores políticos, através de inúmeras reuniões partidárias, iniciando com o PT, depois com o PSDB e, por último, com seu partido, o PMDB. Depois de conquistada a maioria, foram realizadas conversas com os partidos menores. Em seguida, o Ministro buscou a interação com os formadores de opinião no assunto, como por exemplo, a Fundação Fernando Henrique e a FIESP, onde ocorreram discussões de alto nível.³²⁷

Com o Itamaraty, as discussões foram duras, em razão da divergência da política externa brasileira e o entendimento do Ministério da Defesa, em torno do protocolo adicional do TNP (Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares).

Da aprovação da END, a ação decorrente, que é objeto de pesquisa no presente trabalho é a reformulação do marco regulatório das compras governamentais de defesa, com o objetivo de utilizar o poder de compra do Estado e oferecer condições mínimas de competitividade com o comércio internacional. Dessa ação principal de caráter normativo, temos outras ações no plano operacional e cognitivo para o desenvolvimento:

³²⁵ Percebe-se que as quatro últimas ações compõem o eixo Defesa, que culminariam com a redação e aprovação da Estratégia Nacional de Defesa e do Projeto de Lei Complementar nº 136, de 2010

³²⁶ Sobre o pensamento de Mangabeira Unger ver GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e reforma educacional: Em Roberto Mangabeira Unger*. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris editora. 2011, pp 13-25.

³²⁷ Brasil. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *O governo Lula segundo seus ministros*. volume 5. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, 2010, p. 157.

i) Criação da Secretaria de Produtos de Defesa, no âmbito do Ministério da Defesa, pela LC 136/2010;

ii) O estabelecimento de grandes prioridades na compra de material de defesa para as três Forças, em curto, médio e longo prazo;

iii) Através da indústria de defesa, estabelecer o claro vínculo entre o processo de desenvolvimento do País e o fortalecimento da Defesa nacional, respaldando politicamente as ações e investimentos necessários nessa indústria.

iv) Fortalecimento da indústria de defesa através de grandes investimentos em pesquisa de tecnológica de defesa, a fim de atingir mais autonomia nesse campo.

v) Busca da autonomia tecnologia, no plano de defesa, como elemento central dos esforços de capacidade operativa das Forças Armadas, reduzindo a dependência ao longo das atividades logísticas decorrentes das compras de equipamentos e sistemas de defesa.

Dois aspectos cruciais e críticos para o desenvolvimento da indústria de defesa é a intensificação da Agenda Internacional de Defesa, fórum de diálogos e acordos de cooperação, e a questão orçamentária, fator crítico de sucesso de qualquer política pública desenvolvimentista.

Apesar das críticas de que a END³²⁸ era de caráter extremamente autonomista, a Defesa brasileira, na gestão do Ministro Jobim, conseguiu firmar diversos acordos-quadro com o intuito de facilitar diversas parcerias, que podem ser traduzidas por alguns projetos.³²⁹

b. Lei Complementar 136, de 2010 – “a lei da Nova Defesa” e a “integração transformadora”.

³²⁸ Sobre críticas a END, ver Paulo Roberto de Almeida, “Estratégia Nacional de Defesa: comentários dissidentes”, Mundorama (14.03.2009). Disponível em <<http://mundorama.net/2009/03/14/estrategia-nacional-de-defesa-comentarios-dissidentes-por-paulo-roberto-de-almeida/>> . Acesso em 30 Set 2014. Do mesmo autor, A arte de não fazer a guerra: novos comentários à Estratégia Nacional de Defesa. Boletim Meridiano 47 vol. 11, n. 119, jun. 2010, pp 21-31. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/638/407>. Acesso em 30 Set 2014.

³²⁹ Projeto KC-390 – projeto de aeronave de carga e reabastecimento em vôo, especificado pela FAB e fabricado pela EMBRAER, com previsão de vôo em 2016 e comercialização em 2018, que visa substituir o americano C-130 Hércules, atual referencial nessa categoria e que irá terminar seu ciclo entre 2018 e 2020. Argentina, Chile, Colômbia e Ucrânia estão no projeto e há 60 intenções de compra para o KC-390, sendo 28 para o Brasil, 6 para a Argentina, 6 para o Chile, 12 para a Colômbia, 6 para Portugal e 2 para a República Tcheca. ii) Projeto A-Darter – mísseis de 5ª geração ar-ar, em conjunto com a África do Sul; iii) Projeto Submarino Scorpene-BR – construção de 4 submarinos com a França; iv) Projeto Helicópteros EC-725 – construção de 50 helicópteros de transporte de cargas, com a França, que serão produzidos e vendidos pela Helibras, em Itajubá-MG, para a América Latina e África. v) Projeto AH-2 Sabre – compra de helicópteros de ataque da Rússia, para a FAB. O Brasil tem a intenção de se tornar um pólo regional de produção e manutenção de helicópteros de cargas e ataque.

A idéia de transformação idealizada pela LC 136/2010 supera as idéias de adaptação e de modernização, que tem os seus conceitos com vista ao passado e ajuste ao presente. Não foi por acaso que a nova legislação foi denominada de “Lei da Nova Defesa”, pois propunha a adoção de um novo modelo de gestão de recursos humanos, materiais e financeiros, sendo mais uma ação no sentido da consolidação do poder civil na condução da política de Defesa.

Inovações na área da política pública de Defesa e da indústria de defesa, decorrentes da aprovação da LC 136/2010:

a) Cabe ao ministro implantar o Livro Branco de Defesa Nacional(LBDN), de caráter ostensivo, contendo dados estratégicos, orçamentários,institucionais e materiais sobre as Forças Armadas (Art. 9º, § 1º e 2º);

b) O Poder Executivo encaminhará ao Congresso, a cada quatro anos apartir de 2012, as atualizações da PDN, da END e do LBDN (Art. 9º, § 3º), que podem ser consideradas como instrumentos de análise da política pública de Defesa, pela questão da determinação temporal dos ciclos de revisão;

c) *Ao MD compete formular a política e as diretrizes referentes aos produtos de defesa empregados em atividades operacionais das Forças Armadas (Art. 11-A), através da SEPROD;*

d) O orçamento anual da pasta da Defesa atenderá às prioridadesdefinidas pela END, explicitadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (Capítulo III, Art. 13, caput); e

e) A proposta orçamentária das três forças singulares será elaboradaconjuntamente com o MD, que a consolidará, segundo as prioridades estabelecidas pela END e explicitadas na LDO (Art. 13, § 2º).

A fim de tornar concreta a determinação disposta na LC 196/2010, no que se refere à política de compras governamentais de produtos de defesa e suas diretrizes, foi criada a SEPROD, por intermédio do Decreto nº 7.364, de 23 de novembro de 2010, que posteriormente foi revogado pelo Decreto nº 7.974, de 1º de abril de 2013, que aprovou a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Defesa, no qual destaca a atribuição da Secretaria de “propor a formulação e atualização da política de compras de produtos de defesa e acompanhar a sua execução”.

Com o novo Plano Diretor, estabelecido pela LC 136/2010 e seus regulamentos e decorrentes da aprovação da END, o Ministério da Defesa deu um grande passo para deixar de ser uma organização de baixo nível ou baixo perfil, inserido num contexto de interesse mínimo pela temática da Defesa, por parte da sociedade brasileira.³³⁰

2.3.2- Plano normativo vigente da política de defesa no Brasil

A publicação de vários documentos relativos à política de defesa, iniciados em 1996 e atualizados em 2012, constituem, sem dúvida, um dos acontecimentos mais relevantes na história das relações civis-militares no Brasil. É por eles que se compreende o processo pelo qual as relações entre as autoridades políticas e a instituição castrense se recompuseram após várias décadas de afastamento, desinteresse e desconfiança mútua.

A fim de estabelecer uma visão única sobre defesa e seus propósitos, a Lei Complementar nº 136³³¹, de 25 de agosto de 2010, que alterou a Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999, atribuiu ao MD a competência para implantar a PND, a END e o LBDN, tendo o Congresso Nacional aprovado³³² os referidos documentos, através do Decreto Legislativo 373³³³, de 25 de setembro de 2013.

³³⁰Brasil. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. O governo Lula segundo seus ministros. volume 5 Brasília:Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, 2010. 220 p.155.

³³¹“**Art. 9º** O Ministro de Estado da Defesa exerce a direção superior das Forças Armadas, assessorado pelo Conselho Militar de Defesa, órgão permanente de assessoramento, pelo Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas e pelos demais órgãos, conforme definido em lei.

§ 1º Ao Ministro de Estado da Defesa compete a implantação do Livro Branco de Defesa Nacional, documento de caráter público, por meio do qual se permitirá o acesso ao amplo contexto da Estratégia de Defesa Nacional, em perspectiva de médio e longo prazos, que viabilize o acompanhamento do orçamento e do planejamento plurianual relativos ao setor.

§ 2º O Livro Branco de Defesa Nacional deverá conter dados estratégicos, orçamentários, institucionais e materiais detalhados sobre as Forças Armadas, abordando os seguintes tópicos:

...

§ 3º O Poder Executivo encaminhará à apreciação do Congresso Nacional, na primeira metade da sessão legislativa ordinária, de 4 (quatro) em 4 (quatro) anos, a partir do ano de 2012, com as devidas atualizações:

I - a Política de Defesa Nacional;

II - a Estratégia Nacional de Defesa;

III - o Livro Branco de Defesa Nacional.”

³³² Sobre o processo de elaboração e aprovação dos documentos de defesa, ver GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. *Política de Defesa Nacional, Estratégia Nacional de Defesa e Livro Branco de Defesa no Contexto na Nova Ordem Constitucional e Formas de Implementação*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48761>>. Acesso em: 08 set. 2014.

³³³O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º São aprovados os textos da Política Nacional de Defesa, da Estratégia Nacional de Defesa e do Livro Branco de Defesa Nacional, encaminhados ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 83, de 2012 (Mensagem nº 323, de 17 de julho de 2012, na origem).

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro deu a oportunidade à sociedade civil brasileira, de contribuir na formação de um pensamento unificado sobre a escolha de objetivos e diretrizes de uma política de defesa, por meio de debates entre acadêmicos, congressistas, e autoridades civis, afastando a idéia de que o tema defesa se restringia somente aos militares e legitimando a formulação e efetivação da política.

2.3.2.1 – A Política Nacional de Defesa (2012)

Aprovado originalmente pelo Decreto nº 5.484, de 30 de junho de 2005, como Política de Defesa Nacional (PDN), o documento foi atualizado em 2012, passando a se chamar Política Nacional de Defesa (PND), conforme o Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013.

Já em sua introdução, há a afirmação de que a Política Nacional de Defesa (PND) é o documento condicionante de mais alto nível do planejamento de defesa, fixando objetivos da Defesa Nacional e orientando o Estado no sentido do que fazer para alcançá-los. Orquestrada com a política externa, ambas procurando a construção de um perfil estratégico brasileiro no plano internacional, a PND volta-se para ameaças externas, ao estabelecer objetivos e diretrizes para o preparo e o emprego da capacitação nacional, com o envolvimento dos setores militar e civil.

Fundamental para o presente trabalho que trata do plano normativo, mais especificamente o contratual administrativo, para o desenvolvimento da base industrial de defesa, destaca-se o pressuposto definido na PND de que a defesa do País é inseparável do seu desenvolvimento, fornecendo-lhe o indispensável escudo, associado a maior inserção do País nos processos decisórios internacionais.

Para atingir o seu objetivo, a PND divide-se em duas partes: uma política, que aborda os conceitos e objetivos de defesa, além de análises acerca dos ambientes interno e externo; e outra estratégica, focada nas orientações e diretrizes inerentes à segurança nacional.

A PND ainda traz a assertiva de que o tema defesa é de interesse de todos os segmentos da sociedade brasileira e tem como premissas os fundamentos, objetivos e princípios dispostos na **Constituição Federal** e encontra-se em consonância com as orientações governamentais e a política externa do país. Além disso, ressalta ainda a

necessidade de todo cidadão brasileiro estar consciente de seu dever para com a Defesa Nacional, haja vista que, apesar de defender a paz entre as nações, o Brasil não está imune a antagonismos capazes de ameaçar seus interesses.

São fixados na PND, onze objetivos nacionais de defesa e vinte e duas orientações, sendo objeto deste estudo o objetivo IX, que dispõe sobre o desenvolvimento da indústria nacional de defesa, orientada para a obtenção da autonomia em tecnologias indispensáveis.

2.3.2.2 – A Estratégia Nacional de Defesa (2012)

Como já dito, a primeira Estratégia Nacional de Defesa (END) foi aprovada pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008, sendo a segunda edição elaborada pelo Executivo em 2012 e aprovada, assim como a PND, pelo Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013. Ao serem fixados os objetivos e as orientações pela PND, a END estabelece o que fazer para alcançá-los, por meio de diretrizes a fim de efetivar a adequada preparação e capacitação das FFAA, de modo a garantir a segurança do país tanto em tempo de paz, quanto em situações de crise. Também foi desenvolvida para atender às necessidades de equipamento dos Comandos Militares, reorganizando a indústria de defesa para que as tecnologias mais avançadas estejam sob domínio nacional.

Assim como a PND, a END reforça a ideia de que essa é inseparável da estratégia nacional de desenvolvimento, vinculando o conceito e a política de independência do país à responsabilidade constitucional das Forças Armadas de resguardar nossa soberania. O documento institui ações estratégicas de médio e longo prazo e objetiva a modernização da estrutura nacional de defesa.³³⁴ Também trata das questões político-institucionais que garantam os meios para fazer com que o governo e sociedade se engajem decisivamente na “grande estratégia” de segurança da nação. Além disso, aborda temas propriamente militares, estipulando orientações e paradigmas para a atuação operacional da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.³³⁵

A END está organizada em três eixos estruturantes: i) o primeiro diz respeito a como as FFAA devem se organizar e se orientar para melhor desempenharem sua destinação constitucional e suas atribuições na paz e na guerra; ii) o segundo refere-se a reorganização da

³³⁴As ações a serem implementadas pela END estão descritas por meio de vinte e cinco diretrizes.

³³⁵BRASIL. Ministério da Defesa. Disponível em www.defesa.gov.br. Acesso em 30 set 2014.

BID, para assegurar o atendimento às necessidades de equipamento das Forças Armadas apoiado em tecnologias sob domínio nacional, preferencialmente as de emprego dual (militar e civil); e iii) o terceiro eixo versa sobre a composição dos efetivos das Forças Armadas e o futuro do Serviço Militar Obrigatório, observando a necessidade das FFAA serem formadas por cidadãos oriundos de todas as classes sociais.³³⁶

2.2.3.3 – O Livro Branco de Defesa Nacional (2012)

Conforme a LC nº 136/2010, cabe ao Ministro da Defesa a implantação do LBDN, considerado como um documento de caráter público, com a finalidade de permitir o acesso ao amplo contexto da END, em perspectiva de médio e longo prazos, que viabilize o acompanhamento do orçamento e do planejamento plurianual relativos ao setor. Trata-se numa primeira análise de um expressivo instrumento de prestação de contas das atividades militares à sociedade civil.

Tradicionalmente no mundo³³⁷, os Livros Brancos³³⁸ são considerados como a expressão escrita das políticas de defesas nacionais, relacionados diretamente com a consolidação dos regimes democráticos. Logo, esses instrumentos de política de defesa foram implementados na América latina somente na década de 1990, quando os militares submeteram-se ao controle civil, através da criação ou fortalecimento dos Ministérios das Defesas.

Como características particularizantes do LBDN, pode se destacar alguns modelos: i) enquanto veículos de uma meta-política de defesa consensualmente elaborada (iniciativas da Argentina e Chile); ii) elaboradas por um grupo seletivo de pessoas, pretensamente representativas das diversas expressões nacionais, e posteriormente legitimadas por meio de esforços governamentais para sua afirmação como instrumento de veiculação de compromissos e intenções (iniciativas do Brasil e Colômbia). iii) elaboradas por gabinetes e assessorias governamentais, orientadas para a declaração de um determinado entendimento de

³³⁶ BRASIL. END (2012). Capítulo Eixos Estruturantes

³³⁷ São relacionadas 77 Livros Brancos de Defesa ou documento similar, disponível em <http://www.defesa.gov.br/projetosweb/livrobranco/paises_livrobranco.php>. Acesso em 30 set 2014.

³³⁸ O termo Livro Branco parece ter origem na prática Britânica de imprimir em papel de cor branca a capa de documentos prontos, e em papéis de outras cores (verde, normalmente) a capa de suas versões preliminares. Em RAZA, Salvador Ghelfi. Para além dos livros brancos de defesa? Trabalho apresentado no Seminário Internacional sobre Missões de Paz, Segurança e Defesa Rio de Janeiro 27 de novembro de 2002. Disponível em <http://www.salvadorraza.com/#!_f-papers>. Acesso em 30 set 2014.

propósitos da defesa e da função instrumental das FFAA (iniciativas do Paraguai e Uruguai).³³⁹

No Brasil, o LBDN é o mais completo e acabado documento acerca das atividades de defesa, que tem por finalidade esclarecer a sociedade brasileira e a comunidade internacional sobre as políticas e ações que norteiam os procedimentos de segurança e proteção à nossa soberania. Sendo assim, serve de instrumento de transparência à atuação das FFAA, prestando contas sobre a adequação da estrutura de defesa disponível no país, servindo também como meio para o debate sobre esse tema no âmbito do Congresso Nacional, da burocracia federal, da Academia e da sociedade em geral. Para além das fronteiras, tem o objetivo de compartilhar as motivações e finalidades do instrumento militar junto à comunidade internacional para, assim, constituir mecanismo de construção de confiança mútua entre o Brasil e as nações amigas, especialmente as vizinhas.³⁴⁰

Concluindo, pode-se afirmar que o LBDN representa a formação de um ciclo virtuoso entre defesa e democracia, na construção de um conceito novo de Defesa Nacional. Elaborado com a participação da comunidade acadêmica, do setor empresarial e da sociedade em geral, por meio de audiências públicas realizadas em diferentes cidades do país, possibilita não só aprofundar o conhecimento da população sobre a temática militar, bem como engajá-la nas indispensáveis discussões relacionadas à Defesa Nacional.³⁴¹

2.3.3 A interdepartamentalidade da política de defesa no Brasil

Nas sociedades modernas, a política de defesa mostra a importância da coordenação de políticas públicas e a necessidade de uma consensualização social sobre o que são as condições da política de defesa. Se a primeira regra não estiver satisfeita, haverá uma inadequada utilização de recursos e será difícil estabelecer uma orientação geral que respeite as condições da defesa. Se a segunda regra não estiver garantida, as decisões políticas estarão,

³³⁹RAZA, Salvador Ghelfi. Para além dos livros brancos de defesa? Trabalho apresentado no Seminário Internacional sobre Missões de Paz, Segurança e Defesa Rio de Janeiro 27 de novembro de 2002. Disponível em <http://www.salvadorraza.com/#!_f-papers>. Acesso em 30 set 2014.

³⁴⁰BRASIL. Livro Branco de Defesa Nacional. Disponível em www.defesa.gov.br. Acesso em 30 set de 2014.

³⁴¹BRASIL. Livro Branco de Defesa Nacional. Disponível em www.defesa.gov.br. Acesso em 30 set de 2014.

ainda que involuntariamente, a alimentar a conflitualidade social. E estas duas regras estão interrelacionadas, pelo que o desajustamento numa provoca o agravamento na outra.³⁴²

A natureza de interdepartamentalidade da política pública de defesa é destacada no LBD, quando diz que o MD, como parte do Poder Executivo, interage com diversos outros ministérios na formulação e execução de políticas públicas relacionadas a suas atribuições constitucionais e subsidiárias, por meio de ações que se convertem em benefício para a sociedade. Da mesma forma, o MD mantém relacionamento funcional com o Poder Legislativo, através de sua Assessoria Parlamentar e das três Forças e das Comissões permanentes que tratam do tema Defesa Nacional: a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados (CREDEN) e a Comissão de Relações Exteriores do Senado (CRE). Em relação ao Poder Judiciário, o MD mantém estreita cooperação com a Justiça Eleitoral e com a Justiça Militar da União.³⁴³

Relacionada ao desenvolvimento da indústria de defesa, a PND e a END estabelecem objetivos e diretrizes para a consecução de políticas públicas nas áreas de educação, ciência e tecnologia, desenvolvimento e comércio exterior, bem como em áreas suportes como planejamento e finanças. No plano atual, podem-se destacar três normativos, entre outros, que evidenciam a interação e coordenação de ações no âmbito da PND e da END: O Decreto nº 7.970, de 28 de março de 2013, a Portaria Interministerial No 1.426/MD/MDIC, de 7 de Maio de 2013 e a Portaria Interministerial MCTI Nº 819 DE 08 de agosto de 2014.

O Decreto nº 7.970/20123, que regulamenta a Lei nº 12.598/2012, cria a Comissão Mista da Indústria de Defesa – CMID, composta por quatro representantes da Administração Central do Ministério da Defesa, um representante do Comando da Marinha, um representante do Comando do Exército, um representante do Comando da Aeronáutica, um representante do Ministério da Fazenda, um representante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, um representante do Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação e um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. A CMID tem por finalidade assessorar o ministro da Defesa em processos decisórios e em proposições de atos

³⁴² AGUIAR, Joaquim. *A política de defesa nacional como política pública interdepartamental*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1989, p. 51.

³⁴³ BRASIL. *Livro Branco de Defesa Nacional* (2012). P. 179-181.

relacionados à indústria nacional de defesa, sendo-lhe conferida oito atribuições dispostas no § 1º, artigo 2º do Decreto nº 7.970/2013.³⁴⁴

A Portaria Interministerial nº 1.426/MD/MDIC, de 07 de maio de 2013, assinada pelos ministros da Defesa, Celso Amorim, e o do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Fernando Pimentel, cria um grupo de trabalho que tem a finalidade de realizar estudos e identificar ou propor medidas de fomento para a ampliação da capacidade da Base Industrial de Defesa, com a criação da *Trading* de Defesa. Os órgãos e entidades envolvidas nesse trabalho interdepartamental são: Ministério da Defesa, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial e Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos.

Na área da ciência, tecnologia e inovação, a Portaria Interministerial MCTI nº 819³⁴⁵, de 08 de agosto de 2014, assinada pelos ministros da Defesa e da Ciência, Tecnologia e

³⁴⁴ Art. 2º Fica criada a Comissão Mista da Indústria de Defesa – CMID, tendo por finalidade assessorar o Ministro de Estado da Defesa em processos decisórios e em proposições de atos relacionados à indústria nacional de defesa.

§ 1º A CMID tem as seguintes atribuições:

- I - propor e coordenar estudos relativos à política nacional da indústria de defesa;
- II - promover a integração entre o Ministério da Defesa e órgãos e entidades públicos e privados relacionadas à base industrial de defesa;
- III - emitir parecer e propor ao Ministro de Estado da Defesa as classificações de bens, serviços, obras ou informações nos termos do [inciso I do caput do art. 2º da Lei nº 12.598, de 2012](#), como Produto de Defesa - PRODE;
- IV - emitir parecer e propor ao Ministro de Estado da Defesa as classificações de conjunto inter-relacionado ou interativo de Produto de Defesa como Sistema de Defesa - SD, nos termos do [inciso III do caput do art. 2º da Lei nº 12.598, de 2012](#);
- V - propor ao Ministro de Estado da Defesa a classificação de PRODE como Produto Estratégico de Defesa - PED, nos termos do [inciso II do caput do art. 2º da Lei nº 12.598, de 2012](#);
- VI - propor ao Ministro de Estado da Defesa o credenciamento de Empresa de Defesa como Empresa Estratégica de Defesa, nos termos do [inciso IV do caput do art. 2º da Lei nº 12.598, de 2012](#);
- VII - propor ao Ministro de Estado da Defesa políticas e orientações sobre processos de aquisição, importação e financiamento de que tratam os [arts. 3º, 4º e 6º da Lei nº 12.598, de 2012](#); e
- VIII - apreciar e emitir parecer sobre os Termos de Licitação Especial - TLE.

³⁴⁵ Art. 1º - Instituir parceria entre o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação - MCTI e o Ministério da Defesa - MD, com os seguintes objetivos:

- I - dominar tecnologias que atendam às necessidades da Defesa Nacional;
- II - contribuir para o fortalecimento da indústria nacional;
- III - aprimorar a infraestrutura de C&T de apoio a programas e projetos de interesse da Defesa Nacional;
- IV - estimular a substituição de tecnologias e de produtos importados de interesse da Defesa Nacional por correspondentes nacionais competitivos;
- V - integrar as iniciativas de C, T&I de interesse da Defesa Nacional por meio de parcerias com instituições científicas e tecnológicas (ICT), universidades, centros de excelência e a indústria, para o desenvolvimento, certificação e qualificação de novos produtos, tecnologias e serviços;
- VI - implementar redes de laboratórios que atendam às necessidades da Defesa Nacional;
- VII - fomentar a formação e a elevação do nível da capacitação de recursos humanos;
- VIII - estabelecer a sistemática de gestão da carteira de projetos de interesse da Defesa Nacional apoiados pelo MCTI;

Inovação, considerando a necessidade de se estabelecer cooperação técnica e científica para formulação de políticas de apoio ao desenvolvimento científico-tecnológico na área de defesa, resolveram instituir parceria entre o MCTI e o MD, por meio da criação da Comissão Interministerial de Coordenação, que tem a seguinte composição: dois representantes do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, dois representantes do Ministério da Defesa, um representante do Comando da Marinha, um representante do Comando do Exército e um representante do Comando da Aeronáutica.

2.4- Políticas, estratégias e planos governamentais de aquisições de defesa no Brasil

A PND e a END³⁴⁶, aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013, são os principais instrumentos orientadores da política pública de defesa, resultado de um amplo debate com diversos setores da sociedade, na medida em que estabelece os objetivos e as respectivas ações para atingi-los. “A PND fixa os objetivos da Defesa Nacional e orienta o Estado sobre o que fazer para alcançá-los. A END, por sua vez, estabelece como fazer o que foi estabelecido pela política.”³⁴⁷

No Brasil, a política de aquisições de defesa está inserida na PND, com objetivos bem definidos, e na END, com diretrizes e ações estratégicas para a BID. Do encadeamento dos objetivos e diretrizes estabelecidos pelos dois documentos, resulta a elaboração do Sistema de Planejamento Estratégico de Defesa (SISPED), instituído pela Portaria nº 1.593/MD, de 09 de dezembro de 2009³⁴⁸, que tem por finalidade estabelecer cenários, diretrizes e prioridades da defesa, bem como, serve de base integradora para o trabalho das FFAA. Em outro momento, a metodologia do SISPED foi aprovada pela Portaria Normativa nº 3.962/MD, de 20 de dezembro de 2011³⁴⁹, dispondo que o emprego operacional das Forças Armadas deverá ser

IX - buscar a ampliação do interesse dos diversos segmentos da sociedade pelas iniciativas de C, T&I voltadas para a Defesa Nacional; e

X - estimular a promoção de eventos para compartilhar experiências e divulgar estudos relacionados a áreas estratégicas de defesa.

³⁴⁶A END foi revisada e encaminhada ao Congresso Nacional, em 2012, mas somente foi aprovada em 2013. Em razão disso, alguns autores se referem à END como sendo de 2012, enquanto outros adotam a data da aprovação (2013), como referência temporal para a Estratégia. Neste trabalho, será adotada a primeira corrente.

³⁴⁷ Apresentação da PND e END, submetidas pela Presidência da República à apreciação do Congresso Nacional por meio da Mensagem nº 83, de 2012.

³⁴⁸ publicado em 11 de dezembro de 2009, DOU nº 237, seção 1, p.38. O Sistema de Planejamento Estratégico de Defesa foi estabelecido em 2009, quando vigia a Política de Defesa Nacional (2005) e a Estratégia Nacional de Defesa (2008).

³⁴⁹ publicado em 21 de dezembro de 2011, DOU nº 244, seção 1, p.23.

conduzido conjuntamente e de forma coordenada com a nova metodologia do SISPED, particularmente nas áreas de interesses comuns.

A elaboração dos documentos de defesa segue o modelo *top-down* (de cima para baixo), que tem por objetivo o alinhamento estratégico dos objetivos das políticas nacionais com as ações e diretrizes estratégicas nacionais, que servirão de base para a formulação de políticas e estratégias setoriais, no âmbito das instituições governamentais (ministérios, secretarias, agências, bancos de fomento, etc), como é o caso da política de aquisição de defesa. Atualmente, o MD possui dezesseis políticas setoriais, sendo três voltadas para a aquisição de produtos de defesa: i) a Política Nacional da Indústria de Defesa (2005)³⁵⁰, ii) a Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional (2004)³⁵¹ e iii) a Política e Diretrizes de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Ministério da Defesa (2002)³⁵².

Seguindo a lógica apresentada, teremos dois grandes âmbitos de desdobramento da política: i) o interministerial, com a PND (objetivos nacionais de defesa) e a END (ações estratégicas de defesa), e o ii) ministerial, com a Política Setorial de Defesa (objetivos setoriais de defesa) e Estratégia Setorial de Defesa (ações setoriais de defesa), que se desdobrarão em dois planos setoriais: o Plano Estratégico de Emprego Conjunto das Forças Armadas (PEECFA), voltado para o emprego militar, e o Plano Estratégico de Defesa (PED), voltado para a Administração Central do MD.³⁵³ Na figura a seguir, pode-se verificar o alinhamento estratégico de todos os objetivos, ações e diretrizes, no âmbito do MD.

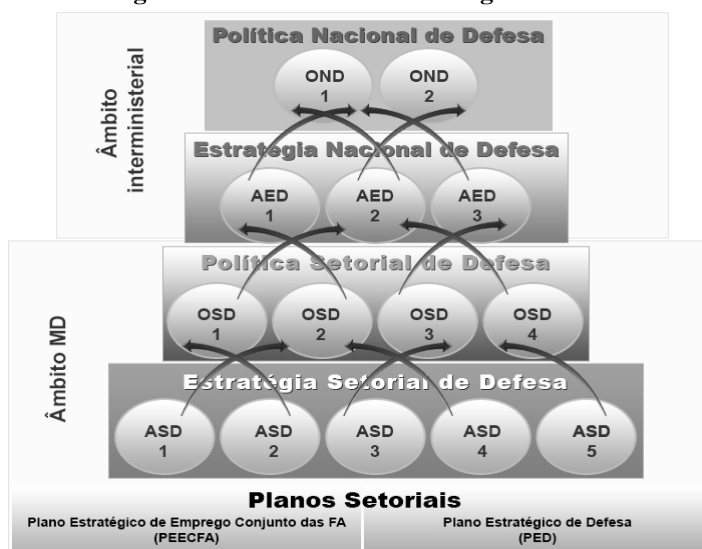
³⁵⁰ Portaria Normativa Nº 899/MD, de 19 de julho de 2005, que aprova a Política Nacional da Indústria de Defesa – PNID

³⁵¹ Portaria Normativa nº 764/MD, de 27 de dezembro de 2002, que aprova a Política e Diretrizes de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Ministério da Defesa

³⁵² Portaria Normativa nº 1.317/MD, de 04 de novembro de 2004, que aprova a Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional.

³⁵³ Assessoria de Planejamento do Ministério da Defesa.

Figura 2.1 – alinhamento estratégico do MD



Fonte: Assessoria de Planejamento do Ministério da Defesa

Na figura 2.1, como já dito, pode se perceber o alinhamento estratégico entre as Políticas e Estratégias Nacionais de Defesa e as Políticas setoriais decorrentes, no âmbito do MD. As ações setoriais de defesa (ASD) estão alinhadas aos Objetivos Setoriais de Defesa (OSD), que por sua vez se ligam às ações estratégicas de defesa (AED), estabelecidos na END e aos Objetivos Nacionais de Defesa (OND), fixados na PND.

De maneira análoga, os Comandos da Marinha, do Exército e Aeronáutica, bem como o Ministério da Fazenda, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, terão que regulamentar os objetivos e ações estratégicas para a indústria de defesa, por meio de políticas e estratégias setoriais e planos estratégicos, pois as Pastas possuem responsabilidades e atribuições estabelecidas nos documentos nacionais de defesa.³⁵⁴

³⁵⁴Os Ministérios e Comandos citados fazem parte da Comissão Mista da Indústria de Defesa – CMID, que tem por finalidade assessorar o Ministro de Estado da Defesa, em processos decisórios e em proposições de atos relacionados à indústria nacional de defesa. Artigo 2º do [Decreto Nº 7.970, de 28 de março de 2013](#).

2.4.1 – Aquisições de defesa na Política Nacional de Defesa

A Política Nacional de Defesa (PND), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013, em sua introdução afirma que a PND é “o documento condicionante de mais alto nível do planejamento das ações destinadas à defesa nacional coordenadas pelo Ministério da Defesa (MD)”³⁵⁵, pressupõe que a defesa do País é inseparável do seu desenvolvimento, fornecendo-lhe o indispensável escudo.

No que se refere à política de aquisição de defesa, a PND analisa três ambientes geopolíticos, a fim de estabelecer os objetivos nacionais de defesa para o tema: internacional, regional e nacional. Ao analisar o ambiente internacional, a PND afirma que para se alcançar o desenvolvimento e a autonomia nacional, o País deve ter o domínio crescente e autônomo de tecnologias consideradas sensíveis, elegendo três setores estratégicos: espacial, cibernético e nuclear.³⁵⁶ Em relação ao ambiente regional e o entorno estratégico, a PND defende que a integração das bases industriais de defesa é um dos fatores, entre os seis elencados, que contribuem para reduzir a possibilidade de conflitos no entorno estratégico.³⁵⁷ Já no âmbito nacional, a Política destaca a necessidade de atualização permanente e o aparelhamento das Forças Armadas, enfatizando o apoio à ciência e tecnologia, que irá proporcionar o desenvolvimento da indústria nacional de defesa, e a conseqüente redução da dependência tecnológica e superação de barreiras unilaterais de acesso a tecnologias sensíveis.³⁵⁸

Da avaliação dos ambientes descritos, emergem onze objetivos nacionais de defesa, sendo um deles específico atribuído ao desenvolvimento da indústria nacional de defesa, visando à obtenção da autonomia em tecnologias indispensáveis.³⁵⁹ No capítulo final, ao estipular vinte e duas recomendações, a PND reserva duas dessas ao desenvolvimento da indústria de defesa. A primeira delas refere-se aos produtos de defesa, que devem ser “apoiados em tecnologias sob domínio nacional obtida mediante estímulo e fomento dos setores industrial e acadêmico”, buscando-se o desenvolvimento de produtos apoiados em tecnologias de uso dual.³⁶⁰ Já a segunda recomendação tem por finalidade incentivar a

³⁵⁵PND, 2013, introdução.

³⁵⁶PND, 2013, capítulo 3, ambiente internacional, tópico 3.6.

³⁵⁷PND, 2013, capítulo 4, o ambiente regional e o entorno estratégico, tópico 4.3.

³⁵⁸PND, 2013, capítulo 5, o Brasil, tópico 5.13.

³⁵⁹PND, 2013, capítulo 6, objetivos nacionais de defesa, tópico IX.

³⁶⁰PND, 2013, capítulo 7, recomendações, tópico 7.7.

integração da indústria de defesa sul-americana, por meio de medidas que proporcionem desenvolvimento mútuo, bem como capacitação e autonomia tecnológicas.³⁶¹

2.4.2 – Aquisições de defesa na Estratégia Nacional de Defesa

A END, aprovada no mesmo decreto da PND, propõe num capítulo específico, que a Estratégia de Defesa é inseparável da estratégia nacional de desenvolvimento, sendo esta motivadora daquela e aquela escudo para esta. Construindo o seu próprio modelo de desenvolvimento, o País terá como dizer não, quando tiver que dizer não. Afirma ainda que projeto forte de defesa favorece projeto de desenvolvimento, que deve ser guiado pela independência de investimentos estrangeiros, aproveitando-se desse quando existir, independência tecnológica, principalmente naquelas sensíveis, destacando os setores espacial, cibernético e nuclear e independência pela democratização de oportunidades educativas e econômicas e pela ampliação da participação popular nos processos decisórios.³⁶²

A END pauta-se por vinte e cinco diretrizes, das quais, duas tratam da política de aquisição de produtos de defesa, através de ações que desenvolvam a BID. Alinhada com a recomendação disposta no tópico 7.8 da PND, a diretriz dezoito da END orienta no sentido de estimular a integração da América do Sul, por via da cooperação militar regional e integração das BID sul- americanas, que será responsabilidade do Conselho de Defesa Sul-Americano em fomentar, fundamentado no princípio da cooperação.³⁶³

Da mesma forma, há o alinhamento da diretriz 22 da END com a recomendação prevista no tópico 7.7, da PND, que direciona as ações estratégicas visando à capacitação da BID para que conquiste autonomia em tecnologias indispensáveis à defesa, com um conjunto das seguintes ações:

i) a fim de proteger as empresas privadas nacionais de produtos de defesa face ao imediatismo mercantil, assegurando a continuidade das compras públicas, serão constituídos *regimes jurídico, regulatório e tributário especiais*, tendo como contrapartida, o poder estratégico que o Estado exercerá sobre tais empresas, por meio de um conjunto de instrumentos de direito público e privado.

³⁶¹PND, 2013, capítulo 7, recomendações, tópico 7.8.

³⁶²END, 2013, capítulo END e Estratégia Nacional de Desenvolvimento.

³⁶³END, 2013, capítulo Diretriz da END, tópico 18.

ii) o setor estatal de produto de defesa terá por missão o desenvolvimento no teto tecnológico, desenvolvendo tecnologias que o setor privado não possam alcançar ou obter, a curto ou médio prazo, de maneira rentável.

iii) centralização, no MD, da formulação e a execução da política de obtenção de produtos de defesa, sob a responsabilidade da Secretaria de Produtos de Defesa, admitida a delegação na sua execução.

iv) A estratégia em relação à exportação é de incentivo à competição em mercados externos, objetivando o aumento da escala de produção e a conseqüente redução de custos. Para esse fim, a consolidação da União das Nações Sul-Americanas (UNASUL) poderá permitir o desenvolvimento da produção de defesa em conjunto com outros países da região, atenuando a tensão entre o requisito da independência em produção de defesa e a necessidade de compensar custo com a produção em escala.

v) como modo de eliminação da dependência de serviços e produtos importados, serão buscadas parcerias com outros países, com o propósito de desenvolver a capacitação tecnológica e a fabricação de produtos nacionais.

vi) As parcerias, sempre que possível, serão construídas como expressão de associação mais abrangente entre o Brasil e o país parceiro, manifestada em colaborações de defesa e de desenvolvimento, motivadas por ordens de natureza nacional, com o desenvolvimento econômico socialmente incluyente, e internacional, com o objetivo de melhor representação dos países emergentes nas organizações internacionais e sua reestrutura, para que se tornem mais abertas às divergências, às inovações e aos experimentos.

vi) no desenvolvimento de produtos de defesa, deverá ser sempre buscado o desenvolvimento de materiais de uso dual.

No capítulo que enumera os eixos estruturantes da END, a reorganização da BID está disposta no segundo eixo, com o propósito de que o atendimento às necessidades de produto de defesa por parte das FFAA apóie-se em tecnologias sob domínio nacional, preferencialmente as de emprego dual, civil e militar. Os outros dois eixos dizem respeito à organização das FFAA, com suas atribuições na paz e na guerra, e a composição dos efetivos, abordando a questão do Serviço Militar Obrigatório.³⁶⁴

³⁶⁴END, 2013, capítulo Eixos Estruturantes da END.

O eixo de reorganização da BID é detalhado em capítulo específico da END, dispendo de onze tópicos orientadores para a consecução do objetivo, iniciando o primeiro tópico com a própria definição de BID³⁶⁵ e suas diretrizes para reorganização, que são:

- “i) dar prioridade ao desenvolvimento de capacitações tecnológicas independentes;
- ii) subordinar as considerações comerciais aos imperativos estratégicos;
- iii) evitar que a BID polarize-se entre pesquisa avançada e produção rotineira; e
- iv) usar o desenvolvimento de tecnologias de defesa como foco para o desenvolvimento de capacitações operacionais.”

Nos tópicos seguintes, algumas das ações previstas na diretriz 22 são reiteradas, como o estabelecimento de marco regulatório especial para compras, contratações e desenvolvimento de Prode, o desenvolvimento no teto tecnológico pelas empresas estatais, o incentivo do estado pela busca de mercados externos, a busca de parcerias com outros países (sem ser cliente ou comprador) e as diversas atividades sob responsabilidade da SEPROD/MD.

Outras atividades são previstas no capítulo específico destinado à reorganização da BID, como a necessidade de capacitação de recursos humanos na formação de cientistas, especialmente nas áreas prioritárias nuclear, cibernética e nuclear, bem como o incentivo à interação entre organizações de pesquisa das FFAA, instituições acadêmicas nacionais e empresas privadas brasileiras, no desenvolvimento de tecnologias de fronteira, que terão quase sempre utilidade dual.

Em relação à Ciência, Tecnologia e Inovação na área de defesa, essa se fortalece com a interação com o Plano Brasil Maior³⁶⁶, no qual o Governo federal estabelece sua política industrial, tecnológica, de serviços e de comércio exterior para o período entre 2011 a 2014, cujo objetivo é o estímulo à inovação e à produção nacional para alavancar a competitividade da indústria nos mercados interno e externo. Cabe ressaltar que a iniciativa de parceria entre o Ministério da Defesa e o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação não teve como marco

³⁶⁵“A BID é formada pelo conjunto integrado de empresas públicas e privadas, e de organizações civis e militares, que realizem ou conduzam pesquisa, projeto, desenvolvimento, industrialização, produção, reparo, conservação, revisão, conversão, modernização ou manutenção de produtos de defesa (Prode) no País”. END, 2013.

³⁶⁶ “O Plano Brasil Maior é a política industrial, tecnológica e de comércio exterior do governo federal. O Plano adota medidas importantes de desoneração dos investimentos e das exportações para o enfrentamento da apreciação cambial, de avanço do crédito e aperfeiçoamento do marco regulatório da inovação, de fortalecimento da defesa comercial e ampliação de incentivos fiscais e facilitação de financiamentos para agregação de valor nacional e competitividade das cadeias produtivas.”

O país mobiliza suas forças produtivas para inovar, competir e crescer. “O mercado grande e pujante, o poder de compras públicas criado pelas políticas inclusivas, a extensa fronteira de recursos energéticos a ser explorada, a força de trabalho jovem e criatividade empresarial constituem trunfos institucionais, de recursos naturais e sociais formidáveis para desenvolver um Brasil Maior.”

Disponível em <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128> . Consultado em 15 de julho de 2014.

inicial o Plano Brasil Maior, mas remonta ao documento denominado “Concepção Estratégica para CT&I de Interesse da Defesa”, firmado em 2003, que reconhece nas FFAA, valiosas fontes de aporte científico e tecnológico, fundamentais para a elevação do grau de autonomia do País.³⁶⁷

A segunda parte da END, denominada “medidas de implementação”, divide-se em três partes: i) contexto, enumerando aspectos positivos e vulnerabilidades da atual estrutura de defesa do País, vislumbrando oportunidades a serem exploradas; ii) a aplicação da Estratégia a um determinado espectro, tornando clara a doutrina a ser empregada; e iii) ações estratégicas a serem desenvolvidas para alcançar os objetivos a serem atingidos.³⁶⁸

No que tange a primeira parte, do contexto, a Estratégia não identifica nenhum aspecto positivo em relação à BID ou ao processo de aquisição de defesa, no estágio atual. Em sentido contrário, enumera diversos fatores de vulnerabilidade como, por exemplo, a descontinuidade dos recursos orçamentários alocados para a defesa, desatualização tecnológica de alguns equipamentos das FFAA, dependência em relação a produtos estrangeiros de defesa, estágio da pesquisa científica e tecnológica para o desenvolvimento de produtos de defesa, falta de um plano plurianual para programas de aquisição de Prode e, por último, bloqueios tecnológicos impostos por países desenvolvidos, que retardam os projetos estratégicos de concepção brasileira.³⁶⁹

Em resposta a essas vulnerabilidades, são apresentadas possibilidades como regularidade e continuidade na alocação de recursos orçamentários de defesa, otimização de esforços em Ciência, Tecnologia e Inovação para a Defesa, integração entre as indústrias estatal e privada de Prode, com uma modelagem de participação de cada setor, integração e definição centralizada na aquisição de produtos de uso comum pelas três Forças, compensação tecnológica nos contratos celebrados com empresas estrangeiras, com pesquisa e produção parcial desses produtos no Brasil, fomento da atividade aeroespacial e estreitamento com os países da América do Sul e com os países do entorno estratégico, com objetivo de desenvolver produtos em parceria.

Na segunda parte das medidas de implementação, que trata da aplicação da Estratégia a um determinado espectro, em relação aos processos de aquisição de defesa, a END determina

³⁶⁷Disponível em ftp://ftp.mct.gov.br/Biblioteca/890-Concepcao_estrategica_CTI_defesa_nacional.pdf. Acessado em 16 de julho de 2014.

³⁶⁸END, 2013, segunda parte – Medidas de Implementação.

³⁶⁹END, 2013, segunda parte – Medidas de Implementação, tópico “contexto”.

que alguns equipamentos deverão ser priorizados, na elaboração dos planejamentos de aquisição, sempre com a condicionante da compensação comercial, industrial e tecnológica.

No âmbito das três Forças, deve ser priorizada a aquisição de helicópteros de reconhecimento, transporte e ataque, sendo a condução do processo de aquisição sob a responsabilidade do MD. Já a Marinha deve priorizar a fabricação de submarinos convencionais e de propulsão nuclear, de meios de superfície e aéreos priorizados pela Estratégia. Ao Exército, coube a atribuição de priorizar a aquisição de blindados, de mísseis e radares de defesa antiaérea e o equipamento individual do combatente, bem como sistemas de monitoramento de fronteiras. Na Força Aérea, a prioridade estabelecida refere-se a aquisições de aeronaves de caça e de transporte, assim como armamentos e sistemas de autodefesa, objetivando a auto suficiência na integração destes às aeronaves.³⁷⁰

Concluindo as disposições da Estratégia em relação aos produtos de defesa, a terceira parte das medidas de implementação dispõe sobre as ações estratégicas orientadoras a serem realizadas. Dois tópicos são de interesse da temática “produto de defesa”: o de Ciência, Tecnologia e Inovação e o que aborda a BID.

Em relação ao primeiro tópico, na Estratégia, são estabelecidos diversos fóruns interministeriais com a finalidade de fomentar e desenvolver os produtos e sistemas militares e civis, cujos temas referem-se à formação de parcerias estratégicas com outros países, a busca de mecanismos que assegurem a alocação de recursos financeiros, de forma continuada, atualização do Programa Espacial Brasileiro, atividades nas áreas espacial, nuclear e cibernética e, ao final, a atualização da Política de Ciência, Tecnologia e Inovação para a Defesa Nacional e os instrumentos normativos decorrentes.³⁷¹

No que tange as ações estratégicas da BID, a END destaca o trabalho interministerial que elaborou o marco regulatório, que estabeleceu normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e sistemas de Defesa e sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa, dispostas na Lei 12.598/12. Do trabalho interministerial, ainda se destaca dois aspectos que são a concessão de linha de crédito especial para os produtos de defesa, por intermédio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), e a viabilização de procedimentos de garantias para contratos

³⁷⁰END, 2013, segunda parte – Medidas de Implementação, tópico “Estruturação das Forças Armadas”.

³⁷¹END, 2013, segunda parte – Medidas de Implementação, tópico “Ações estratégicas – Ciência, Tecnologia e Inovação”.

de exportação de produtos de defesa de grande vulto, por meio do Ministério da Fazenda, em consonância com o Decreto Lei nº 1.418, de 3 de setembro de 1975, e com a Lei Complementar 100, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal.³⁷²

Como dito acima, o marco regulatório de incentivo ao setor de defesa é a Lei nº 12.598/12, que foi posteriormente regulamentada pelos Decretos 7.970/13 e 8.133/13. Os decretos dispõem sobre as normas especiais para as compras, contratações de produtos e de sistemas de defesa, além de dispor de regras de incentivo à área estratégica de defesa e de um regime especial de desoneração fiscal em cascata: o Regime Especial Tributário da Indústria da Defesa (RETID).

2.4.3. Políticas setoriais de aquisição de defesa do Ministério da Defesa

Conforme exposto nos tópicos anteriores, a PND é o documento condicionante de mais alto nível de planejamento de ações destinadas à defesa nacional, que estabelecerá objetivos e orientações para o preparo e emprego dos setores militar e civil em todas as esferas do Poder Nacional, sob a coordenação do MD. Nesse sentido, a END atribui uma série de ações a serem realizadas pelos diversos ministérios, citando nominalmente os Ministérios da Defesa, das Relações Exteriores, da Fazenda, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Ciência, Tecnologia e Inovação, dos Transportes, da Integração Nacional, das Comunicações e a Secretaria de Assuntos Estratégicos. Em consequência, cada Pasta irá desdobrar suas responsabilidades em políticas e estratégias setoriais, no âmbito dos seus ministérios.

O MD, a fim de cumprir suas atribuições, possui dezesseis políticas setoriais, sendo três relacionadas ao desenvolvimento da BID e para a aquisição de produtos de defesa, sendo as suas aprovações anteriores à edição da primeira END (2008) e que estão em fase final de revisão. Nesse tópico, serão estudadas as Política e Diretrizes de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Ministério da Defesa (2002), a Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional (2004) e a Política Nacional da Indústria de Defesa (2005).³⁷³

³⁷²END, 2013, segunda parte – Medidas de Implementação, tópico “Ações estratégicas – Base Industrial de Defesa”.

³⁷³Nota: a Política setorial de obtenção de produtos de defesa, estabelecida nas ações estratégicas da END 2013, está em fase de formulação, no âmbito do MD. Fonte: DEPROD/SEPROD/MD.

2.4.3.1. Política e Diretrizes de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Ministério da Defesa (2002)

A utilização de acordos de compensação (*offset agreements*) tem sido amplamente praticada, nas transações de contratações de bens ou serviços de defesa, particularmente após a 2ª Guerra Mundial. O Brasil não esteve alheio a essa abordagem comercial e a vem utilizando há mais de 50 anos, mesmo que de maneira diferenciada, no âmbito das Forças, em razão de que havia uma ampla autonomia administrativa, por se tratarem de instituições com status ministerial até o ano de 1999, quando foi criado o MD. Nesse contexto de alteração das relações de poder civil-militar, foi possível a edição da Portaria Normativa nº 764/MD, de 2002, na qual foram estabelecidas a política e as diretrizes sobre o tema, igualmente válidas para as três Forças.³⁷⁴

Com a aprovação do primeiro marco regulatório no tema, o MD passou a exercer a coordenação estratégica dos acordos de compensação em benefício da indústria de defesa brasileira, estipulando as diretrizes para as três Forças. Apesar de conciso, é bem abrangente e apresenta as principais obrigações tanto ao nível estratégico, ou seja, dos Comandantes Militares, quanto ao nível operacional, na medida em que detalha os procedimentos a serem seguidos quando em processo de negociação de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica.³⁷⁵

Apesar da longínqua prática de compensações nas contratações, o Brasil comprava equipamentos militares na base de “escambo”, permutando submarinos italianos por café, antes da segunda Guerra Mundial, jatos britânicos por algodão, após dela, situação que perdurou até os tempos recentes, quando no governo Lula, chegou-se a especular em trocar caças por frangos. A política de compensação estabelecida pelo MD destacou a prática do *offset* como forma de gerar empregos e transferência de tecnologia, utilizando-se do poder de compras estatal e descartando a simples troca de produtos primários.³⁷⁶

³⁷⁴LIMA NETO, Diógenes; ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves de. *A Política de Compensações Comerciais, Industriais e Tecnológicas na Área de Defesa do Brasil: uma década de marco regulatório*. XXXVII Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_APB481.pdf. Acesso em 01 de agosto de 2014.

³⁷⁵LIMA NETO, Diógenes. *A institucionalização do processo de acordos de offset no Comando da Aeronáutica do Brasil*. Dissertação de mestrado. Universidade do Minho, Portugal: 2012, p.23.

³⁷⁶BONALUME NETO, Ricardo. *Ofensiva russa tenta vender armas ao Brasil: Grandes aquisições de equipamentos pela Venezuela são usadas como justificativa para investimentos do país no setor*. Folha de São

Além dessa mudança de pensamento estatal em relação às compensações, no plano normativo, a Política e diretrizes tem seu fundamento constitucional nos mandamentos dos artigos 218 e 219, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que o Estado deverá promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica, bem como o mercado interno e, ao integrar o patrimônio nacional, será incentivado de modo a viabilizar a autonomia tecnológica do País.

As edições da END, de 2008 e 2013, ratificaram o entendimento disposto na Política e Diretrizes de Compensação do MD, ao ser claro em afirmar que na busca por parcerias com outros países, deve se ter como objetivo o desenvolvimento da capacitação tecnológica nacional, de modo a reduzir progressivamente a compra de produtos e serviços acabados no exterior. Esse objetivo deve estar explícito nas transações com os interlocutores estrangeiros, que devem ter o entendimento de que o Brasil está mais interessado no desenvolvimento de capacitações independentes, que na compra de produtos e serviços acabados, exigindo que parte substancial da pesquisa e da fabricação seja realizada no País.³⁷⁷

A lei 12.598, de 21 de março de 2012, no seu artigo 4º, inova ao tratar do offset, ao dispor que os editais e contratos que envolvam importação de Prode ou SD disporão de regras definidas pelo MD, quanto a acordos de compensação tecnológica, industrial e comercial, devendo constar a exigência de apresentação de Plano de Compensação que explicita o objeto da compensação, o cronograma e o detalhamento da possível inovação. A regra somente poderá ser excepcionada, se caracterizada a urgência ou relevância da operação. Na hipótese de dispensa do Plano, o MD poderá exigir que a importação de PED seja feita com envolvimento de EED capacitada a realizar ou conduzir, em território nacional, no mínimo, uma das atividades previstas na alínea *a* do inciso IV do caput do art. 2º.³⁷⁸

Como política setorial, estão dispostos na Política e Diretrizes de Compensação, os objetivos (art. 2º), as estratégias (art. 3º), o gerenciamento (art. 4º) e as diretrizes gerais (arts. 5º ao 20) de compensação comercial, industrial e tecnológica, no âmbito do Ministério da Defesa, que tem por destinação o desenvolvimento da BID.

Paulo, 19 de novembro de 2007, p. A12. Disponível em <http://acervo.folha.com.br/fsp/2007/11/19/2>. acessado em 30 de maio de 2014.

³⁷⁷ END, 2013, 1ª parte - capítulo “a reorganização da Base Industrial de Defesa: desenvolvimento independente.”

³⁷⁸ BRASIL. lei 12.598, de 21 de março de 2012.

As diretrizes se aplicam aos órgãos do MD, que celebrem contratos de importação de produtos de defesa, devendo existir um órgão coordenador em cada uma das Forças, sendo obrigatória a celebração de acordo de compensação, nas compras superiores a cinco milhões de dólares, em uma única compra ou cumulativamente no prazo de doze meses. A contrapartida, sempre que possível, deve corresponder a cem por cento do valor da aquisição e deve ter sua duração coincidente com o tempo da contratação.³⁷⁹

Da mesma forma, as proposições de compensação devem estar publicadas desde o início da negociação e como parte integrante de todos os documentos da negociação, configurando-se em critério de seleção da melhor proposta. O critério de julgamento se baseará em benefícios decorrentes nos termos de transferência de tecnologia, investimentos financeiros na indústria brasileira, na co-produção dos equipamentos, nacionalização da manutenção, treinamento de pessoal e exportação do produto fabricado.³⁸⁰

No âmbito das Forças Armadas e relacionado ao tema, são elaborados os planos estratégicos para a celebração de Acordos de Compensação, que tem por fundamento a PND, a END e as políticas e planos setoriais do MD.

Na Marinha do Brasil, o assunto é normatizado pela Portaria nº 286/MB, que aprova a Política de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica da Marinha, de 12 de novembro de 2001, pela Portaria nº 59/MB, que aprova as Diretrizes para a Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica (“*offset*”) da Marinha do Brasil, de 18 de fevereiro de 2010 e pela Portaria nº 180/MB, que dispõe sobre a constituição do Conselho de Compensação da MB (CCMB), de 10 de agosto de 2010. Atualmente, a MB possui 17 (dezesete) contratos de *offset* em vigor, que são acompanhados e aprovados pelo Conselho de Compensação da Marinha do Brasil (CCMB), sendo: 13 (treze) no setor da Diretoria Geral do Material da Marinha (DGMM); 03 (três) do Comando Geral do Corpo de Fuzileiros Navais (CGCFN); e 01 (um) na área da Secretaria Geral da Marinha (SGM).³⁸¹

O Exército Brasileiro regulamentou as atividades pertinentes aos Acordos de Compensação por meio da Portaria nº 201/EME, de 26 de dezembro de 2011, que aprovou as Normas para Gestão de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica, no

³⁷⁹Brasil. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 764, de 27 de dezembro de 2002.

³⁸⁰Idem.

³⁸¹TAVARES, Daniel de Mello Barreiro; SILVA, Anderson Chaves; CORRÊA, Marcos Gomes. *Offset: Os Impactos da Lei nº 12.598/2012 nas Importações de Produtos e Sistemas de Defesa pela Marinha do Brasil*. XXXVIII Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, setembro de 2014. Disponível em http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2014_EnANPAD_APB1509.pdf. Acesso em 30 de setembro de 2014.

Exército Brasileiro. Dentre as diversas disposições, destaca-se a criação do Sistema de Gestão de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Exército Brasileiro (SISGAC), da Comissão Permanente de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica³⁸² e do Instituto de Fomento e Inovação do Exército (IFIEx), do Departamento de Ciência e Tecnologia.³⁸³

Dentre as três Forças, a Força Aérea Brasileira foi a primeira a utilizar e institucionalizar o processo de implementação de acordos de contrapartida e, seguramente, é a que possui maior expertise, por conta da alta tecnologia comumente envolvida na aviação militar, associada ao valores usualmente altos de aeronaves, bens e serviços correlatos, com constantes aquisições complexas e de alto valor monetário.³⁸⁴

Num primeiro momento, a FAB editou em 1991, a política de offset da Aeronáutica, que foi posteriormente atualizada em 2005, com a edição da Diretriz do Comando da Aeronáutica (DCA) 360-1 “Política e Estratégia de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica da Aeronáutica”. Foram editados ainda, mais documentos, a Instrução do Comando da Aeronáutica (ICA) 360-1 “Preceitos para a Negociação de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica na Aeronáutica” e a Portaria N° 1.396/GC4, de 13 de dezembro de 2005, instituindo o Comitê de Compensação da Aeronáutica, vinculado ao Estado-Maior da Aeronáutica (EMAER).

Pelas especificidades já apresentadas nas aquisições da FAB, o modelo de Ciclo de Vida³⁸⁵ torna-se requisito obrigatório no processo decisório de formulação do Acordo de Compensação. A Força Aérea, ao identificar uma necessidade de qualquer sistema aero espacial (aeronave, armamento, veículo lançador, outros) para o cumprimento de sua missão, procede de acordo com o modelo de Ciclo de Vida, que está regulamentado pela Diretriz do Comando da Aeronáutica - Ciclo de Vida de Sistemas e Materiais da Aeronáutica - DCA400-

³⁸²A Comissão Permanente de Compensação será composta por representantes de Órgãos de Direção Setorial adquirentes e beneficiários de Acordos de Compensação e da IMBEL.

³⁸³O IFIEx é o órgão técnico consultivo de suporte para o mapeamento das possibilidades de compensação comercial, industrial e tecnológica no âmbito do Exército e para o acompanhamento e fiscalização da execução dos Acordos de Compensação.

³⁸⁴LIMA NETO, Diógenes. A institucionalização do processo de acordos de offset no Comando da Aeronáutica do Brasil. Dissertação de mestrado. Universidade do Minho, Portugal: 2012, resumo. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/20761>. Acesso em 01 de setembro de 2014.

³⁸⁵Modelo que se constitui em uma seqüência de eventos ou atividades que contém todos os aspectos a serem observados ao se procurar satisfazer determinada necessidade operacional. No modelo de ciclo de vida adotado pela Força Aérea, são observadas as seguintes fases: Concepção; Viabilidade; Definição; Desenvolvimento ou Aquisição; Produção; Implantação; Utilização; Revitalização/Modernização; e Desativação.

6, de 2007.³⁸⁶

2.4.3.2. Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional (2004)

A Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional, aprovada pela Portaria Normativa nº 1.317/MD, de 04 de novembro de 2004, teve a sua elaboração lastreada no documento denominado “Concepção Estratégica – Ciência, Tecnologia e Inovação de Interesse da Defesa Nacional³⁸⁷, de 2003, confeccionado em conjunto pelo MD e MCTI, que criou o Sistema de Ciência, Tecnologia e Inovação de Interesse da Defesa Nacional (SisCTID), atribuindo competências e responsabilidades setoriais às duas Pastas, com a identificação de ações estratégicas de C,T&I para o País, em consonância com as metas estabelecidas no Livro Branco de C,T&I, sob coordenação do MCTI.³⁸⁸

A aprovação da política setorial do MD está inserida no contexto do SisCTID, que com sua criação, tornou-se o ponto de inflexão na pesquisa e desenvolvimento militar, com a interseção da inovação pesquisada e desenvolvida nas três Forças Armadas (MD) e o conhecimento gerado nas universidades e institutos de pesquisas civis (MCTI).³⁸⁹

As instituições que tem suas atividades reguladas pela Política de C,T&I para a Defesa Nacional, devem observar as seguintes finalidades dispostas no documento: i) apresentar os objetivos estratégicos para os componentes e órgãos de expressão militar do Poder Nacional; ii) orientar as instituições que venham a participar de atividades de ciência, tecnologia e inovação de interesse da Defesa; iii) criar um ambiente capaz de estimular a pesquisa e o aproveitamento do conhecimento científico existente; iv) fomentar o desenvolvimento

³⁸⁶AFFONSO, José Augusto Crepaldi. Política de offset da aeronáutica no âmbito da estratégia nacional de defesa. 2012

Artigo disponível em <http://www.defesanet.com.br/photo/HO/senado/jose_augusto_crepaldi.pdf>. Acesso em 30 ago. 2014.

³⁸⁷Concepção Estratégica – Ciência, Tecnologia e Inovação de Interesse da Defesa Nacional. 2003. Disponível em ftp://ftp.mct.gov.br/Biblioteca/890-Concepcao_estrategica_CTI_defesa_nacional.pdf . Acesso em 01 de setembro de 2014.

³⁸⁸Além da Concepção Estratégica e do Livro Branco de Ciência, a Política de C,T&I do MD, no seu artigo 3º, dispõe que essa tem como fundamentos legais (sic), a Constituição Federal (Arts 218 e 219) e a Política de Defesa Nacional (1996).

³⁸⁹ OLIVEIRA, José Edimar Barbosa. *Ciência, tecnologia e inovação em áreas de interesse da defesa*. Artigo online disponível em

< http://www.defesa.gov.br/arquivos/pdf/ciencia_tecnologia/palestras/ctidefesa.pdf>. Acesso em 02 set. 2014.

industrial; e v) gerar produtos inovadores alinhados aos interesses comuns das Forças Armadas.³⁹⁰

Ainda como orientação da política setorial de C,T&I de defesa, todos os objetivos e diretrizes devem seguir os pressupostos básicos que almejem o domínio de tecnologias que atendam às necessidades da Defesa Nacional, a contribuição para o fortalecimento da indústria nacional, o reconhecimento institucional, no Brasil e no exterior, e a gestão eficiente e eficaz dos meios disponíveis. Assim sendo, são enumerados dez objetivos, com suas respectivas diretrizes (anexo), que explicitam as ações a serem implementadas para se alcançar os objetivos propostos pela Política.

Como parte do alinhamento estratégico no tema, a Política dispõe que os Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica deverão estabelecer políticas específicas para a implementação da Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional, no âmbito das Forças.

Com o objetivo de integrar a política setorial do MD com a de outros Ministérios, outras iniciativas normativas foram estabelecidas, como, por exemplo, a Portaria Interministerial MCT/MD nº 750, de 20 de novembro de 2007, que instituiu parceria entre o MCT e o MD visando viabilizar soluções científico-tecnológicas e inovações para o atendimento das necessidades do País atinentes à defesa e ao desenvolvimento nacional. Como consequência da elaboração da Portaria Interministerial, destaca-se a criação da Comissão Técnica Interministerial composta por dois representantes do MD, dois representantes do MCTI; um representante do Comando da Marinha, um representante do Comando do Exército, um representante do Comando da Aeronáutica; e um representante da Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar.³⁹¹

Atualmente, a política setorial do MD para C,T&I está em revisão, no intuito de se alinhar aos mandados da PND e END (2013), ao Plano Brasil Maior (2011) e à Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (2012 – 2015), que elege como prioritário o Complexo Industrial de Defesa, por se tratar de importante segmento econômico no Brasil, com relevante potencial de contribuição na balança comercial e na abertura de novos mercados com a produção de bens inovadores e de elevada qualidade e tecnologia.

³⁹⁰ BRASIL. Política de Ciência, Tecnologia e Inovação (C, T & I) para a Defesa Nacional, artigo 3º.

³⁹¹ BRASIL, Portaria Interministerial MCT/MD nº 750, de 20 de novembro de 2007.

2.4.3.3. Política Nacional da Indústria de Defesa (2005)

Aprovada pela Portaria Normativa nº 899/MD, de 19 de julho de 2005, a Política Nacional da Indústria de Defesa (Pnid), de maneira bastante concisa (apenas seis artigos), quando da sua edição, apresentou-se como um importante marco regulatório no sentido de salvar os remanescentes de uma próspera indústria de defesa, que teve seu auge nas décadas de 70 e 80, e sua quase extinção na década de 90, em decorrência do fim da Guerra Fria e da falta de visão estratégica e de longo prazo, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, que reduziram aos níveis mínimos, os investimentos em produtos e sistemas de defesa.³⁹²

A política inicia-se com a apresentação das definições de BID e de produto estratégico de defesa, que posteriormente estariam também dispostas na END (2013) e na Lei 12.598/12, bem como estabelece como objetivo geral o fortalecimento da BID brasileira, para a qual concorrem sete objetivos específicos:

- “I – Conscientização da sociedade em geral quanto à necessidade de o País dispor de uma forte BID;
- II – Diminuição progressiva da dependência externa em produtos estratégicos de defesa, desenvolvendo-os e produzindo-os internamente;
- III – Redução da carga tributária incidente sobre a BID, com especial atenção às distorções com relação aos produtos importados;
- IV – Ampliação da capacidade de aquisição de produtos de defesa da indústria nacional pelas Forças Armadas;
- V – Melhoria da qualidade tecnológica dos produtos estratégicos de defesa;
- VI – Aumento da competitividade da BID brasileira para expandir as exportações;
- VII – Melhoria da capacidade de mobilização industrial na BID.”

A fim de que seja implementada a política setorial para a indústria de defesa, são definidas algumas observações que deverão ser seguidas pelos órgãos responsáveis, que são determinações no sentido de que as ações estratégicas devem priorizar a preservação da base industrial já existente, conquistada a duras penas e investimentos públicos, e devem ser indutoras, sem retirar da indústria sua capacidade de empreendimento, suas iniciativas e seus riscos. Outra questão a ser observada é a complementaridade entre as empresas públicas, que devem ter suas atividades voltadas para o desenvolvimento de produtos com baixo retorno financeiro inicial, e as de caráter privado, evitando a concorrência entre os dois segmentos.

³⁹² Política Nacional da Indústria de Defesa. Comentários. UFJF. Disponível em <http://www.ecsedefesa.com.br/arc/Art197.htm>

2.4.4. Plano de Articulação e Equipamento de Defesa (PAED)

Conforme o alinhamento estratégico e normativo, regulamentado pelo Sistema de Planejamento Estratégico de Defesa (SISPED), os planos setoriais são formulados com base nos objetivos e nas ações, estabelecidas nas políticas e estratégias nacionais e setoriais de defesa. O Plano de Articulação e Equipamento de Defesa (PAED), que teve o seu Grupo de Trabalho instituído pela Portaria n° 3.907/MD, de 19 de dezembro de 2011, destaca-se como instrumento orientador e consolidador das demandas das Forças, aspecto fundamental para subsidiar os planejamentos de curto, médio e longo prazo, relativos ao ciclo de vida dos Produtos e Sistemas de Defesa. Associada à destinação de recomposição da capacidade operativa das Forças, o Plano também tem por objetivo a busca de autonomia tecnológica e ao fortalecimento da indústria de defesa nacional.³⁹³

Segundo a portaria, o PAED deverá observar uma projeção de vinte anos, a contar de 2012, considerando as seguintes projeções temporais: curto prazo (de 2012 a 2015); médio prazo (de 2016 a 2023) e longo prazo (de 2024 a 2031). O estabelecimento do planejamento de compras no PAED servirá como instrumento orientador dos respectivos planos orçamentários de curto, médio e longo prazo, o que possibilitará o abarcamento de encomendas regulares que contribuirão para sustentação e ampliação da BID.

A política industrial de defesa pode ser definida, como:

A prioridade em termos de política industrial para a área de defesa deve, por um lado, estruturar múltiplas indústrias voltadas para as necessidades do campo, nos pequenos centros urbanos imersos na área rural; e, por outro, de indústrias que desenvolvam atividades civis e militares vinculadas a mísseis guiados, como miniaturização eletrônica e mecânica, propelentes, explosivos, cartografia digitalizada e outras tecnologias, nas áreas urbanas mais desenvolvidas do país. Só com esta autonomia estratégica, ou seja, com capacidade de produzirmos o necessário para nos defender é que tem sentido falar-se em política de defesa.³⁹⁴

A END ao estabelecer como prioritários e estratégicos os setores espacial, cibernético e nuclear, impôs ao PAED a exigência de um planejamento de projeção temporal de longo prazo, para a execução de seus projetos. Para se atingir esse objetivo faz-se necessário o aporte orçamentário correspondente, de forma continuada, pois somente com estabilidade, previsibilidade e fluxos contínuos de recursos se fortalecerá a indústria de defesa nacional.³⁹⁵

³⁹³ Ministério da Defesa. PAED. Disponível em <http://www.defesa.gov.br/index.php/industria-de-defesa/paed>. acessado em 10 de setembro de 2014.

³⁹⁴ COSTA, Darc. *Fundamentos para o Estudo da Estratégia Nacional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 489.

³⁹⁵ Ministério da Defesa. PAED - longo prazo. Disponível em < <http://www.defesa.gov.br/industria-de-defesa/paed/horizonte-de-longo-prazo> > Acesso em 10 de setembro de 2014.

Assim sendo, com uma previsão orçamentária mais próxima da realidade, o PAED contribuirá para uma melhor previsão das demandas produtivas e para a garantia da continuidade das encomendas, bem como para a estabilidade econômica e financeira da maioria das empresas da BID. Esse aspecto, aliado a outras medidas mitigadoras voltadas à exigência de adoção progressiva de conteúdo nacional, tende a garantir a manutenção das capacitações produtivas e inovadoras brasileiras.³⁹⁶

O documento que institui o GT define ainda que, na elaboração do PAED, além da articulação e equipamentos das Forças Armadas, deverão ser analisados os seguintes aspectos, dentre outros:

- I - pesquisa, desenvolvimento e ensino;
- II - força de trabalho decorrente da evolução do PAED;
- III - manutenção operativa;
- IV - recuperação da capacidade operacional;
- V - harmonização dos projetos apresentados pelas Forças;
- VI - preferência de aquisição de produtos de defesa no Brasil;
- VII - transferência de tecnologia quando a aquisição for realizada no exterior; e VIII - compras de oportunidade, preferencialmente, deverão estar amparadas nos meios previstos no PAED.³⁹⁷

A elaboração e implantação do PAED contribuem para aproximar o Brasil da situação existente nos países desenvolvidos, entretanto não se constitui em solução única, em razão da instabilidade e da relativa modéstia fiscal do orçamento da Defesa. Em contrapartida, há de se acelerar o enraizamento das competências tecnológicas em empresas rentáveis e competitivas, assegurando, assim, que a BID tenha uma parte crescente e cada vez de mais alto valor adicionado das demandas do PAED. Para tanto, é necessário avançar com mecanismos capazes de alavancar a demanda corrente existente e permitir que a BID opere à sua frente, tanto em escala como em nível tecnológico.³⁹⁸

Além da atenção com o reequipamento das Forças, o PAED tem no seu escopo os investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação, com a conseqüente integração entre indústria e universidades, em virtude do pressuposto da modernização dos meios militares, a partir de produtos de defesa com tecnologia sob controle brasileiro, o que exige capacitação da indústria nacional de defesa e autonomia tecnológica em longo prazo.

³⁹⁶ BRASIL. Ministério da Defesa. Minuta do PAED. Capítulo 6: a BID.

³⁹⁷ BRASIL. Ministério da Defesa. Portaria n° 3.907/MD, de 19 de dezembro de 2011.

³⁹⁸ BRASIL. Ministério da Defesa. Minuta do PAED. Capítulo 6: a BID.

CAPÍTULO 3. O MICROSSISTEMA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE DEFESA

Vários termos são utilizados nos trabalhos científicos para se referir às aquisições e processos envolvendo produtos ou sistemas de defesa, como *military procurement*, *weapons procurement*, *defense procurement*, *arms procurement*, entre outros. Como visto no primeiro capítulo, um microssistema jurídico se verifica em razão da instalação de nova ordem protetiva sobre determinado assunto, geralmente através de leis especiais resultado de um desenvolvimento da matéria codificada, com lógicas próprias e autônomas.

No Brasil, esperava-se que a Lei nº 8.666/93 significasse uma condensação da matéria num único diploma legal, comum tratamento jurídico que pretendia ser completo e sem necessidade de integrações, esgotando-se tudo o quanto dissesse respeito a licitações e contratos administrativos. Todavia, após mais de vinte anos, a prática demonstrou que em face de inapeláveis particularidades que cada mercado e cada contratação pública possuem, por mais completa, extensa e analítica que fosse

Nesse sentido, o microssistema especial em matéria das contratações de defesa surgiu como resultado da observação e consideração das particularidades do mercado e da política de condução do desenvolvimento da indústria de defesa doméstica, com a opção pelo tamanho da nacionalização do setor, o que só pode ser realizado pelo Estado, através dos marcos regulatórios.

Assim, a edição da Lei nº 12.598/12, que estabelece o regime especial de contratação de produtos e sistemas de defesa, torna-se o núcleo desse microssistema no âmbito nacional, sob a perspectiva de formular um novo plano normativo e especial de contratação pública, bem como de instrumento adequado para a efetivação da política pública de defesa.

Logo, o microssistema de aquisições de defesa está inserido numa política pública de aquisições. Dessa contratação, emerge o seguinte questionamento que irá permear todo o estudo do tema: a política de aquisição de defesa visa adquirir equipamentos eficientes para a defesa nacional ou a prossecução de objetivos econômicos e sociais mais amplos, incluindo a proteção e desenvolvimento da BID nacional?

3.1. A economia e a estrutura do mercado de defesa

Importante se faz o estudo da economia de defesa, como subcampo da economia, através do raciocínio e métodos econômicos, pois esse ramo se difere dos outros, por pelo menos três motivos: o conjunto de agentes envolvidos (atores públicos e privados), o arranjo institucional do sistema de defesa (práticas contratuais e escolha do contratado, p ex.) e o conjunto de questões envolvidas, que são únicas do setor, como a repartição de encargos numa aliança militar, os efeitos da modelagem do contrato nas aquisições, o impacto dos investimentos militares no crescimento econômico e as conseqüências econômicas derivadas das disposições dos tratados de controle de armas e bens sensíveis.³⁹⁹

A ciência econômica tem por objeto de estudo a alocação eficiente de recursos escassos entre diversos propósitos ou fins, assim como a distribuição desses entregáveis e a estabilização e o desenvolvimento de todo o sistema de alocação. A tomada de decisão de alocação dos recursos é realizada baseada em conceitos macroeconômicos, que tem por objetivo agregar o comportamento e questões econômicas, que envolvem toda economia (inflação, desemprego, crescimento) e microeconômicos, que analisa as decisões econômicas em relação aos agentes que compõem o sistema (empresas, consumidores, indústrias). Ambos os tipos de análise econômica são importantes para a economia de defesa, pois qualquer benefício disposto na política de defesa e no seu marco regulatório (regime especial de licitação, p. ex.) repercutirá na microeconomia (indústria de defesa, p. ex.) e na macroeconomia (geração de emprego e desenvolvimento do PIB, p. ex.).⁴⁰⁰

Dessa forma, a economia de defesa pode ser compreendida como a soma das atividades públicas e privadas, com o intuito de prover o material necessário às forças armadas, incluindo o planejamento da aquisição e definição do objeto, pesquisa e desenvolvimento, avaliações, produção e manutenção desses equipamentos. O relacionamento entre os atores e atividades é organizado formalmente, por meio das regras contratuais estabelecidas, que regularão o comportamento da indústria de defesa. Informalmente, a relação é formada pelas reuniões entre representantes das indústrias de defesa e os burocratas

³⁹⁹ Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 1.

⁴⁰⁰HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp 3-4.

do Ministério da Defesa, ou órgão similar, bem como o lobby nos parlamentos e o emprego de ex-militares e ex-servidores civis em empresas de defesa.⁴⁰¹

O estabelecimento de políticas industriais por intermédio dos contratos públicos é, freqüentemente, realizada no domínio da indústria de defesa, pois seu mercado é quase residual, sendo o Estado responsável pela maioria das aquisições. Pelas suas especificidades, o Estado impõe o poder de mercado, estabelecendo regimes jurídicos excepcionais, em que há um número grande de restrições comerciais. Representando uma parte significativa da despesa pública, a confidencialidade que envolve as aquisições militares faz com que a análise da eficiência da despesa pública seja ignorada, mesmo com a consciência que os critérios de avaliação diferenciam significativamente dos critérios das despesas públicas civis.⁴⁰²

Logo, o Governo pode determinar a dimensão da indústria de defesa nacional, a sua estrutura, as barreiras à entrada e saída, a atuação em relação à pesquisa, desenvolvimento e inovação e a capacidade de gerar lucros, análise do progresso técnico e capacidade exportadora.⁴⁰³ Assim, o Estado pode e deve tomar a iniciativa, por meio de ações que motivem os movimentos da indústria nacional, decidindo por qual tipo de estrutura tecnológica e industrial deseja obter.⁴⁰⁴

Mesmo com todo o poder estatal, pode haver também outra imperfeição do mercado, caracterizado pelo monopólio de demanda, já que, principalmente em países pequenos ou em desenvolvimento, geralmente só há um vendedor por linha de fornecimento. Em razão de duas dimensões da contratação de defesa, do escopo e da escala do projeto, produtos poderão ser segmentados em diversos contratos, alargando as chances dos pequenos produtores, ou aglutinados em um único, favorecendo grandes indústrias. Dessa conjunção de fatores, um número maior ou menor de companhias poderá participar da concorrência ao

⁴⁰¹COWEN, Regina H.E. *Defense procurement in the Federal Republic of Germany*. Colorado, USA. Westview press, 1986, p. 191.

⁴⁰² RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Lisboa: Almedina, 2013, pp. 485-486. No mesmo sentido, sobre a aquisição de defesa como instrumento de desenvolvimento de política industrial, ver MOLAS-GALLART, J. *Defence procurement as an industrial policy tool: the spanish experience*. *Defence and peace economics*, v.9, n. 1-2, p. 63-81, 1998.

⁴⁰³ HARTLEY, Keith. *The economics of European defense procurement*, in Jurgen BRAUER e Keith HARTLEY (orgs), *the economics of regional security*. Harwood academic publishers, Amsterdã, 2000, p. 10.

⁴⁰⁴ GANSLER, J.S.. *Needed: a US defense industrial strategy*. *International security*, v.12, n.2, p. 45-62, Fall 1987.

contrato.⁴⁰⁵ Assim, o mercado pode ser altamente concentrado, podendo o Estado contribuir para essa contratação em razão da sua escolha pública de política de contratação, resultando na disputa das grandes indústrias pelo contrato inicial de grandes projetos de produtos ou de sistemas.⁴⁰⁶

Ainda em relação aos países em desenvolvimento, outra questão é posta: a decisão sobre quantidade versus qualidade dos produtos de defesa e sua relação com a efetividade da política de defesa. Em outras palavras, se a opção ótima está entre comprar ou produzir produtos e sistemas de defesa de baixo valor tecnológico agregado, mas em grande quantidade, em detrimento de ter pouco material bélico, todavia com alto grau de inovação tecnológica. A opção pelo primeiro modelo de compras tem como desvantagem, os possíveis benefícios à indústria civil pelos *spinoffs* da pesquisa e desenvolvimento de produtos militares. Nos países mais desenvolvidos, os orçamentos de defesa geralmente não são limitadores de grandes projetos de desenvolvimento de novas tecnologias de defesa, sendo, na maioria dos casos, a falha no desempenho dos protótipos desenvolvidos, a causa dos encerramentos desses projetos.⁴⁰⁷

No que se refere ao produto da política de defesa, por ser não-exclusivo e não-rival, é objeto da economia pública, pela razão desse ramo estudar a distribuição de bens públicos, que no caso da defesa, pode ser interno ou externo (entre nações). A economia de defesa se interessa pelo estudo das externalidades, pelo fato de que a ação de um agente repercute no bem-estar de outro, sem significar uma compensação decorrente. Uma dessas externalidades é a corrida armamentista de uma determinada nação, que pode ser positiva, aos seus aliados, ou negativa, para os prováveis adversários.⁴⁰⁸ Exemplo na América do Sul ocorreu quando a Venezuela, em meados de 2006, celebrou contratos vultosos com a Rússia, para a compra de caças e de fuzis, com a possibilidade de instalação de uma fábrica em seu território. A movimentação do País venezuelano gerou um desequilíbrio de forças entre os países do cone

⁴⁰⁵MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. *Demand: Military products, user requirements, and the organization of procurement*. In *Defence procurement and industry policy: a small country perspective*, pp. 45-81.

⁴⁰⁶MARKUSEN, A.R.. *Defence spending: a successful industry policy?* *International journal of urban and regional research*, v.10, n.1, pp. 105-122, Mar. 1986.

⁴⁰⁷ROGERSON, William P.. *Quality versus Quantity in military procurement: an organizational theory of decision bias*. Northwestern University, Discussion Paper n° 771, February 1988.

⁴⁰⁸HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995, p. 5.

Sul⁴⁰⁹ e serviu de justificação para a demanda por novos equipamentos pela Defesa brasileira.⁴¹⁰

A economia pública e a provisão de bens públicos estão associadas à existência de falhas de mercado, que também estão interrelacionados com as externalidades da economia de defesa, que podem requerer intervenções do Estado. Nesse caso, os processos decisórios estatais serão baseados em critérios como a formação de alianças estratégicas de defesa, demandas de defesa, corrida armamentista, marcos regulatórios de aquisição de defesa, políticas de alianças industriais, a configuração dos possíveis conflitos e comércio e controle de armas. Especificamente em relação ao último critério, há um aparente confronto entre estudiosos de ciências da paz, que defendem o desarmamento, e os economistas de defesa, que supostamente seriam a favor de maiores gastos militares e de conflitos armados. Todavia, o objeto da economia de defesa é estudar o impacto econômico referente aos gastos militares, no âmbito interno e internacional, bem como a razão da existência de setores maiores ou menores de defesa, as implicações dos gastos numa maior ou menor estabilidade geopolítica e no desenvolvimento tecnológico.⁴¹¹

3.2. A economia de defesa e o desenvolvimento: os números da defesa

O recorrente argumento de que o fim da guerra fria e, por conseqüência, o fim da bipolarização de grupos aliados em torno de grandes potências, reduziria os gastos militares foi frustrada pelo surgimento de uma nova dinâmica de conflitos em torno de recursos naturais, religião e interesses territoriais, como, por exemplo, nos Estados satélites da antiga União Soviética e no Oriente Médio, demandando sistemas de proteção e de detenção de agressões de alto custo. Assim sendo, pode se afirmar que tanto a paz, como o conflito, tem seu custo e, geralmente, não é barato.⁴¹²

⁴⁰⁹ PEREIRA, Merval. *Corrida armamentista*. Jornal O Globo, Rio de Janeiro, 11 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.ecsbdefesa.com.br/arg/MP110806.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2014.

⁴¹⁰ BONALUME NETO, Ricardo. *Ofensiva russa tenta vender armas ao Brasil: Grandes aquisições de equipamentos pela Venezuela são usadas como justificativa para investimentos do país no setor*. Folha de São Paulo, 19 de novembro de 2007, p. A12. Disponível em <<http://acervo.folha.com.br/fsp/2007/11/19/2>>. Acesso em 30 de maio de 2014.

⁴¹¹ HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp 5-6.

⁴¹² HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p.2.

A relação de incremento ou redução de despesas em defesa não está relacionada diretamente aos tempos de maior ou menor índice de conflitos. Certamente, a crença de que a redução da despesa militar levará aos "dividendos da paz"⁴¹³, como o benefício econômico de alocação de gastos militares para outros usos, principalmente em políticas públicas sociais, tem sido contestado, sob o argumento que os cortes na despesa militar são mais propensos a resultar em uma "penalidade decorrente da paz", por causa dos custos de ajustamento posterior. A experiência das economias desenvolvidas é bastante salutar, pois eles geralmente não se beneficiaram economicamente com cortes nos seus gastos militares. No caso de países em desenvolvimento, as circunstâncias são diferentes, mas os problemas são semelhantes.⁴¹⁴

Não são raros os trabalhos científicos publicados que estudam isoladamente a questão da relação entre gastos militares e desenvolvimento. A questão posta é: “são necessárias guerras ou conflitos de grande proporções para saltos econômicos e tecnológicos?” Para a resposta, correntes opostas de doutrinadores se debruçam sobre o problema da necessidade da guerra, ou dos gastos militares preparativos para o conflito, como instrumento indutor do desenvolvimento econômico e tecnológico.⁴¹⁵

Logo, as conclusões podem ser no sentido de que os gastos com a defesa podem resultar em efeitos positivos ou negativos sobre o crescimento econômico de um país. “É justamente nessa idéia de que o país pode ou não ser "auxiliado" economicamente pelos investimentos em defesa que reside a importância do estudo de tal relação”.⁴¹⁶

O pensamento de Émile Benoit provocou uma discussão entre os pesquisadores da economia do desenvolvimento, ao apresentar correlações positivas entre gastos militares e as taxas de crescimento econômico nos países menos desenvolvidos.⁴¹⁷ Céticos, os economistas

⁴¹³ Termo popularizado no início dos anos 90, por George H.W. Bush e Margaret Thatcher.

⁴¹⁴ DUNNE, J. Paul. *The Economic Effects of Military Expenditure in Developing Countries*. Middlesex University Business School. London, Maio 2000, p.2. Disponível em <<http://carecon.org.uk/Chula/MILLDCSnew.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2014. Vide também LACIVITA, C. J.; FREDERIKSEN, P.C. Defense spending and economic growth: time series evidence on causality for the Philippines, 1956-82. *Journal of Philippine Development*, nº 25, vol. XIV, nº 2, 1987. Disponível em <<http://dirp3.pids.gov.ph/ris/pjd/pidsjpd87-2defense.pdf>>. Acesso em 30 set. 2014.

⁴¹⁵ RUTTAN, Vernon W.. *Is war necessary for economic growth?* New York: Oxford University press, 2006; Vide também DRÈZE, Jean. *Military expenditure and economic growth*. Clark, D.E. (ed.) (2006), The Elgar Companion to Development Studies (Cheltenham: Edward Elgar). Disponível em <<http://econbase.org/wp-content/uploads/2012/09/JD-Military-expenditure-and-economic-growth-2006.pdf>>. Acesso em 20 set. 2014.

⁴¹⁶ ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. *Economia e orçamento para a defesa nacional*. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 32. Nº 90, out/dez 2001. Disponível em <<http://www.resdal.org/Arquivo/d00001ad.htm>>. Acesso em 20 set. 2014.

⁴¹⁷ BENOIT, Emile. *Defense and Economic Growth in Developing Countries*. Lexington MA: Lexington Books, 1973 e BENOIT, Emile. *Growth and Defense in Developing Countries*. *Economic Development and Cultural Change*, 26 (2), 1978, pp.271-280.

serviram-se da pesquisa de Benoit como ponto de partida relevante para novas discussões, tanto conceitualmente, como estatisticamente. Ao longo do tempo, emergiu gradualmente um consenso de que as descobertas e as conclusões de Benoit foram aberrantes. Economistas, em sentido contrário, defenderam que os gastos elevados com a defesa reduzem o crescimento econômico, principalmente através da redução da taxa de poupança.⁴¹⁸

A par da discussão acima mencionada, os gastos militares são citados frequentemente como expressão do poder militar das nações, numa relação direta de quanto maior o orçamento de defesa de um país, maior seria seu poder militar e sua capacidade bélica. Todavia, a premissa não é totalmente verdadeira, na medida em que a alocação de recursos no setor de defesa para cada nação se dá de forma distinta nas seguintes dimensões: i) intertemporal⁴¹⁹; ii) geopolítica⁴²⁰; e iii) da eficiência⁴²¹.⁴²² Não obstante as considerações, os números da economia de defesa são indicadores consistentes da política externa e da política de defesa do país, em especial, a política industrial de defesa.

Em 2013, a economia de defesa mundial, e por consequência suas contratações públicas, totalizou US\$ 1,75 trilhões de dólares, um decréscimo de 1,9% em relação a 2012. A queda acompanha a redução de gastos nos países ocidentais, liderados pelos EUA, em razão do fim da guerra do Iraque, da retirada de tropas do Afeganistão e do corte orçamentário pelo Congresso norte-americano. Enquanto isso, as políticas de austeridade continuaram a determinar as tendências na Europa Ocidental e Central e em outros Países ocidentais. Atrás somente dos gastos dos EUA, China, Rússia e Arábia Saudita realizaram aumentos substanciais, com o país árabe ultrapassando o Reino Unido, Japão e França para se tornar o

⁴¹⁸ GROBAR, Lisa M.; PORTER, Richard C.. *Benoit revisited: defense spending and economic growth in less developed countries* (discussion paper nº 119). Michigan: Center for Research on Economic Development, June, 1987, pp. 1-28.

⁴¹⁹ A alocação em defesa é intertemporal, porque é realizada por fluxos e não estoques. O país pode investir intensamente num período curto, devendo ser analisado os gastos durante o período do ciclo de vida dos equipamentos militares.

⁴²⁰ Países insulares como o Reino Unido e Austrália tem seus gastos concentrados no poder naval, que são muito mais caros que os gastos da força terrestre. Logo, países sem acesso ao mar ou com reduzida faixa litorânea, em tese, teriam gastos muito menores. Outro aspecto a ser considerado é a possibilidade de envolvimento em conflito, em razão de sua posição geográfica, como é o caso da Índia, que tem problemas permanentes territoriais com o Paquistão.

⁴²¹ A análise da eficiência esta relacionada a problemas decorrentes de: corrupção, falta de recursos humanos qualificados, planejamento equivocado, ausência ou ineficiência de instituições de controle dos gastos com a defesa. Além disso, os gastos militares, em todo mundo, não gozam de transparência absoluta, em razão de aspectos estratégicos e de segurança.

⁴²² MORAES, Rodrigo Fracalossi; SILVA FILHO, Edison Benedito da. *Dos dividendos da paz à guerra contra o terror: gastos militares mundiais nas duas décadas após o fim da guerra fria-1991-2009*. In Defesa nacional para o século XXI: política internacional, estratégia e tecnologia militar. Edison Benedito da Silva Filho e Rodrigo Fracalossi de Moraes (orgs.). Rio de Janeiro: IPEA, 2012, pp. 84-87.

quarto maior do mundo, em gastos militares, dobrando os investimentos de defesa, se comparados ao de 2004.⁴²³

Logo, o aumento dos gastos militares nos países emergentes e em desenvolvimento continua inabalável. Embora em alguns casos, é o singular resultado do crescimento econômico ou uma resposta às necessidades de segurança genuínas, em outros casos, ela representa um esbanjamento das receitas dos recursos naturais, o domínio de regimes autocráticos, ou emergentes corridas armamentistas regionais. Em termos de exportação, a Rússia é o país que mais exportou seus produtos de defesa, num montante de US\$ 8,3 bilhões, enquanto a Índia é o maior importador, com importações no valor de US\$ 5,6 bilhões.⁴²⁴

Quanto aos gastos na área de defesa na América Latina, assim como na maioria das outras regiões do mundo, os gastos militares têm crescido rapidamente nos últimos anos. Desde 2003, ele tem aumentado a uma taxa média de 8,5 % ao ano, chegando a US\$ 69,7 bilhões, em 2010. Conflitos armados internos na Colômbia, no México e, em menor proporção no Peru, são uma preocupação de segurança significativo não só para esses países, mas também, às vezes, para os seus vizinhos. Além disso, muitas partes da América Central estão enfrentando altos níveis de crime organizado e violência. No entanto, a ameaça de um conflito interestatal na região tem sido praticamente inexistente por algum tempo. Além disso, muitos países latino-americanos são atormentados por altos níveis de pobreza e desigualdade, repercutindo na discussão sobre a tendência do aumento das despesas militares na região. É sabido também que os orçamentos de defesa estão sempre competindo com os orçamentos das áreas sociais, especialmente em áreas como saúde e educação, que são fundamentais para a promoção do desenvolvimento econômico e humano.⁴²⁵

Em 2014, segundo o SIPRI, o Brasil ocupou a 10ª posição entre os países que mais destinaram recursos à Defesa, com um orçamento de US\$ 36 bilhões, que corresponde a 1,4% do PIB (62º menor investimento no mundo), com o decréscimo de 3,9% em relação ao

⁴²³ Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). *Military spending continues to fall in the West but rises everywhere else, says SIPRI*. 14 abr. 2014. Disponível em <http://www.sipri.org/media/pressreleases/2014/Milex_April_2014>. Acesso em 15 abr. 2014.

⁴²⁴ Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). *Military spending continues to fall in the West but rises everywhere else, says SIPRI*. 14 abr. 2014. Disponível em <http://www.sipri.org/media/pressreleases/2014/Milex_April_2014>. Acesso em 15 abr. 2014.

⁴²⁵ PERLO-FREEMAN, Sam. *Budgetary priorities in Latin America: military, health and education spending*. SIPRI Insights on Peace and Security. No. 2011/2, December 2011. Disponível em <<http://books.sipri.org/files/insight/SIPRIInsight1102.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2014.

orçamento de 2012, importando produtos de defesa no montante de US\$ 254 milhões (24º mais alto no mundo) e exportando US\$ 36 milhões (12º mais baixo no mundo).⁴²⁶

No exterior, o aumento de gastos militares no Brasil, desde 2000, tem sido analisado sob o fundamento a descoberta de reservas petrolíferas no pré-sal, que podem ao mesmo tempo ser alvo de cobiça, bem como podem ajudar a sustentar tais gastos, sem a necessidade ações impopulares, como o aumento de imposto e o corte de orçamentos de áreas sociais, como a saúde e a educação. A estabilidade e as condições sócio-econômicas no Brasil podem ser responsáveis por alguns dos seus mais de US\$ 36 bilhões de orçamento militar em 2013.⁴²⁷

3.3 – traços diferenciadores das contratações de defesa

Como visto no tópico anterior, as licitações e contratos de defesa podem ser considerados como grandes negócios por parte do segmento empresarial e um instrumento estratégico para o desenvolvimento de políticas públicas, através do uso do poder de compras estatal. Todavia, os processos de aquisição são complexos, nos quais há uma série de problemas e contenciosos, relacionados aos custos, tempo e eficiência do produto.⁴²⁸ Em muitos casos, as aquisições saem muito mais caras do que o planejado, num tempo muito mais longo e com a eficiência contestada.⁴²⁹

Em outras palavras, a complexidade do processo é inerente à contratação de defesa, em especial, em projetos de sistemas de armas, sistemas de tecnologia da informação e de infraestrutura. Os desafios estabelecidos incluem a primazia da segurança nacional, o desenvolvimento de novas tecnologias, a incertezas dos custos, a criação de contratos de longo prazo, alocação de riscos entre Estado e contratado, a promoção de políticas públicas sociais e desenvolvimentistas e a intensificada necessidade de integridade, equidade e

⁴²⁶ Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Disponível em <http://www.sipri.org/research/armaments/milex/milex_database>. Acesso em 30 abr. 2014.

⁴²⁷ FROHLICH, Thomas C.. 27 WALL STREET. *10 Countries Spending the Most on the Military*. 10 de julho de 2014. Disponível em <<http://247wallst.com/special-report/2014/07/10/10-countries-spending-the-most-on-the-military/>>. Acesso em 01 ago. 2014.

⁴²⁸ HARTLEY, Keith. *Handbooks of Defense Economics*, v.2, University of York: Elsevier B.V., 2007, capítulo 33 (The arms industry, procurement and industrial policies), p. 1.157.

⁴²⁹ AUSTIN, Rob.; LARKEY, Patrick. *The Unintended Consequences of Micromanagement: The Case of Procuring Mission Critical Computer Resources*. *Policy Sciences*, Vol. 25, 1992, p.3. No mesmo sentido, Suman Mrinal, *Defence Acquisition Systems: A Look at Selected Nations*. In *Defence acquisition: international best practices*. BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013, p. 354.

transparência no processo. Todavia, para todas as nações o objetivo do *defense procurement* é o mesmo: adquirir o melhor produto ou sistema de defesa com o orçamento disponível, tempestivamente, mantendo a confiança dos contribuintes e alcançando objetivos de políticas públicas.⁴³⁰

Dois casos são emblemáticos para descrever o problema das três variáveis: custo, tempo e desempenho. No Reino Unido, o MD ordenou 14 helicópteros *Chinook*, produzido pela Boeing, sendo 6 standards e 8 customizados para Forças Especiais. Esses 8 foram entregues em 2001, mas por problemas de acesso ao código fonte das aeronaves, que foi negado seu acesso pela Boeing, só estavam disponíveis para vôos em operações, em 2011, após um considerável extra custo. Da mesma forma, os EUA apresentaram dificuldades na aquisição de aeronaves para reabastecimento no ar, quando em 2002, a Força Aérea ofereceu um contrato de leasing a Boeing, no valor de 23,5 bilhões de dólares. Após detecção de fraudes, que levaram a detenção de um oficial e de um executivo, o contrato foi fechado com outro consórcio, em fevereiro de 2008. Da mesma forma, o *The Government Accountability Office* (GAO) identificou novas falhas no processo, em junho de 2008. Em setembro de 2008, o Pentágono oferecia o mesmo contrato, mas com o valor de 35 bilhões de dólares.⁴³¹

No Brasil, o contrato do governo brasileiro com o grupo sueco de armamento e aeronáutica Saab, assinado em 27 de outubro de 2014, para a compra de 36 aviões militares *Gripen NG*, teve como valor o montante de US\$ 5,4 bilhões (R\$ 13,4 bilhões), com um contrato de cooperação complementar para os próximos 10 anos. O valor do contrato firmado foi superior ao previsto em dezembro de 2013, quando foi anunciado o consórcio Saab, como vencedor da disputa. A previsão inicial era de US\$ 4,5 bilhões, sendo considerada a oferta mais barata. A Força Aérea justificou o acréscimo de US\$ 900 milhões, devido a novos parâmetros exigidos pelo Brasil e afirmou que o preço inicial era apenas uma previsão.⁴³² Considerando que os aviões serão entregues entre 2019 e 2024 e que, conforme a literatura, os contratos dobram em 7,25 anos,⁴³³ o valor final do contrato poderá superar facilmente os US\$ 11 bilhões de dólares,

⁴³⁰ GAUVIN, Dionis M.; RECTOR, Richard P. *Best practices in U.S. Defence Procurement*. In *Defence acquisition: international best practices*. BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). Nova Délhi: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013, p. 412.

⁴³¹ SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave macmillan, Londres, pp. 123 e 124.

⁴³² O Globo. *Saab conclui venda de 36 caças Gripen NG ao Brasil por US\$ 5,4 bilhões*. 27 de outubro de 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/saab-conclui-venda-de-36-cacas-gripen-ng-ao-brasil-por-us-54-bilhoes.html>> . Acesso em 30 out. 2014.

⁴³³ HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995, pp. 115-116.

restando saber se o Estado brasileiro conseguirá suportar tais acréscimos, tanto na questão orçamentária, como jurídica.

Mas por que tanta complexidade nas aquisições de defesa? Geralmente, as causas mais freqüentes de incidência dos problemas concentram-se em três grupos: i) Busca de altos lucros pelas empresas de defesa e conivência dos burocratas em maximizar esses lucros; ii) Baixa capacidade de gerenciamento dos responsáveis pelos processos de compra e iii) a intrínseca dificuldade em adquirir produtos e sistemas, que não existem e que promovem saltos nas fronteiras tecnológicas, para os quais não houve oportunidades de teste de eficiência anterior.⁴³⁴

Num primeiro momento, o mercado de defesa assemelha-se aos outros mercados, em virtude de existir uma relação de compradores e vendedores, respectivamente, o governo através do Ministério da Defesa e forças armadas e a indústria de defesa nacional e estrangeira, que é estabelecida por meio de um processo licitatório e contratos administrativos, previstos num determinado marco regulatório, que estabelecerá as regras dessa relação. No entanto, por se tratar de uma área estratégica, o mercado de defesa apresenta algumas distinções em razão do papel desempenhado pelo Estado, que pode regular em maior ou menor intensidade o mercado, as curvas e tendências de custos e as inovações tecnológicas.⁴³⁵

Assim sendo, com essas distinções, o sistema de aquisições torna-se um procedimento especial, que apresenta alguns traços diferenciadores, como:

i) existência de um mercado imperfeito, de característica monopsonista⁴³⁶. Nesse modelo de mercado, o Governo, através da política e estratégia de defesa estabelecida, determina o tamanho da sua indústria de defesa doméstica, quando opta por comprar do complexo industrial nacional ou importar de mercados estrangeiros. Como único ou maior comprador, o Governo determina, além da dimensão da indústria, a estrutura, entradas e

⁴³⁴SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave macmillan, Londres,2011, p. 4. O autor sugere o micro gerenciamento, como solução para a questão, no qual as fases do projeto são auditadas em períodos menores e com auditores exclusivos para a tarefa. Não obstante, o autor alerta para alguns problemas nesse instrumento de controle, como o aumento de custos com o pagamento dos auditores e menor fluidez na execução do projeto, em virtude das constantes auditorias.

⁴³⁵Peck, Merton. J., and Frederic. M. Scherer. 1962. *The Weapons Acquisition Process: An Economic Analysis*. Boston: Harvard Business School Division of Research, p.

⁴³⁶Termo criado por Joan Robinson, que desenvolveu o modelo de monopsonio, no qual somente existe um comprador, constituindo-se numa forma de competição econômica imperfeita, contrária ao conceito de monopólio, na obra *The Economics of Imperfect Competition* (1933).Disponível em <http://www.studymode.com/essays/Econ-127270.html>, acessado em 01 de maio de 2014.

saídas de insumos, preços, exportações, lucros, eficiência, benefícios e incentivos fiscais e a propriedade dessas empresas (estatais, privadas ou mistas).⁴³⁷

Assim sendo, o governo desempenha papel fundamental no mercado de equipamento de defesa, por ser o único comprador dos produtos desse setor industrial, constituindo-se em ator principal do processo e ditando as regras do mercado. Em outros segmentos das compras governamentais, o fornecedor tem a opção de negociação com outros compradores da iniciativa privada, podendo dispensar negócios com o governo. Exemplificando, o Governo do Reino Unido é o único comprador dos submarinos de propulsão nuclear ingleses, proibindo a sua exportação, sendo que a sua demanda é muito baixa para a Royal Marinha. Essa assimetria é compensada pela garantia do monopólio do fornecimento pelo Governo Britânico, que outorgou a produção à companhia britânica BAE System.⁴³⁸

ii) Os produtos a serem adquiridos são de alta tecnologia, que exige dispêndio orçamentários vultosos e com uma tendência de elevação, ao longo do tempo de execução do projeto. Pela complexidade e pelo longo prazo de execução do objeto contratado, os orçamentos iniciais são subdimensionados, tanto pela imprevisibilidade ao longo do desenvolvimento do produto, como pela pressão em apresentar custos exequíveis, para a aprovação inicial do projeto. Estudos mostram que os custos de uma unidade de equipamento de defesa (aviões, navios, helicópteros, submarinos, etc) aumentam em 10% ao ano e dobram, em 7,25 anos.⁴³⁹

iii) necessidade de empresas e indústrias com capacidade de inovação e criação de novos mercados, com ênfase na pesquisa e desenvolvimento em alta tecnologia. A tendência é que, no âmbito nacional, exista somente um fornecedor ou um pequeno grupo por segmento tecnológico (aviões, submarinos, navios), o que constitui o monopólio e inviabiliza a competitividade em processos licitatórios. Nesse caso, o governo tentará estipular⁴⁴⁰ A única solução viável para a competitividade é a abertura do mercado a empresas estrangeiras, com a

⁴³⁷HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995, pp 114-115.

⁴³⁸HARTLEY, Keith. *The economics of defence policy: a new perspective*. Oxfordshire: Routledge, 2011, p.97.

⁴³⁹HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995, pp. 115-116.

⁴⁴⁰HARTLEY, Keith. *The economics of defence policy: a new perspective*. Oxfordshire: Routledge, 2011, p.97.

obrigação contratual de compensações (*offset*) ou de integração com transferência de tecnologia a uma empresa nacional.⁴⁴¹

iv) imposição de demanda que viabilize a produção, por meio da economia de escala. A indústria de defesa é caracterizada pela necessidade de decréscimo de custos, através da economia de escala, sendo que o mercado nacional, normalmente, somente consegue suportar uma empresa, o que também se constituiria no monopólio, modelo econômico de imperfeição do mercado. Os elevados custos em pesquisa e desenvolvimento devem ser distribuídos, ao longo do período de execução do projeto.⁴⁴²

v) O mercado e a indústria de defesa são altamente regulados pelo Estado, com produtos rigorosamente controlados. O governo pode determinar que sua indústria de defesa seja aberta ou fechada, promovendo ou proibindo exportações, conforme sua estratégia de defesa, assim como pode monitorar os custos e lucros, principalmente, quando se realiza a contratação direta, com o afastamento do procedimento licitatório.⁴⁴³

Em outras palavras, há um difícil estabelecimento de *trade off* entre os elementos tempo, custo, desempenho e riscos, sendo freqüente a ocorrência de demanda por produtos customizados e não usuais, no qual há assimetria de conhecimentos entre o Estado e o vendedor, elevados riscos e incertezas, preocupações com a qualidade e desempenho do produto entregue, inabilidade da administração pública para escrever contratos considerados complexos e a constante questão da possibilidade de renegociação das condições e valores dos contratos. Aliado a esse conjunto de incidências, ainda há de se conviver ao longo do processo, com os objetivos divergentes que movem cada ator do processo. Os militares e servidores civis buscam reconhecimento e promoção, enquanto os políticos querem a publicidade do seu trabalho e, como conseqüência, votos. Já os industriais e empresários tem por objetivo a maximização dos lucros.⁴⁴⁴

⁴⁴¹HARTLEY, Keith. *The economics of defence policy: a new perspective*. Oxfordshire: Routledge, 2011., p. 116.

⁴⁴²HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995, p 116.

⁴⁴³. HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995,, p. 117.

⁴⁴⁴ SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave macmillan, Londres, 2011, pp. 12 e 125.

3.4 – O processo de contratação pública de defesa

O processo de contratação pública envolve diversas dimensões de escolha pela Administração, como a natureza do bem ou serviço que vai ser adquirido, o mapeamento de possíveis fornecedores, a análise do marco legal, a fim de verificar as possibilidades e limitações, que decorrerão numa maior ou menor efetividade do processo, e na amplitude dos efeitos colaterais da aquisição nas esferas sociais e econômicas.⁴⁴⁵

No processo licitatório, existem três fases, a saber: i) Decidir quais os bens ou serviços devem ser comprados e quando (planejamento de compras); ii) O processo de formação de um contrato para a aquisição desses bens ou serviços, que envolve, em particular, a escolha, através da licitação ou da contratação direta, de quem será o parceiro de contratação e as condições em que os bens ou serviços devem ser prestados; e iii) O processo de administração do contrato para garantir um desempenho eficaz.

O conceito de *public procurement*, denominado de processo licitatório, pode ser usados para se referir atodas as três fases. Normas regulamentares relativas aos processos licitatórios, em geral, concentram-se na segunda fase (licitação), uma vez que é nesta fase que as normas jurídicas e outras medidas regulatórias tornaram-se ferramentas importantes de políticas públicas, sendo esse o foco do presente estudo. Obviamente que na prática, as três etapas precisam estar integradas e consideradas como fases distintas de um mesmo "ciclo" coeso. Para o presente propósito, também é necessário que se entenda que há uma relação significativa entre as medidas regulatórias aplicáveis na segunda fase e os efeitos na primeira e terceira fases do processo, e que em certos casos, a regulação estabelecida terá um impacto direto sobre as primeira e segunda fases.⁴⁴⁶

Em outras palavras, o processo de contratação pública, numa visão mais atual, tem se dividido em três dimensões: i) o planejamento, ii) a escolha do contratado, através da licitação ou da compra direta, e iii) a fase contratual. O produto da primeira dimensão será o edital convocatório e o da segunda, o contratado firmado. O conjunto de fases, etapas e atos estruturado de forma lógica permitirá o Estado identificar sua necessidade, planejar os

⁴⁴⁵ARROWSMITH, Sue; HARTLEY Keith. *Public procurement*, vol.1. The international Library of critical Writings in Economics, Cheltenham, 2002, p. ix.

⁴⁴⁶ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Steen; FEJO, Jens; JIANG, Lili. *Public procurement regulation: an introduction*. The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation. 2010, p.1. disponível em <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>.> Acesso em 15 jul. 2014.

encargos e riscos, bem como selecionar a pessoa capaz de satisfazer a sua necessidade pela melhor relação custo-benefício.⁴⁴⁷

Com diferentes nomes, um processo de aquisição de defesa inclui o levantamento dos requisitos operacionais, a validação dos requisitos, a aprovação do projeto pelo governo, incluindo a destinação orçamentária, criação oficial do projeto estratégico, definição da estratégia de compras, realização dos procedimentos licitatórios e escolha da origem do material (licitação, compras diretas, nacional, estrangeiro?), negociação da remuneração do contrato e dos serviços pós-venda, como manutenção e fornecimento de sobressalentes e, por ultimo, o recebimento do produto contratado.⁴⁴⁸

Nesse sentido, os processos de contratação de defesa apresentam algumas peculiaridades, que tornam a tarefa muito mais complexa, se comparado a outros setores, constituindo-se num cenário de incertezas e impreviões, como veremos a seguir.

Certamente, a fase de planejamento é a mais complexa nas aquisições, em razão da necessidade de identificação exata da demanda, dos encargos do contratado, da mitigação dos riscos e das regras da disputa, que fornecerão subsídios para a formulação da proposta e do valor da remuneração do contrato. No planejamento de um processo de contratação de defesa, a dificuldade se potencializa e algumas questões são de árduas respostas, em virtude da existência de requisitos muito vagos, que modificam numa frequência elevada, que levam um tempo considerável e que envolvem posições divergentes entre os participantes do processo, entre eles os combatentes (*troops on the ground*), os burocratas e os empresários, como, por exemplo, entre outras: o que nós queremos comprar? Como nós iremos comprar? Em que termos? Quando queremos receber o produto contratado?⁴⁴⁹

i) O que se quer comprar?

Em defesa, a exatidão da demanda e da descrição do objeto é de natureza complexa, pois muito dos materiais necessários, ainda nem existem ou não foram testados em combate. Ao definir o objeto e o objetivo da contratação, os envolvidos no processo, geralmente, utilizam-se de requisitos ou produtos com tecnologia conhecida, que servirão como uma

⁴⁴⁷ MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública – fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012, pp. 415-416.

⁴⁴⁸ PLAMONDON, Aaron. *The politics of procurement: military acquisition in Canadá and the Sea King Helicopter*. Vancouver: UBC press, 2010, p. 3.

⁴⁴⁹ SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave Macmillan, Londres, pp. 126-131.

direção geral e base para customizações, ou de detalhamento em níveis mais altos para alcançar as metas estabelecidas. Outra questão importante é a dicotomia entre o conhecimento do comprador, que sabe mais sobre a sua demanda, e do vendedor, que sabe mais sobre o potencial tecnológico e material que pode ser oferecido para satisfazer a necessidade estatal. A falta de comunicação contínua estabelecida entre os compradores e vendedores e de objetivos bem definidos na contratação podem comprometer o *value for money*.⁴⁵⁰

A relação custo-benefício entre o orçamento destinado e o nível tecnológico dos produtos e sistemas a serem adquiridos é discutida na fase de planejamento, na medida em que é razoável a aquisição de meios compatíveis com a necessidade de defesa do país. A decisão por uma contratação com excessiva “*high quality*”, repercute diretamente na redução da quantidade desses produtos e sistemas. Em outras palavras: o país, na fase de planejamento, deve decidir pela aquisição de equipamentos de última geração tecnológica, com a redução nas quantidades ou pelo número maior de meios militares, com tecnologias não tão avançadas. Essa decisão dependerá muito dos cenários geopolíticos e de conflitos possíveis, em longo prazo.⁴⁵¹

Como condicionante relevante no planejamento, destaca-se o atendimento de necessidades mediatas ou interesses secundários, sob a forma de objetivos estratégicos de políticas públicas, como a promoção da competição no setor de defesa e a utilização do poder de compras estatal no desenvolvimento da BID. Em certos processos de aquisição, ao se tentar atingir os dois objetivos (a aquisição do produto ou sistema de defesa e promover a política industrial nacional), pode se ter por consequência, a aquisição de produtos ou sistemas de baixa performance, em razão do planejador ao descrever os requisitos, dedicar maior ênfase aos interesses secundários.⁴⁵²

ii) Como se quer comprar?

⁴⁵⁰ SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave Macmillan, Londres, p. 126-127. Vide HARTLEY, Keith. *Handbooks of Defense Economics*, v.2, University of York: Elsevier B.V., 2007, capítulo 33 (The arms industry, procurement and industrial policies), p. 1.161.

⁴⁵¹ FEINERMAN, Eli; LIPOW, Jonathan. *Is there a bias toward excessive quality in defense procurement?* Elsevier Science, Economics Letters n° 71, 2001, pp. 143-148.

Vide também ROGERSON, W. *Quantity vs. quality in military procurement*. American Economic Review n° 80, 1990, pp. 83-92; LIPOW, Jonathan; PLESSNER, Yakir. *Death (machines) and taxes*. The Hebrew University of Jerusalem, Discussion paper n° 14.05. Disponível em <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/7136/2/dp050014.pdf>>. Acesso em 30 set. 2014.

⁴⁵² SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave Macmillan, Londres, p. 126.

Diversas são as opções estatais ao se planejar um processo de contratação de defesa, que irá variar em razão da capacidade tecnológica de desenvolvimento do produto e da política de promoção industrial para a BID nacional. Importante ressaltar que dessa escolha decorrerá a modelagem contratual a ser firmada e o maior ou menor acesso às informações como códigos-fonte e de direitos de propriedade intelectual.⁴⁵³

No mercado das armas, as formas mais usuais de aquisição de produtos são: a importação do bem, a produção nacional sob a licença ou patente estrangeira, a pesquisa e produção do bem em cooperação com outros países e a pesquisa e desenvolvimento totalmente doméstico. Da mesma forma, os produtos podem ser desenvolvidos e produzidos em arsenais militares ou em instalações governamentais, operadas pelo setor privado, assim como também ser alugados dos próprios fabricantes, através de parcerias público-privadas, modalidade bastante usual nas contratações do Ministério da Defesa do Reino Unido.⁴⁵⁴

iii) em que termos?

Neste tópico discute-se em que termos serão estabelecidos as obrigações contratuais do Estado e do contratado, destacando-se a questão remuneratória, que poderá ser fixas ou variáveis, dependendo do tipo contratual elegido, sendo usual em tal mercado, duas categorias de contrato: *firm* ou *fixed price*, modelo preferido pelos governos, e *cost-plus contracts*, que são os preferidos pelos contratados, em virtude da divisão de riscos do negócio com o governo e sendo aplicado nas aquisições de alta tecnologia. O assunto será mais bem desenvolvido em seção específica, denominada “tipos contratuais em defesa”.

iv) quando receber o produto contratado?

A questão temporal é questão crucial no planejamento de aquisições de defesa, pois poderá definir estratégias de aumento ou diminuição de poder decisório e de emprego em operações, em curto, médio ou longo prazo. Os ciclos em defesa são considerados longos, em média de 50 anos, para projetos como o *The Eurofighter-Typhoon* e *IT systems* do bombardeiro americano B52, englobando as fases de conceito, avaliação, demonstração, fabricação, em serviço e descarte, sendo as quatro primeiras fases de interesse direto dos

⁴⁵³ HARTLEY, Keith. *Handbooks of Defense Economics*, v.2, University of York: Elsevier B.V., 2007, capítulo 33 (The arms industry, procurement and industrial policies), p. 1.162.

⁴⁵⁴ SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave Macmillan, Londres, p.127.

envolvidos no processo de aquisição. As duas últimas fases são influenciadas diretamente pelos investimentos em manutenção e repotencialização do material.⁴⁵⁵

Os processos de aquisição de defesa podem ser divididos em processos orçamentados normais e de rápido provimento para situação de emprego imediato. Os primeiros caracterizam-se pelo longo tempo no processo (em média 7 anos), excesso de formalismo, múltiplos objetivos, tentativa de compatibilização com os sistemas já existentes, interoperabilidade e necessidade de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, que podem se tornar verdadeiros sumidouros de orçamento, pela magnitude dos projetos. Em contrapartida, os “emergenciais” são rápidos (menos que 6 meses), com menos rigor formal, focado num objetivo único, podendo ser incompatível com os sistemas já existentes e utiliza-se amplamente do uso de componentes fora de prateleiras.⁴⁵⁶

Dessa forma, a excessiva regulação dos projetos em defesa pode trazer sérios riscos à aquisição, causando mais problemas que soluções. Os melhores projetos são aqueles que têm por característica a unificação da autoridade gerenciadora, *trade offs* alinhados, flexibilidade, um único objetivo, que pode ser voltado para metas de *performance*, tempo ou custo.⁴⁵⁷

3.6. Plano normativo da contratação pública de defesa no Brasil

Como órgão parte da estrutura administrativa pública, o MD e os Comandos Militares subordinados estão vinculados ao dever de licitar, disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988. Assim, essas instituições são destinatárias da política pública de contratação governamental, na medida em que se utiliza da competição seletiva e isonômica para identificação das propostas mais favoráveis às suas contratações, haja vista que não detém capacidade de produzir e executar todos os bens e serviços que necessitam.⁴⁵⁸

Dessa forma, o MD adota a preferência de uma política de execução parcialmente indireta da produção dos produtos e sistemas de defesa, por meio de fornecedores do mercado, através de contratações públicas. Logo, atribui-se ao Estado, uma responsabilidade

⁴⁵⁵ SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave Macmillan, Londres, p.129.

⁴⁵⁶ HARTLEY, Keith. *Handbooks of Defense Economics*, v.2, University of York: Elsevier B.V., 2007, capítulo 33 (The arms industry, procurement and industrial policies), p. 1.164. Ver SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave Macmillan, Londres, p.130.

⁴⁵⁷ SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave Macmillan, Londres, p.130.

⁴⁵⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2ed. rev.atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 33.

residual na composição da Base Industrial de Defesa, quando o setor privado não puder projetar e fabricar, a curto e médio prazo, de maneira rentável tais objetos, atuando no teto tecnológico, em estreito vínculo com os centros avançados de pesquisa das próprias Forças Armadas e das instituições acadêmicas brasileiras.⁴⁵⁹

Aliada a idéia de defesa ao desenvolvimento, o setor está vinculado à utilização intensa de tecnologia e cuja pesquisa e desenvolvimento de vanguarda se repercutem noutras áreas industriais civis, através do efeito de arrastamento (*spill-over*) positivo. Diante dessa característica, a contratação pública no setor de defesa vive, numa encruzilhada de regras e exceções que proporcionam aos Estados, mecanismos para utilizarem o setor de defesa e de aquisição de material militar como poderoso instrumento de política industrial ao serviço de políticas discriminatórias implícitas que beneficiam os setores nacionais de defesa nacional e indústria civil.⁴⁶⁰

Nesse tópico, será estudado o plano normativo nacional de aquisições de produtos e sistemas de defesa, constituído pelas Leis nº 8.666/93 (Estatuto Geral de Licitações) e nº 12.598/2012, que estabelece o regime especial de contratação de defesa e que remete a possibilidade de contratação, por meio da utilização da Lei nº 11.079/2004 (concessão administrativa).

3.5.1. Aquisições de defesa na Lei 8.666/93 – Lei Geral de Licitações

Em razão das características do mercado de defesa e de seu *procurement*, apresentadas nas seções anteriores, afirma-se que as aquisições de defesa possuem aspectos diferenciados em relação às compras de bens e serviços comuns, que envolve uma gama imensa de produtos e serviços, refletindo na necessidade de um arcabouço jurídico sobre o tema que viabilize tais diferenciações. Não obstante a necessidade estabelecida, o Estatuto Geral de Licitações (Lei 8.666/93), que legisla sobre as compras governamentais no Brasil, dispõe sobre ritos licitatórios comuns e bastante formais, enquadrando organizações de diferentes estruturas,

⁴⁵⁹END 2012. Capítulo “a reorganizacao da base industrial de defesa: desenvolvimento tecnológico independente. Tópico 3.

⁴⁶⁰ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Lisboa: Almedina, 2013, pp. 487-488.

portes e realidades, eliminando qualquer possibilidade de flexibilidade ao gestor e aos mercados específicos, sendo considerada uma norma rigorosa.⁴⁶¹

Como remédio à ausência de especificidade disposta na Lei nº 8.666/93, as aquisições do setor de defesa e de material militar *stricto sensu* foram tratadas justamente nos dispositivos, que dispõem sobre as hipóteses de exceção ao dever de licitar, tanto por meio da dispensa de licitação, como pela inexigibilidade.

A primeira dificuldade quando da aplicação das hipóteses, emerge quando do enquadramento do que se pode ser considerado como material comum, militar ou de utilização dual (simultaneamente civil e militar). Quando se imagina em mísseis, carros de combate ou aviões de ataque, não há dúvidas de se tratarem de material militar *stricto sensu*. Todavia ao adquirir computadores, alimentação ou roupas, a dúvida pode persistir. O problema avulta quando resulta da definição do regime aplicável às compras públicas na área da defesa relativamente aos produtos de natureza dual.⁴⁶² A dificuldade apresentada pode gerar insegurança ao gestor, em razão do receio de que possa haver um entendimento divergente pelos órgãos de controle, *a posteriori*.

3.5.1.1 – As contratações de defesa e a licitação dispensável

Uma série de hipóteses de dispensa de licitação disposta nos incisos do Art. 24 da Lei nº 8.666/93 coaduna-se, ainda que não exclusivamente, com as atribuições constitucionais das Forças Armadas. Algumas dessas hipóteses de contratação direta se destinam ao atendimento de situações e circunstâncias relacionadas às atividades desempenhadas pelas Forças Armadas, algumas também extensíveis às forças policiais e corpos de bombeiro dos Estados e do Distrito Federal. Destaca-se que apenas o inciso XIX menciona as Forças Armadas expressamente. Precipuamente, interesses extraeconômicos ditam as hipóteses de dispensa de licitação aplicáveis às aquisições militares, relacionados à soberania, à defesa, à segurança, à

⁴⁶¹ ASSIS, Lucas Rocha Soares; SCMIDT, Flávia de Holanda. *A dinâmica recente do setor de defesa no Brasil: Análise das características e do envolvimento das firmas contratadas*. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão nº 1878, 2013, p. 22-23.

⁴⁶² TRYBUS, Martin. *The limits of european competence for defence*, in *European Foreign Affairs Review* 9, 2004, pp. 189-217. Houve atritos entre a União Européia e os EUA em razão de que a Comunidade considerou que os EUA falharam, de forma injustificável, na aplicação do acordo GATT a uma quantidade significativa das aquisições públicas de defesa que, em rigor, não eram militares, o que resultou das dificuldades de qualificação de bens de natureza dupla ou dual, dificuldades que também ocorrem na União Européia.

estratégia e ao desenvolvimento tecnológico, que foram sopesados pelo legislador.⁴⁶³ Sendo assim, avulta-se de importância a premissa de que o debate jurídico se faça à luz das lições dos especialistas em segurança, defesa e estratégia nacional.⁴⁶⁴

No mesmo entendimento, afirma-se que a Lei 8.666/93 cataloga situações em que a contratação poderá ser realizada de forma direta, em razão da singularidade do material, por tratar-se de contratações sensíveis ou por impossibilidade material de licitação, não remetendo para a vala comum das contratações ordinárias, consideradas aquelas em que não se pode afastar todo o rito licitatório.⁴⁶⁵ A seguir serão verificados os dispositivos que tratam, direta ou indiretamente e exclusiva ou concomitante com outras instituições, sobre as hipóteses aplicáveis às Forças Armadas. Ressalta-se que para esse trabalho, que trata das aquisições de materiais de defesa, as hipóteses centrais objeto de estudo são aquelas dos *incisos IX e XXVIII*, que são recorrentemente utilizadas nos processos de aquisição de produtos e sistemas de defesa, conforme já estudado nos tópicos anteriores. Então vejamos os dispositivos:

Art. 24. É dispensável a licitação:
(...)
III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

Conforme a Constituição Federal, a declaração de guerra é ato privativo do Presidente da República (art. 84, inciso XIX), que deve ser autorizado pelo Congresso Nacional, tendo por consequência a declaração do estado de sítio (art. 137, caput, inciso II) e suas regras de execução, incluindo as normas contratuais (art. 138, caput).

Diante de um mercado afetado pela anomalia e excepcionalidade impostas pela guerra, o Estado precisa de ampla agilidade, para dispor dos bens e dos préstimos de que necessita para seu funcionamento ou para oferecer à população, principalmente em áreas como a saúde, defesa civil, segurança pública e infraestrutura.⁴⁶⁶ Assim sendo, a hipótese da dispensa não se restringe às compras militares, mas obviamente é certo afirmar que o vetor militar é o mais

⁴⁶³ FERRARI, Paulo Kusano Bucalen; VICENTINO, Cláudio Roberto Miguel da Silva; e VOLOTÃO, Romilson de Almeida. *Dispensa de Licitação: hipóteses aplicáveis às atividades das forças armadas*. Publicações da Escola da AGU: direito militar. Coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010, pp 15-52.

⁴⁶⁴ Sobre contribuições das Forças Armadas à Lei nº 8.666/93, ver SENADO FEDERAL. *Forças Armadas apresentam sugestões à Lei de Licitações*. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/08/05/forcas-armadas-apresentam-sugestoes-a-lei-de-licitacoes> >. Acesso em 30 Set 2014.

⁴⁶⁵ PESTANA, Márcio. *Licitações públicas no Brasil. Exame integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013, p.467.

⁴⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011(3ª ed.), p.246.

empregado nessa situação de beligerância, requisitando todo o sistema de mobilização industrial e empresarial para reunir meios bélicos e logísticos.

A justificativa para o afastamento fundamenta-se no custo temporal da licitação, em razão de situação contingencial, já que a demora na realização do procedimento licitatório pode ocasionar em danos e ineficácia da contratação.⁴⁶⁷

(...)

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

Correntemente utilizada nas aquisições de produtos e sistemas de defesa, principalmente pela Força Aérea Brasileira, a dispensa de licitação na hipótese de comprometimento da segurança nacional tem por escopo o atendimento de uma função de destinação da contratação, cuja orientação não está norteadada pela vantagem econômica e em razão do objeto que requer sigilo, sem a necessidade de ocorrência de circunstâncias contingenciais.⁴⁶⁸

A questão nuclear da hipótese está na publicidade, que caso venha a ser ampla poderá provocar riscos à segurança nacional, sendo assim necessário o tratamento sigiloso do processo licitatório e da própria contratação. Logo, não basta somente que a aquisição seja realizada no sentido de atender a demanda da segurança nacional, mas deve ser comprovado o risco, em que a mera publicidade da futura contratação venha a acarretar um prejuízo, seja efetivo ou potencial, à segurança nacional.

Sobre o assunto, ainda há a discussão sobre a licitude de aplicação da hipótese por estados e municípios, em se tratando da expressão utilizada segurança “nacional”, havendo posicionamento em ambos os sentidos, favoráveis e desfavoráveis à aplicação.⁴⁶⁹

A regulamentação da hipótese do inciso IX é feita pelo Decreto nº 2.295/1997, que enumera os casos que podem ensejar a dispensa por motivo de segurança nacional, devendo cada caso concreto ser avaliado pelo Conselho de Defesa Nacional, que tem caráter opinativo,

⁴⁶⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª Ed. São Paulo. Dialética, 2005, p. 234.

⁴⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011 (3ª ed.), p.276. Ver também JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª Ed. São Paulo. Dialética, 2005, p. 234.

⁴⁶⁹ No sentido favorável: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 3 ed. 1998, p. 155. No sentido contrário: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.276 e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.384.

e não, vinculativo, cabendo a decisão final ao Presidente da República, que poderá discordar do parecer emitido pelo Conselho. Da leitura dos incisos II e III, do artigo 1º do Decreto nº 2.295/97, conclui-se que a hipótese de dispensa de licitação em discussão não é privativa às Forças Armadas, aplicando-se a órgãos ou entidades de pesquisa científica e tecnológica e de inteligência.⁴⁷⁰

Em relação aos contratos celebrados fundamentados no presente inciso, a Lei nº 12.349/2010 introduziu o inciso V do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, que dispõe que o prazo do contrato firmado pode ter vigência de 120 meses, caso haja interesse da Administração.

(...)

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei: [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

A presente hipótese que trata do abastecimento durante operações ou exercícios militares condiciona-se às situações cuja exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os objetivos das operações, desde que não houvesse a possibilidade de previsibilidade de planejamento. Logo, está fundada em acontecimento urgente, tornando-se desnecessária, em razão de tal situação de contingência já estar expressa no inciso IV, do mesmo artigo 24.

A hipótese de dispensa não é privativa das Forças Armadas, podendo ser aplicada pelas forças auxiliares do Exército⁴⁷¹, sendo o afastamento fundamentado no custo temporal da licitação⁴⁷², limitando-se a contratação ao montante da modalidade licitatória do convite.

XIX - 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

⁴⁷⁰ BRASIL. Decreto nº 2.295/97:

Art.1º Ficam dispensadas de licitação as compras e contratações de obras ou serviços quando a revelação de sua localização, necessidade, característica do seu objeto, especificação ou quantidade coloque em risco objetivos da segurança nacional, e forem relativas à:

I - aquisição de recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais;

II - contratação de serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico;

III - aquisição de equipamentos e contratação de serviços técnicos especializados para a área de inteligência.

⁴⁷¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de licitações e contratos da Administração Pública*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 165-166.

⁴⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª Ed. São Paulo. Dialética, 2005, p. 234.

terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

A dispensa de licitação na hipótese de padronização de materiais de uso das Forças Armadas funda-se em função extraeconômica da contratação, quando a contratação não for norteada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins.

Há uma série de críticas ao dispositivo, na medida em que se caracteriza por ser hipótese de inexigibilidade, pela própria natureza da singularização do objeto, que decorreria em fornecedor único.⁴⁷³ A interpretação do dispositivo é no sentido da eficácia e eficiência da atuação militar, não enquadrando na hipótese as compras de materiais de uso administrativo ou de uso pessoal.

No que se refere aos contratos celebrados com fulcro no presente inciso, a Lei nº 12.349/2010 introduziu o inciso V do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, que dispõe que o prazo do contrato firmado pode ter vigência de 120 meses, caso haja interesse da Administração.

(...)

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. [\(Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007\).](#)

A hipótese disposta no inciso XXVIII do art. 24 teve sua redação conferida pela Lei nº 11.484/2007, que teve em seu escopo a preocupação de permitir a não realização de licitação na contratação envolvendo bens e serviços que contenham, simultaneamente, alta complexidade tecnológica e digam respeito à defesa nacional. Em 2007, o dispositivo foi inserido no rol das hipóteses, em consonância com o estabelecido na Política de Defesa Nacional de 2005, que já fixava orientações e diretrizes para o desenvolvimento da BID, que posteriormente foi ratificado, num detalhamento de ações mais específico, pela END 2008.⁴⁷⁴

⁴⁷³FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.67. Em sentido contrário, SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p.47; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, (9ª Ed.), p. 235; e PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de licitações e contratos da Administração Pública*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.293.

⁴⁷⁴BRASIL. Política de Defesa Nacional.

6. ORIENTAÇÕES ESTRATÉGICAS:

(...)

6.9 O fortalecimento da capacitação do País no campo da defesa é essencial e deve ser obtido com o envolvimento permanente dos setores governamental, industrial e acadêmico, voltados à produção científica e tecnológica e para a inovação. O desenvolvimento da indústria de defesa, incluindo o domínio de tecnologias de uso dual, é fundamental para alcançar o abastecimento seguro e previsível de materiais e serviços de defesa.

DIRETRIZES

Logo, pode se concluir que a hipótese em análise fundamenta-se em critérios econômicos, não no sentido da busca do menor preço, mais da promoção do desenvolvimento da indústria de defesa nacional, de médio e longo prazo, mesmo que para isso, seja necessário ao Estado utilizar-se do seu poder de regulação, através do fomento àqueles que estejam dispostos a pesquisar e desenvolver produtos no teto tecnológico.⁴⁷⁵

Sobre a possibilidade de aquisição de produtos e serviços que somente se encontrem no exterior, em razão de possuir tecnologia de última geração, a hermenêutica teleológica da norma assegura que o dispositivo pode ser aplicado nesses casos, desde que a prestação contratual realize-se no Brasil e que haja a possibilidade de aprimoramento tecnológico, através de um fornecedor nacional integrador capaz de absorver tal tecnologia.⁴⁷⁶ Em outras palavras, seria condição contratual *sine qua non* para a contratação no estrangeiro, a obrigação do fornecedor estar vinculado a um nacional integrador, que irá absorver a tecnologia contida no produto ou serviço e que, a partir de então, poderá produzi-lo ou customizá-lo no Brasil.

Assim como a classificação de material de defesa ou militar *stricto sensu* é tarefa das mais difíceis, quando os bens ou serviços possuem características duais, a alta complexidade exigida na aplicação do dispositivo também não se reveste de natureza simples, quanto à sua definição, por tratar-se de um conceito jurídico indeterminado. Da mesma forma como a construção do conceito de bens e serviços comuns foi construído ao longo do tempo, pela doutrina e pela jurisprudência, principalmente do TCU, a alta complexidade necessitará de tempo até que se consolide a sua definição.⁴⁷⁷ Enquanto isso não ocorre, pode ocorrer situações nas quais os gestores responsáveis pela eleição da dispensa e as autoridades incumbidas de ratificá-la não se sintam seguros nos seus atos, na medida em que não se tem o conhecimento do posicionamento do controle interno e externo *a posteriori*.

A dificuldade acima pode ser mitigada, na medida em que a norma exige que haja um pronunciamento, através parecer, de comissão especialmente constituída e designada pela

(...)

XXI - contribuir ativamente para o fortalecimento, a expansão e a consolidação da integração regional com ênfase no desenvolvimento de base industrial de defesa.

⁴⁷⁵ CUMMINS, Michael J.. *Incentive contracting for national defense: a problem of optimal risk sharing*. Stanford University, Research Paper nº 179R, february 1976, p.1. Cummins defende que a maioria das contratações de defesa devem ser realizadas por negociações bilaterais (dispensa de licitação), em vez de processos de competição (licitação). Para o autor, o processo licitatório somente é pertinente para produtos e sistemas de defesa acabados, disponíveis no mercado, e não, aqueles que necessitem de desenvolvimento.

⁴⁷⁶ PESTANA, Márcio. *Licitações públicas no Brasil. Exame integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013, p.473.

⁴⁷⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.289.

autoridade máxima do órgão contratante, identificando-se os motivos técnicos e estratégicos que, aliados aos custos envolvidos, justifiquem a dispensa da licitação, atribuindo-se legitimidade à contratação, e possibilidade do controle correspondente.⁴⁷⁸

Em suma, considera-se uma hipótese de dispensa de licitação fundada em razões extraeconômicas ou econômicas sob o prisma de uma estratégia de médio e longo prazos. O objetivo a ser alcançado pela norma é o fomento às atividades desenvolvidas no Brasil de pesquisa na área tecnológica que tenham repercussão direta na defesa nacional. Os valores jurídicos que amparam tal dispensa de licitação consistem na soberania e no desenvolvimento nacionais. Necessita-se de parecer prévio de comissão especialmente designada pela máxima autoridade do órgão. Trata-se de hipótese de dispensa privativa das Forças Armadas. Admite-se o sigilo do objeto da contratação. A complexidade da hipótese de dispensa também exige uma complexa justificativa dos preços e dos fins esperados com a contratação de determinado objeto para fins de controle prévio. Em seu turno uma complexa aferição dos resultados obtidos com o objeto deve ser levada em consideração para fins do controle posterior. Exigem-se, pois, novos paradigmas de motivação e justificação das finalidades da contratação, dos preços e da verificação dos resultados à *posteriori*, afastando-se a lógica da vantajosidade pelo simples cotejamento dos preços de mercado.⁴⁷⁹

A seguir será analisada a última hipótese de dispensa de licitação relacionada às atividades de defesa, em particular, em emprego em operações de paz.

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. ([Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008](#)).

A dispensa de licitação na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior tem por fundamento situação contingencial, haja vista que o desenrolar dessas operações ocorrem em lugares que passam por situação de guerra ou conflito, aproximando das situações previstas no inciso III.⁴⁸⁰

A aplicação é privativa às Forças Armadas, ou mais precisamente, ao atendimento do contingente em missão de paz no exterior. Como traço diferenciador das outras hipóteses, o dispositivo identifica a autoridade superior de ratificação da dispensa de licitação, no caso, o Comandante da Força.

⁴⁷⁸PESTANA, Márcio. *Licitações públicas no Brasil. Exame integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013, p.473.

⁴⁷⁹FERRARI, Paulo KusanoBucalen; Vicentino, Cláudio Roberto Miguel da Silva; e Volotão, Romilson de Almeida. *Dispensa de Licitação: hipóteses aplicáveis às atividades das forças armadas*. Publicações da Escola da AGU: direito militar. Coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010, pp 15-52.

⁴⁸⁰NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.262.

3.5.1.2 – As contratações de defesa e a inexigibilidade de licitação

A inexigibilidade de licitação nada mais é do que o instituto jurídico que traduz as situações nas quais a competição é inviável, o que implica obrigatório afastamento da licitação. O fundamento de validade da inexigibilidade é a inviabilidade de competição, seja ela decorrente da previsão genérica descrita no *caput* do art. 25, das situações apresentadas nos três incisos do referido preceito ou das hipóteses indicadas equivocadamente no próprio art. 24 da Lei nº 8.666/93.⁴⁸¹ Em especial, no caso das aquisições de produtos de defesa, muitas vezes obtido em mercados de pouca competitividade, há hipóteses que devem ser analisadas à luz dos dispositivos que regulam os casos de inexigibilidade, conforme se segue e naquilo que for aplicável ao setor de defesa:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

(...)

Da análise dos dois incisos acima, pode-se concluir pela plena possibilidade de aplicação nas contratações de defesa, pois não são raras as situações nas aquisições de materiais de defesa, em que somente existe um produtor ou empresa e que exijam serviços técnicos de natureza singular com profissionais ou empresas de notória especialização.

Questão comum no setor de defesa são os contratos de longo prazo, derivados do contrato principal, que normalmente envolvem manutenção e outras atividades logísticas durante o ciclo de vida do produto de defesa. Independentemente da forma pela qual foi celebrado o contrato originário, estabelece-se uma relação de interdependência entre o fabricante e o Estado, que dependendo do ciclo de vida do bem e considerando a natureza do material, pode durar em média 50 anos, para projetos de alta tecnologia, nos quais são influenciados diretamente pelos investimentos em manutenção e repotencialização do material.⁴⁸² Esses contrários sucessivos ao principal serão certamente fundamentados pelo art. 25, da Lei 8.666/93, por se tratar de inviabilidade de competição, em razão de questões de confidencialidade estratégica e comercial, e exclusividade do fornecedor.

⁴⁸¹ MENDES, Renato Geraldo. Lei de licitações e contratos anotada: notas e comentários a Lei nº 8.666/93. 9ª Ed. Curitiba: Zênite, 2013, p. 461.

⁴⁸² SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgravemacmillan, Londres, p. 129.

Outro ponto existente que vincula de maneira umbilical o Estado ao fornecedor originário do produto de defesa, principalmente nos países em desenvolvimento, é que normalmente nos setores industriais de alta tecnologia, existe somente um produtor por linha de fornecimento, não restando opção ao Estado, se não comprar daquela determinada indústria. No Brasil, é de fácil identificação, por exemplo, no caso da aquisição de aeronaves. Ao decidir pela contratação de produto nacional no setor aeronáutico, não restará opção ao Governo brasileiro, se não comprar da Embraer, no caso de aeronaves de asas fixas, e da Helibrás, no caso de asas rotativas.

Assim, como já dito, o mercado de equipamentos militares, em especial os de maior complexidade, costuma ser um mercado restrito. Não obstante, com os objetivos e diretrizes fixados pela PND e END e com o conseqüente estabelecimento de marcos regulatórios especiais no setor de defesa, poderá haver o movimento no sentido do aumento progressivo do número de empresas que se habilitam à produção e fornecimento de materiais anteriormente só obtidos em verdadeiros monopólios. Há que se ter, portanto, o determinado discernimento no sentido de realizar a competição sempre que viável, de forma a garantir o respeito segundo o qual a realização do processo licitatório deve ser vista como a regra quando da aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.⁴⁸³

3.5.2 – Contratações de defesa na Lei nº 12.598/12– núcleo do microsistema.

Conforme já afirmado em outros tópicos, a ineficiência da Lei nº 8.666/93 em abarcar todas as situações relativas às licitações e contratos, em razão das particularidades de mercados específicos e considerados economicamente imperfeitos, tanto pela concentração de mercado pelos produtores (monopólio e oligopólio), como pela existência de um único contratante estatal (monopsônio), teve por conseqüência, uma crescente produção normativa de regimes especiais: os microsistemas.

Em especial, nas compras públicas de defesa, essas contratações tornam-se objeto de regulação, em razão de sua função estratégica e das especificidades do mercado e dos produtos. Além disso, por se tratar de um mercado monopsônico, o Estado tem um papel fundamental e decisivo na política de desenvolvimento da indústria de defesa doméstica, com

⁴⁸³ ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Licitação: aquisição de material militar no Brasil. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2657586.PDF>>. Acesso em 30 set 2014.

a opção pelo tamanho da nacionalização do setor, ao decidir por comprar no exterior ou no próprio país e por exigir contrapartidas e compensações tecnológicas e industriais.

É nesse contexto que a END fixa como diretriz a capacitação da BID, com a finalidade de conquistar a autonomia em tecnologias indispensáveis à defesa. Para isso, a Estratégia afirma que a proteção das empresas privadas nacionais de produtos de defesa contra o risco do imediatismo mercantil é dever do Estado, que deve ser realizado por meio das compras públicas e pelo estabelecimento de regimes jurídico, regulatório e tributário especiais. Nesse sentido, foi editada a Lei nº 12.598/2012, regulamentando o regime especial para as compras, contratações e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa e dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de Defesa, na medida que estabelece da mesma forma um regime especial tributário.⁴⁸⁴

Assim sendo, o microsistema especial em matéria das contratações de defesa é estabelecido a partir da edição da Medida Provisória nº 544/2011, convertida na Lei nº 12.598/2012, que se torna o núcleo desse microsistema no âmbito nacional, sob a perspectiva de formular um novo plano normativo e especial de contratação pública, bem como de instrumento adequado para a efetivação da política pública de defesa, no que se refere ao desenvolvimento da BID. Passa-se a análise dos principais aspectos da Lei nº 12.598/2012.

i) âmbito de incidência do regime especial de contratações

O parágrafo único do artigo 1º delimita o âmbito de incidência do regime especial em razão do objeto e em razão do sujeito contratante. Em relação ao objeto, somente podem ser contratados produtos de defesa, sistemas de defesa e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa, que foram conceituados no artigo 2º da Lei e que serão estudados em seguida.

Em relação ao sujeito contratante, a norma dispõe que podem aplicar o regime os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e privadas, as sociedades de economia mista, os órgãos e as entidades públicas fabricantes de produtos de defesa e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Da leitura do dispositivo emergem duas questões: ao tratar dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a lei estaria autorizando a aplicação pelas polícias militares? O que a lei quis dizer ao permitir a aplicação do regime pelas empresas privadas? Por uma hermenêutica

⁴⁸⁴ BRASIL. Ministério da Defesa. END 2012. Diretriz nº 22.

extensiva e teleológica, poderia se afirmar que as polícias militares e federal poderiam aplicar o regime especial, haja vista que sua utilização auxiliaria no fomento do desenvolvimento da BID, conforme o que pressupõe a Estratégia Nacional de Defesa. Todavia, será necessária a manifestação interpretativa pelos tribunais de contas, demais órgãos de fiscalização e o próprio Judiciário, na possibilidade de aplicação nos editais de licitação. No que se refere à empresa privada, tudo leva ao entendimento de que o legislador quis se referir ao regime especial tributário, previsto na lei, já que não há a possibilidade jurídica de aplicação do regime público especial de licitações e contratos.⁴⁸⁵

ii) Definições estruturantes

A Lei nº 12.598/2012 inova ao dispor de conceitos novos, que servem de instrumento para a estruturação e aplicação do regime especial. O Artigo 2º elenca as seguintes definições: a) Produto de Defesa (PRODE); b) Produto Estratégico de Defesa (PED); c) Sistema de Defesa (SD); d) Empresa Estratégica de Defesa (EED); e e) outros conceitos complementares⁴⁸⁶.

Não obstante a tentativa de conceituação, vários conceitos jurídicos indeterminados foram incorporados como, por exemplo, “atividades finalísticas de defesa”, “dificuldade de obtenção”, “imprescindibilidade” e “interesse estratégico para a defesa nacional”, entre outros. Outra dificuldade a ser enfrentada será, como já dito, a classificação de produtos e sistemas de uso dual. Obviamente, que as empresas tentarão, na dúvida, classificar os seus produtos nessas categorias especiais, cabendo à CMID, ao longo do tempo, estabelecer uma linha de raciocínio lógico, reduzindo ao máximo a subjetividade. Necessário se faz um estudo específico das decisões da CMID até o presente momento, a fim de concluir sobre a interpretação mais extensiva ou restritiva na classificação de produtos e sistemas duais ou aqueles que, num primeiro momento, vislumbram-se como de apoio ao sistema ou ao produto, propriamente dito.

Em relação ao produto de defesa (PRODE), esse é definido como “todo bem, serviço, obra ou informação, inclusive armamentos, munições, meios de transporte e de comunicações, fardamentos e materiais de uso individual e coletivo utilizados nas atividades finalísticas de

⁴⁸⁵ GAMELL, Denis; PRADO, Lucas Navarro. *Regime especial de contratações de produtos e sistemas de defesa militares no Brasil: oportunidade para desenvolvimento de uma Indústria Nacional de Defesa e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum. Revista de Contratos Públicos, ano 3, n.4, set./fev. 2014.

⁴⁸⁶ O artigo 2º ainda traz, além dos já expostos, os conceitos de inovação, desenvolvimento, compensação, acordo de compensação; plano de compensação; instituição científica e tecnológica e sócios ou acionistas brasileiros.

defesa⁴⁸⁷, com exceção daqueles de uso administrativo”, conforme o inciso I do art. 2º da Lei nº 12.598/2012.

Já o Sistema de Defesa (SD) é definido como o “conjunto inter-relacionado ou interativo de Prode que atenda a uma finalidade específica”, conforme dispõe o inciso III do art. 2º da mesma lei. Assim sendo, o conceito de SD é derivante do conceito de PRODE e com este se relaciona, necessitando assim do perfeito entendimento prévio do que é o PRODE. Caso haja dúvida na classificação de um PRODE, a incerteza contaminará a classificação do SD.

Os produtos estratégicos de defesa (PED) foram definidos no inc. II do art. 2º como “todo Prode que, pelo conteúdo tecnológico, pela dificuldade de obtenção ou pela imprescindibilidade, seja de interesse estratégico para a defesa nacional”. A Lei exemplifica alguns tipos de PED: “a) recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais; b. serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico; e c) equipamentos e serviços técnicos especializados para as áreas de informação e de inteligência”.

Assim sendo, conclui-se que um PRODE pode ou não ser um PED, sendo o PRODE qualificado como PED, quando houver interesse estratégico para a defesa nacional em face de alguma das características que o inciso menciona: conteúdo tecnológico, dificuldade de obtenção ou imprescindibilidade. Como afirmado anteriormente, tanto o “interesse estratégico para a defesa nacional”, como as características exigidas, revestem-se de um conteúdo indeterminado para que se possa classificar com precisão o que seja um PED, restando à CMID e aos órgãos de controle a construção desses conceitos.

A empresa estratégica de defesa (EED) pode ser definida como “toda pessoa jurídica credenciada pelo Ministério da Defesa mediante o atendimento cumulativo” de certos requisitos⁴⁸⁸, conforme o inc. IV do art. 2º da Lei nº 12.598/2012.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Pelas diretrizes estabelecidas pela END, conclui-se que as atividades finalísticas de defesa são aquelas relacionadas às atribuições constitucionais das Forças Armadas, dispostas no Art. 142, da CF/88, e na Lei Complementar nº 97 de 1999 que veio a regulamentar o art. 142, § 1º, tratou tanto das atribuições constitucionais das Forças Armadas como de outras subsidiárias.

⁴⁸⁸ a) ter como finalidade, em seu objeto social, a realização ou condução de atividades de pesquisa, projeto, desenvolvimento, industrialização, prestação dos serviços referidos no art. 10, produção, reparo, conservação, revisão, conversão, modernização ou manutenção de PED no País, incluídas a venda e a revenda somente quando integradas às atividades industriais supracitadas;

b) ter no País a sede, a sua administração e o estabelecimento industrial, equiparado a industrial ou prestador de serviço;

iii) Licitação especial ou restrita: excepcionalidade à Lei nº 8.666/93

O artigo 3º, parágrafo 1º, autoriza ao Estado a adoção de procedimentos especiais em relação à Lei nº 8.666/93, nas contratações públicas de produtos e sistemas de defesa. Assim, a realização de procedimento licitatório especial poderá ser realizada pelo poder público, nas seguintes condições:

I - destinado exclusivamente à participação de EED quando envolver fornecimento ou desenvolvimento de PED;

II - destinado exclusivamente à compra ou à contratação de Prode ou SD produzido ou desenvolvido no País ou que utilize insumos nacionais ou com inovação desenvolvida no País, e, caso o SD envolva PED, aplica-se o disposto no inciso I deste parágrafo; e

III - que assegure à empresa nacional produtora de Prode ou à ICT, no percentual e nos termos fixados no edital e no contrato, a transferência do conhecimento tecnológico empregado ou a participação na cadeia produtiva.

Da análise do artigo 3º, é inequívoca a conclusão de que o procedimento especial e restrito de licitação é facultativo, cabendo à Administração Central do MD e aos Comandos Militares a faculdade em eleger sobre a adoção do regime especial ou dos procedimentos dispostos na Lei nº 8.666/93, em especial os casos de dispensa e inexigibilidade.

Passados mais de três anos da edição da MP nº 544/2011, que inaugurou o regime especial de contratação e na qual já constava a licitação especial ou restrita, de mais de dois anos e oito meses da conversão da MP na Lei nº 12.598/2012 e um ano e oito meses do Decreto nº 7.970/13, *nenhuma* licitação foi realizada sob a égide desse regime especial. Da análise das contratações dos projetos estratégicos dos três Comandos Militares e do MD, percebe-se clara a preferência do gestor pela adoção da dispensa de licitação, por meio das hipóteses do inciso IX (Segurança Nacional) e XXVIII (alta complexidade e material de defesa), ambos do art. 24 da Lei nº 8.666/93, e da inexigibilidade, do art. 25 da mesma Lei.

O número de PRODEs, EED, PED e SD cadastrados no Sistema xxx do MD comprova uma tendência de mobilização do setor privado, em especial o industrial, na direção à concretização dos objetivos e diretrizes da PND e END, sob a responsabilidade desse setor. Em outras palavras, a iniciativa está, em termos, fazendo a sua parte, ao se cadastrar e

c) dispor, no País, de comprovado conhecimento científico ou tecnológico próprio ou complementado por acordos de parceria com Instituição Científica e Tecnológica para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, relacionado à atividade desenvolvida, observado o disposto no inciso X do caput;

d) assegurar, em seus atos constitutivos ou nos atos de seu controlador direto ou indireto, que o conjunto de sócios ou acionistas e grupos de sócios ou acionistas estrangeiros não possam exercer em cada assembleia geral número de votos superior a 2/3 (dois terços) do total de votos que puderem ser exercidos pelos acionistas brasileiros presentes; e e) assegurar a continuidade produtiva no País.

⁴⁸⁹ GAMELL, Denis; PRADO, Lucas Navarro fazem uma análise aprofundada de cada requisito, levantando questões como a inconstitucionalidade dos requisitos em Regime especial de contratações de produtos e sistemas de defesa militares no Brasil: oportunidade para desenvolvimento de uma Indústria Nacional de Defesa e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum. Revista de Contratos Públicos, ano 3, n.4, set./fev. 2014..

apresentar os produtos que o segmento tem capacidade de produzir. Cabe ao Estado, a sinalização de que a “lei vai pegar”, ao adotar de forma expressiva o regime especial restrito às EED, sob a ameaça de se ter um movimento contrário, com a desmotivação e desmobilização empresarial e industrial nacional.

Como exemplo de medida simples e eficaz da utilização de norma pelo Estado, destaca-se o Decreto nº 5.450/05, que regulamentou o pregão eletrônico. No seu artigo 4º, o Presidente da República como chefe do Poder Executivo, ao perceber que a nova modalidade de licitação não vinha sendo adotada efetivamente, determinou obrigatório o uso do pregão nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencialmente na forma eletrônica e devendo o gestor justificar, quando da sua não utilização. Em outras palavras, tornou-se regra o pregão eletrônico no âmbito do Poder Executivo, sendo o seu afastamento a exceção, com o dever do gestor de justificar a não utilização. Da mesma forma, o regime restrito e especial nas compras da Defesa poderá se tornar a regra, enquanto a adoção da Lei nº 8.666/93, a exceção.

Continuando a análise, percebe-se que as grandes inovações em relação à Lei nº 8.666/93 são: i) possibilidade de restrição na licitação para participação apenas de “Empresas Estratégicas de Defesa; ii) previsão de adoção de critérios de seleção que possam abranger a análise das condições de financiamento oferecidas pelo licitante; e iii) possibilidade do edital e do contrato em prever um percentual mínimo de agregação de conteúdo nacional.

Os incisos II e III, do parágrafo 1º, do artigo 3º da Lei nº 12.598/2012 não inovam em relação à Lei nº 8.66/93, em razão de que a possibilidade de que o Edital restrinja objeto da licitação à contratação de produtos “produzidos ou desenvolvidos no País ou que utilizem insumos nacionais ou com inovação desenvolvida no País” segue a mesma linha de outras alterações promovidas na própria Lei nº 8.666/93, no sentido de incentivar a produção e inovação nacional bem como a geração de empregos no Brasil.⁴⁹⁰

Da mesma forma, a transferência de conhecimento tecnológico ou a participação na cadeia produtiva assemelha-se ao dispositivo inserido na Lei nº 8.666/93⁴⁹¹, por meio da Lei

⁴⁹⁰ GAMELL, Denis; PRADO, Lucas Navarro. *Regime especial de contratações de produtos e sistemas de defesa militares no Brasil: oportunidade para desenvolvimento de uma Indústria Nacional de Defesa e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum. Revista de Contratos Públicos, ano 3, n.4, set./fev. 2014.

⁴⁹¹ O art. 3º, § 11, da Lei Federal nº 8.666/93, prevê: “[o]s editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a

nº 12.349/2010, que acrescenta uma nova finalidade legal à licitação: a promoção do desenvolvimento econômico sustentável.

iv) Incentivos tributários e o financiamento e fomento à BID

O capítulo III, que trata do incentivo à área estratégica de defesa, estabelece uma série de incentivos fiscais, por meio da instituição do Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa (RETID), descritos nos artigos 6º a 12, criando um regime especial aplicável às empresas que:

I - a EED que produza ou desenvolva bens de defesa nacional definidos em ato do Poder Executivo ou preste os serviços referidos no art. 10 empregados na manutenção, conservação, modernização, reparo, revisão, conversão e industrialização dos referidos bens;

II - a pessoa jurídica que produza ou desenvolva partes, peças, ferramentais, componentes, equipamentos, sistemas, subsistemas, insumos e matérias-primas a serem empregados na produção ou desenvolvimento dos bens referidos no inciso I do caput; e

III - a pessoa jurídica que preste os serviços referidos no art. 10 a serem empregados como insumos na produção ou desenvolvimento dos bens referidos nos incisos I e II do caput.

O RETID foi regulamentado pelo Decreto nº 8.122, de 16 de outubro de 2013 e pela Instrução Normativa RFB nº 1.454/2014, no qual a Receita Federal do Brasil disciplina toda a sua aplicação procedimental, fiscalização e descumprimento das condições do RETID.

Em relação aos incentivos financeiros e fomentos à BID, com o objetivo de desenvolver novos projetos e produtos na área de defesa e de impulsionar a produtividade e competitividade do setor, foi instituído o programa Inova Aerodefesa⁴⁹² em maio de 2013, com a assinatura de protocolo de intenções entre os ministérios da Defesa; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; e o da Ciência, Tecnologia e Inovação. O projeto é parte de um programa maior do governo federal chamado Inova Empresa, que prevê a articulação de órgãos, entre eles o Ministério da Defesa (MD), para dar apoio financeiro a projetos por meio de instituições de fomento.⁴⁹³

A partir do protocolo de intenções foi estabelecido o Plano de Apoio Conjunto Inova Aerodefesa, uma parceria entre o Ministério da Defesa, a Financiadora de Estudos e Projetos

partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal”.

⁴⁹² O programa *Inova Aerodefesa* engloba quatro linhas temáticas: aeroespacial, defesa, segurança e materiais especiais. Podem ser beneficiados, por exemplo, projetos acerca de plataformas espaciais, foguetes, sensores, sistemas de identificação biométrica, armas não letais, ligas metálicas, resinas, tubos e propelentes sólidos

⁴⁹³ BRASIL. Ministério da Defesa. Notícias. Disponível em <www.defesa.gov.br>. Acesso em 30 set 2014.

(Finep), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES) e a Agência Espacial Brasileira (AEB).

As linhas de financiamento são provenientes do Finep e do Fundo Tecnológico (Funtec) do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), sendo possível às empresas pleitearem o financiamento pelas duas linhas, simultaneamente. Em 2014, foi estabelecido o montante de recursos não-reembolsáveis para investimentos de R\$ 291 milhões, sendo R\$ 191 milhões oriundos da Finep e os R\$ 100 milhões restantes provenientes Funtec (BNDES), com o benefício de mais de 60 projetos de empresas⁴⁹⁴ e Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs). Outros R\$ 8,4 bilhões poderão ser liberados em crédito reembolsável – que devem ser restituídos - para 64 empresas selecionadas, responsáveis por 315 projetos.⁴⁹⁵

v) Regulamentação da Lei nº 12.598/2012

A Lei nº 12.598/2012 é regulamentada pelos Decretos nº 7.970 de 28 de março de 2013 e nº 8.122, de 16 de outubro de 2013.

Ao regulamentar os dispositivos a Lei nº 12.598/2012, o Decreto 7.970/2013 dispõe sobre a criação da Comissão Mista da Indústria de Defesa (CMID), dos procedimentos para a classificação dos produtos de defesa (PRODE), dos produtos estratégicos de defesa (PEE) e dos sistemas de defesa (SD) e do credenciamento das empresas de defesa (ED) e das empresas estratégicas de defesa (EED), bem como do Termo de Licitação Especial (TLE) para as licitações especiais, de que trata o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 12.598/2012.

A CMID⁴⁹⁶ tem um perfil interministerial e multidisciplinar, conforme o artigo 2º e seus parágrafos do Decreto, tendo por finalidade o assessoramento ao Ministro de Estado da Defesa, nos processos decisórios e em proposições de atos relacionados à indústria nacional de defesa. Cabe à Comissão, propor ao ministro o credenciamento das empresas de defesa e a homologação e a classificação dos produtos e sistemas de defesa, nas diversas formas dispostas na Lei nº 12.598/2012.

⁴⁹⁴ Entre as instituições apoiadas pelo Inova Aerodefesa estão a Embraer, Avibras, Odebrecht e Imbel.

⁴⁹⁵ BRASIL. Ministério da Defesa. Notícias. Disponível em <www.defesa.gov.br>. Acesso em 30 set 2014.

⁴⁹⁶ BRASIL. Ministério da Defesa. Portaria nº 3.214/2013/MD. Estatuto da CMID. Disponível em <http://www.defesa.gov.br/arquivos/industria_defesa/cmld/estatuto_cmld_portaria_3214.pdf>. Acesso em 20 set 2014.

O Decreto nº 7.970/2013 regulamenta o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 12.598/2012, que dispõe sobre as licitações restritas ou especiais de defesa, estabelecendo a obrigatoriedade da confecção do Termo de Licitação Especial (TLE)⁴⁹⁷, no qual deverá conter a análise entre benefício e custo e as razões da opção de utilização do procedimento licitatório abrangido pela Lei nº 12.598/2012.

A opção pela licitação especial tem por objetivo permitir que as compras e contratações do setor sigam uma lógica baseada não apenas nos critérios econômicos dos projetos e dos produtos de defesa, admitindo-se a adoção de critérios com orientação mais estratégica (aspectos geopolíticos, alianças regionais, fatores micro e macroeconômicos de longo prazo), no intuito de fortalecer a BID, que possibilitarão às empresas brasileiras desenvolver capacidades tecnológicas e construir vantagens competitivas.⁴⁹⁸

Já o Decreto nº 8.122/ 2013, como já dito, regulamenta o Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa - Retid, instituído pela Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012. Também sob a forma regulamentar, a Instrução Normativa RFB nº 1.454/2014 estabelece a forma e o procedimento de habilitação ao Retid, conforme dispõe o artigo 10 do Decreto nº 8.122/13.

O Decreto, no artigo 2º, estabelece quem são as beneficiárias do Retid, cujas instituições ficam isentas do pagamento do PIS/Pasep, Cofins e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

⁴⁹⁷ Art. 12. As aquisições de que trata o [§ 1º do art. 3º da Lei nº 12.598, de 2012](#), deverão ser precedidas de Termo de Licitação Especial - TLE.

(...)

§ 2º O TLE, no que couber, indicará:

I - percentual mínimo de conteúdo nacional;

II - capacidade inovadora exigida;

III - contribuição para aumentar a capacidade tecnológica e produtiva da base industrial de defesa, esperada como resultado da contratação;

IV - sustentabilidade do ciclo de vida do PRODE;

V - garantia de continuidade das capacitações tecnológicas e produtivas a serem exigidas;

VI - possíveis condições de financiamento; e

VII - parâmetros para valoração da relação entre benefício e custo.

⁴⁹⁸ DEFESA BR. Base industrial de defesa. Disponível em < http://www.defesabr.com/MD/md_bid.htm>. Acesso em 20 set. 2014.

3.6 – As contratações de defesa no Plano de Articulação e Equipamento da Defesa (PAED)

Conforme abordado no capítulo anterior, quando da análise do PAED, a partir dos objetivos fixados na PND e das diretrizes estabelecidas na END, o MD definiu os projetos estratégicos que permitirão ao país desenvolver capacidade para defender, com eficiência, sua soberania e seus interesses, distribuídos pela Administração Central do MD e pelos Comandos Militares da Marinha, do Exército e da Força Aérea.

Definidas como prioritárias, essas iniciativas contam com aportes financeiros que visam garantir sua execução continuada. Todos esses projetos, além disso, foram incluídos no Plano de Articulação e Equipamento da Defesa (PAED), principal instrumento que o Estado dispõe para garantir o fornecimento dos meios que as Forças Armadas necessitam.⁴⁹⁹

Em 2013, o MD teve disponibilizado no seu orçamento de investimento, o montante de aproximadamente R\$ 9,13 bilhões, sendo alocados R\$ 3,75 bilhões para a Marinha (41,05%), R\$ 1,75 bilhões para o Exército (19,23%), R\$ 2,44 bilhões para a Aeronáutica (26,75%) e R\$ 1,18 bilhões para a Administração Central do MD (1,96%).⁵⁰⁰

3.6.1 – As contratações de defesa nos projetos estratégicos da Administração Central do Ministério da Defesa

No âmbito da Administração Central do MD, existem atualmente dois projetos estratégicos, que tem o objetivo de unificar a compra de produtos de defesa dos três Comandos Militares (Marinha, Exército e Aeronáutica), em conformidade com a END, que estabelece que a formulação e a execução da política de compras de produtos de defesa serão centralizadas no Ministério da Defesa, sob a responsabilidade da Secretaria de Produtos de Defesa, admitida delegação na sua execução. A centralização da aquisição nos projetos de Defesa Antiaérea e dos Helicópteros de Transporte foi a primeira iniciativa nesse sentido, inaugurando um novo paradigma na contratação pública de defesa.

⁴⁹⁹ BRASIL. Ministério da Defesa. Disponível em <www.defesa.gov.br>. Acesso em 30 set 2014.

⁵⁰⁰ BRASIL. Ministério da Defesa. Memento nº 64: dados atualizados até maio de 2014.

i) Análise da contratação do Projeto HX-BR

O Projeto HX-BR tem por objeto a produção no Brasil de 50 helicópteros de transporte EC-725 pela empresa brasileira Helibrás, em parceria com a empresa francesa Eurocopter, sendo destinados 16 de cada modelo para cada Força, 01 para a Presidência da República e 01 para o Grupo de Transporte Especial da FAB.

A iniciativa está alinhada com os objetivos da PND e com as diretrizes da END, pois fortalecerá a indústria nacional de defesa e ampliará o domínio de tecnologia militar na fabricação e produção de helicópteros no Brasil. Além do exposto, outras vantagens são elencadas: i) obtenção de conhecimento tecnológico pela FAB, pois participará de todas as fases de fabricação da aeronave; ii) Geração de emprego, sendo que para cada emprego criado no setor aeronáutico, outros cinco são criados de forma indireta; iii) cooperação técnica entre Brasil e França na área da aeronáutica militar; e iv) índice de nacionalização de 50% na fabricação das aeronaves.⁵⁰¹

Do ponto de vista da contratação pública, o MD, por meio do Comando da Aeronáutica, utilizou-se da dispensa de licitação da hipótese do inciso IX do Art. 24 da Lei 8.666/93⁵⁰², que exime do processo licitatório quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional. O contrato prevê um custo de €1.897.830.500,00 (um bilhão, oitocentos e noventa e sete milhões, oitocentos e trinta mil e quinhentos euros) e tem sua vigência entre os anos de 2009 e 2020.⁵⁰³

ii) Projeto de Defesa Antiaérea

O Projeto de Defesa Aérea tem por finalidade a aquisição de um sistema de alta tecnologia capaz de repelir ameaças em seu espaço aéreo, a partir de pontos e zonas de superfície estratégicas. Para isso, decidiu por adquirir cinco baterias antiaéreas russas, sendo três do modelo Pantsir-S1 (médio alcance) e duas Igla-S (curto alcance). Assim como o Projeto HX-BR, o Projeto de Defesa Antiaérea pretende: i) beneficiar a indústria de defesa

⁵⁰¹ BRASIL. Ministério da Defesa. Defesa nacional: projetos estratégicos. Publicação de divulgação dos projetos.

⁵⁰² BRASIL. Transparência pública. Disponível em <<http://www.transparencia.gov.br/despesasdiarias/empenho?documento=120091000012014NE000002>>. Acesso em 30 Set. 2014.

⁵⁰³ BRASIL. Imprensa Nacional. DOU Nº 251, seção 3, sexta-feira, 26 de dezembro de 2008, pag 17. EXTRATO DE ACORDO Nº1/2008Nodo Processo: 014-08/SDDP. Espécie: Termo de Acordo. Nº do Acordo: Acordo Nº 001/CTA-SDDP/2008. Origem: Contrato Nº 008/CTA-SDDP/2008.

com a transferência tecnológica; ii) formação de uma *joint venture* para a fabricação do Iгла-S no Brasil; iii) diminuição do custo de produção com a utilização de componentes do sistema Iгла, já existente no País; e iv) formação e especialização de recursos humanos na área de defesa.⁵⁰⁴

Sob o viés jurídico da contratação do projeto, não se pode concluir categoricamente sobre qual amparo legal será utilizado na contratação. Todavia, o Ministro da Defesa, por meio da portaria nº 2.555, de 04 de setembro de 2013⁵⁰⁵, autorizou o início das negociações para a aquisição dos sistemas de defesa antiaéreos de origem russa, definindo o objeto específico e o fornecedor a ser contratado. Logo, já se definiu que a competição será afastada, podendo ser utilizadas para a contratação nesse caso, a dispensa do inciso IX do Art. 24 (segurança nacional) ou o inciso I, do Art 25 (inviabilidade de competição por fornecedor único), da Lei nº 8.666/93.

Cabe um destaque no sentido de que não obstante a escolha pelo afastamento da licitação, através da dispensa ou inexigibilidade, em tese, caso se comprovasse que mais de um produtor ou fornecedor pudessem cumprir as exigências dos Requisitos Operacionais Conjuntos (ROC)⁵⁰⁶ para o produto de defesa a ser adquirido, a competição seria totalmente viável, onde poderiam ser utilizadas as modalidades de licitação da Lei nº 8.666/93 ou, caso houvesse mais de um fornecedor nacional enquadrado nas hipóteses da Lei nº 12.598/12, a licitação especial disposta nessa última Lei.

3.6.2. As contratações de defesa nos projetos estratégicos da Marinha do Brasil

Dentre os projetos prioritários da Marinha elencados no LBDN, os seguintes projetos são considerados estratégicos para o desenvolvimento da BID, sob responsabilidade da Marinha, cujas atividades estão planejadas a serem desenvolvidas no período compreendido entre 2009 e 2047: i) Programa Nuclear da Marinha; ii) Construção do Núcleo do Poder Naval; e iii) Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul (SisGAAz).⁵⁰⁷

⁵⁰⁴BRASIL. Ministério da Defesa. Defesa nacional: projetos estratégicos. Publicação de divulgação dos projetos.

⁵⁰⁵BRASIL. Imprensa Nacional. DOU Nº 172, Seção 2, quinta-feira, 5 de setembro de 2013, p. 10.

⁵⁰⁶ Os Requisitos Operacionais Conjuntos (ROC) compreendem três tipos de requisitos: os absolutos, os desejáveis e os complementares. Em outras palavras, são os equivalentes às especificações técnicas estabelecidas nas licitações ordinárias.

⁵⁰⁷BRASIL. Ministério da Defesa. Livro Branco de Defesa Nacional.

Dividido em dois grandes projetos, o Programa Nuclear da Marinha iniciou-se em 1979, com o objetivo de dominar o ciclo do combustível nuclear e de desenvolver a capacidade tecnológica para o projeto, construção, operação e manutenção do reator nuclear do tipo PWR (*pressure water reaction*), que será utilizado na propulsão do primeiro Submarino Nuclear (SN-BR), a ser construído no Brasil. A energia gerada por plantas nucleoeletricas de tecnologia nacional poderá ser utilizada pelos meios navais, pelos submarinos e para a alimentação de redes elétricas rurais e urbanas.⁵⁰⁸

A partir das diretrizes da END, o Projeto de Construção do Núcleo do Poder Naval tem por objetivo ampliar e modernizar a capacidade operacional da Marinha do Brasil, por meio do desenvolvimento de submarinos convencionais e de propulsão nuclear (Prosub), a construção de um navio-aeródromo (Pronae), de navio-anfíbio (Pronanf), de meios de superfície (Prosuper) e a produção de navios-patrolha de 500 toneladas e de corvetas.⁵⁰⁹

Sob a égide do trinômio monitoramento/controle, mobilidade e presença, o SisGAAz é um conjunto de sistemas que tem por finalidade ampliar a capacidade de monitoramento e controle das águas jurisdicionais e das regiões de busca e salvamento sob responsabilidade do Brasil. O projeto abrange a utilização de satélites, radares e equipamentos de sensoriamento submarino, podendo se integrado a outros sistemas de monitoramento, tais como Sistema de Vigilância de Fronteiras (Sisfron, do Exército) e Sistema de Defesa Aérea Brasileira (SDAB-Aeronáutica).⁵¹⁰

Quadro 3.1 Projetos estratégicos da Marinha do Brasil

PROJETO ESTRATÉGICO		PERÍODO DE DESENVOLVIMENTO DO PROJETO	CUSTO ESTIMADO (em R\$ milhões)
Construção do Núcleo do Poder Naval	PROSUB	2009-2047	172.219,80
	Construção de Navios Patrulha 500 Ton		
	Construção de corvetas		
	PROSUPER		
	PRONAE		
	PRONANF		
SISGAAZ		2011-2033	12.016,60
Programa Nuclear da Marinha		1979-2031	4.199,00

Fonte: LBDN 2012

⁵⁰⁸ BRASIL. Ministério da Defesa. Defesa nacional: projetos estratégicos. Publicação de divulgação dos projetos estratégicos.

⁵⁰⁹ BRASIL. Ministério da Defesa. LBDN.

⁵¹⁰ O conceito de Amazônia Azul designa os espaços marítimos brasileiros, uma área de aproximadamente 4, 5 milhões de quilômetros, correspondente, em tamanho, à Amazônia terrestre.

O plano de contratação, no âmbito dos projetos estratégicos da Marinha, encontra-se em fases diferentes, na medida em que o marco inicial de cada um deles foi estabelecido ao longo do tempo. No projeto estratégico da construção do núcleo do poder naval, dos seis projetos, somente houve contratações no PROSUB e na Construção de Navios Patrulha 500 Ton. O restante dos projetos ainda está em fase de planejamento e definição da modelagem contratual. Da mesma forma, o SisGAAz está na fase de planejamento e a sua contratação, provavelmente, será realizada por meio de dispensa de licitação, fundamentado no inciso XXIII (alta complexidade e defesa nacional), do art. 24, da Lei 8.666/93.⁵¹¹

Quanto ao PROSUB, foram realizadas pesquisas nas publicações do DOU e foram encontradas 9 publicações de termos de dispensa ou inexigibilidade de licitação e extrato de contratos. Da análise do encontrado, conclui-se que em todas as contratações, a licitação foi afastada, por meio da dispensa (IX e XXVIII) ou via inexigibilidade.⁵¹²

No plano operacional, a fim de gerenciar os projetos estratégicos acima relacionados foi criada em 2013, a Diretoria de Gestão de Programas Estratégicos da Marinha – DgePEM, subordinada à Diretoria-Geral do Material da Marinha – DGMM, com sede na cidade de Brasília, DF, com parte de sua organização administrativa na cidade do Rio de Janeiro, RJ.⁵¹³ A DGePEM tem como missão ser o órgão executivo central de gestão dos programas estratégicos da Marinha definidos pela Alta Administração Naval, em coordenação com as Diretorias especializadas e demais OM envolvidas, servindo de repositório do conhecimento institucional adquirido nessa gestão.⁵¹⁴

⁵¹¹ BRASIL. Diário Oficial da União e entrevista informais com militares da Diretoria de Gestão de Programas Estratégicos da Marinha – DgePEM.

⁵¹² DOU nº 56, sec. 3, 23 mar. 2011, p. 16; DOU nº 76, sec. 3, 20 abr. 2011, p. 18; DOU nº 117, sec. 3, 20 jun 2011, p. 18; DOU nº 145, sec. 3, 29 jul 2011, p. 21; DOU nº 199, sec. 3, 17 out 2011, p. 27; DOU nº 137, sec. 3, 18 jul 2013, p. 22; DOU nº 159, sec. 3, 20 ago. 2014, p. 9; e DOU nº 221, sec. 3, 14 nov. 2014, p. 24.

⁵¹³ por meio da Portaria no 114/MB, de 4 de março de 2013, alterada posteriormente pela Portaria nº 667/MB, de 12 de dezembro de 2013.

⁵¹⁴ BRASIL. Marinha do Brasil. Diretoria de Gestão de Programas Estratégicos da Marinha – DgePEM. Disponível em <<http://lithic.kinghost.net/sitedgepem/miss%C3%A3o>>. Acesso em 30 set. 2014.

3.6.3. As contratações de defesa nos projetos estratégicos do Exército Brasileiro

Conforme a PND e a END, o Exército Brasileiro tem sete projetos estratégicos em seu portfólio, os quais são considerados como indutores da transformação da Força, conforme se segue: i) Sistema de Vigilância da Fronteira (Sisfron); ii) Guarani; iii) PROTEGER; iv) Defesa Cibernética; v) Recuperação da Capacidade Operacional (RECOP); vi) Sistema de Defesa Antiaérea e vii) ASTROS 2020.

O projeto Sisfron pode ser definido como um conjunto integrado de recursos tecnológicos, tais como sistemas de vigilância e monitoramento, tecnologia da informação, guerra eletrônica e inteligência que, em conjunto com obras de infraestrutura, tem por finalidade reduzir vulnerabilidades nos 16.886 quilômetros de fronteira. Já o projeto Guarani tem por escopo dotar a Força Terrestre de uma nova família de blindados sobre rodas, em substituição aos existentes, que já tem seu ciclo de vida por mais de 30 anos. Como destaque, em alinhamento com a END, o novo blindado terá 90% de índice de nacionalização, sendo desenvolvido junto à IVECO, empresa de origem italiana. O projeto PROTEGER tem por objetivo aumentar a capacidade do Exército Brasileiro de resguardar as estruturas estratégicas terrestres do país, tais como ferrovias, aeroportos, usinas hidrelétricas, portos, aumentando o poder de dissuasão contra possíveis ameaças.⁵¹⁵

O projeto de Defesa Cibernética “tem por meta incluir o Exército Brasileiro no restrito grupo de organizações nacionais e internacionais, que possuem a capacidade de desenvolver medidas de proteção e evitar ataques no campo cibernético”. No projeto de Defesa Antiaérea, o objetivo é mediante a integração de mísseis e canhões antiaéreos, radares, centros de comando e controle, comunicações e logística, estabelecer uma moderna e adequada capacidade de defesa contra possíveis ameaças provenientes do espaço aéreo. Já o projeto ASTROS 2020 foi estruturado para a dotação de meios capazes de prestar apoio de fogo de longo alcance com elevada precisão e letalidade, sendo toda a concepção e elaboração realizada pela indústria brasileira. Por último, o RECOP trata das necessidades imediatas para atender a uma demanda reprimida de equipamentos e adestramento.⁵¹⁶

⁵¹⁵ BRASIL. Ministério da Defesa. Defesa nacional: projetos estratégicos. Publicação de divulgação dos projetos estratégicos. Vide também Escritório de Projetos do Exército. Disponível em < <http://www.epex.eb.mil.br/>>. Acesso em 30 set. 2014.

⁵¹⁶ BRASIL. Exército Brasileiro. Projetos estratégicos: indutores da transformação do Exército. Publicação de divulgação dos projetos estratégicos. Vide também Escritório de Projetos do Exército. Disponível em < <http://www.epex.eb.mil.br/>>. Acesso em 30 set. 2014.

Quadro 3.2 Projetos Estratégicos do Exército Brasileiro

PROJETO ESTRATÉGICO	PERÍODO DE DESENVOLVIMENTO DO PROJETO	CUSTO ESTIMADO (em R\$ milhões)
Recuperação da Capacidade operacional	2011-2022	11.426,80
Defesa cibernética	2010-2023	895,40
Guarani	2011-2034	20.865,70
SISFRON	2011-2023	11.992,00
PROTEGER	2012-2031	13.230,60
Sistema de Defesa Antiaérea	2010-2023	859,40
ASTROS 2020	2011-2023	1.146,00

Fonte: LBDN 2012

Da análise da modelagem contratual dos principais projetos estratégicos do Exército, verifica-se que, assim como a Marinha, os contratos que contemplam o objeto de principal e central do projeto não são submetidos à competição, através do processo licitatório, conforme se segue: i) projeto Sisfron: o Projeto básico foi contratado pelo inciso XXVIII, do art. 24 da Lei 8.666.⁵¹⁷; ii) projeto Guarani: inexigibilidade, art. 25.⁵¹⁸; e iii) ASTROS 2020: inexigibilidade, art. 25.⁵¹⁹ Alguns projetos, como, por exemplo, o RECOP, tem seus contratos pulverizados por diversas Unidades Administrativas, caracterizando a modelagem contratual pela fragmentação e, geralmente, sendo adotado o processo licitatório, por se tratar de equipamentos.

3.5.4. As aquisições de defesa nos projetos estratégicos da Força Aérea Brasileira

O projeto estratégico Capacitação Operacional da FAB tem por finalidade otimizar os processos, sistemas e atividades operacionais, bem como realizar o reaparelhamento operacional da FAB. Nesse contexto, estão previstos 8 projetos de aquisição, destacando-se a compra das 36 aeronaves de caça do Projeto FX-2, modelo Gripen NG, para substituir os Mirage 2000, e das aeronaves KC-390, encomendado à EMBRAER, que será uma aeronave de transporte militar e reabastecimento em vôo, capaz de operar em pistas com pouco preparo, substituindo as aeronaves C-130. No projeto do KC-390 estão inseridos como parceiros, Argentina, Portugal, República Tcheca. Somente a produção do KC-390 pode gerar aproximadamente US\$ 20 bilhões de exportações em 20 anos.⁵²⁰

⁵¹⁷ DOU nº 120, sec. 3, 25 jun. 2010, p. 27 e Dou nº 212, sec. 3, 1 nov.2012, p. 42.

⁵¹⁸ DOU Nº 242, sec. 3, 13 dez. 2013, p. 43. e nº 252, sec.3, 30 dez. 2013, p. 36.

⁵¹⁹ DOU Nº 132, sec. 3, 10 jul. 2012, p. 22; DOU Nº 154, sec. 3, 09 ago. 2012, p. 30; e DOU Nº 215, sec. 3, 07 nov. 2012, p.38.

⁵²⁰ BRASIL. Ministério da Defesa. Defesa nacional: projetos estratégicos. Publicação de divulgação dos projetos estratégicos e LBDN.

Quadro 3.3 Projetos estratégicos da Força Aérea Brasileira

PROJETO ESTRATÉGICO	PERÍODO DE DESENVOLVIMENTO DO PROJETO	CUSTO ESTIMADO (em R\$ milhões)
Recuperação da Capacidade operacional	2009-2019	5.546,70
Controle do Espaço Aéreo	2008-2030	938,30
Capacitação Operacional da FAB	2009-2030	55.121,00
Capacitação Científico-tecnológica	2008-2033	49.923,90
Fortalecimento da Indústria Aeroespacial e de defesa brasileira	2009-2030	11.370,20
Desenvolvimento e construção de engenhos aeroespacial	2015-2030	A ser determinado

Fonte: LBDN 2012

A modelagem contratual da FAB é normatizada pela a Diretriz do Comando da Aeronáutica nº 400-6 (Ciclo de Vida de Sistemas e Materiais da Aeronáutica). Por envolver alta complexidade e aspectos relacionados à segurança nacional, de acordo com o previsto no Decreto 2295/97, geralmente as aquisições dos projetos estratégicos da FAB fundamentam-se na hipótese de dispensa de licitação no inciso IX, do art. 24, da Lei 8.666/93, como ocorreu recentemente com a compra das aeronaves de caça Gripen NG.⁵²¹

Não obstante, o afastamento do procedimento licitatório não implica na dispensa de um processo administrativo complexo, que tem por objeto a seleção da proposta que reúna as condições mais favoráveis e que esteja de acordo com os princípios administrativos e licitatórios. Em outras palavras, afasta-se a licitação, mas continua existindo a competição, através do processo de escolha estabelecido pela Diretriz do Comando da Aeronáutica nº 400-6, que normalmente dura anos para sua conclusão.

O processo de escolha segue 22 passos até que as empresas fabricantes possam dar início ao processo de produção já que estarão cobertas com garantias comerciais e financeiras. O primeiro passo é a denominada fase conceptual, na qual se deve *identificar a necessidade operacional*, ou seja, idealizar uma aeronave que atenda uma necessidade específica da Força. Em seguida, vem a *Fase de Viabilidade*, onde são analisadas todas as alternativas, todos os riscos, e a relação custo-benefício, e posteriormente, na *Fase de Definição*, escolhe-se o tipo de aeronave e seleciona-se o fornecedor.

Para esse processo de seleção, a Aeronáutica baseia-se em uma seqüência de ofertas e análises sucessivas, conhecida como competição tipo BAFO, do inglês "*Best and Final Offer*" (Melhor Oferta Final). O processo segue a seguinte dinâmica:

⁵²¹ DOU nº 207, sec. 3, 27 out. 2014, p. 17

i) Convite para Registrar Intenção (*IRI - Invitation to Register Interest*) - As empresas com potencial para serem contratadas recebem da FAB o, IRI que já descreve, resumidamente, as necessidades da Força Aérea.

ii) Pedido de Oferta (*RFP - Request for Proposal*) - Havendo interesse, as empresas preenchem a documentação necessária à confirmação de sua participação, dentre as quais se destaca a carta de confidencialidade, e, em seguida, a FAB formaliza o processo emitindo, documento equivalente a um edital, descrevendo o objeto dos fornecimentos e/ou serviços. Recebida a primeira oferta, inicia-se o primeiro ciclo de análise das mesmas, em quatro grupos principais: a) Área Técnica/Industrial; b) Área Logística; c) Área Comercial; e d) Offset (contrapartidas comerciais).

As análises são procedidas de forma qualitativa e quantitativa. Os diversos serviços, sistemas e fornecimentos são separados por categoria, devendo receber graus numéricos em diversos atributos previamente especificados. As médias ponderadas irão indicar a pontuação recebida pelos participantes em cada área, bem como seu resultado final.

iii) Reunião presencial denominada face a face - Como conclusão do primeiro ciclo de análises, para minimizar qualquer risco de dúvidas, onde a Comissão de Seleção discute com cada empresa, em separado, suas Ofertas Iniciais. Nesta oportunidade, são clarificados vários aspectos, confrontando as equipes de análise com os técnicos de cada empresa. Durante este período, a critério da Comissão de Seleção, são agendados vãos de avaliação e visitas técnicas às empresas participantes, onde especialistas são destacados para verificar in loco os produtos, as tecnologias e as capacidades ofertadas. Como consequência da Reunião Face to Face, das visitas técnicas e dos vãos de avaliação, são emitidas Instruções para a Elaboração das Ofertas Revisadas.⁵²²

iv) Ofertas Revisadas - As empresas entregam suas ofertas revisadas que novamente são seguidas de um ciclo de análises e de novas instruções, o que viabiliza um conhecimento completo das reais potencialidades dos participantes.

v) Última e definitiva oferta - Finalmente, a Comissão de Seleção reúne-se em separado para que seja entregue a última e definitiva oferta (*Best and Final Offer - BAFO*).

⁵²² DEFESANET. FAB - Processo de Definição de Contrato. Disponível em <<http://www.defesanet.com.br/fab/noticia/17028/FAB---Processo-de-Definicao-de-Contrato/>>. Acesso em 15 out. 2014.

Ao término do ciclo de apresentação das *BAFO* por todas as empresas participantes, a Comissão as reúne e procede a abertura das Melhores Ofertas Finais, diante dos seus representantes, garantindo que não houve quebra de sigilo. A partir daí, o ciclo final de análise tem início. Os resultados são compilados na forma de relatório conclusivo do processo de seleção e encaminhados ao Alto-Comando da Aeronáutica para análise e pertinentes decisões.⁵²³

3.7. Modelos contratuais em aquisições de defesa no Direito estrangeiro e nacional

Assim como previstos no Capítulo 16 da *Federal Acquisition Regulation (FAR)*, plano normativo de contratações públicas dos EUA, uma ampla seleção de tipos de contrato deve estar disponível para o Governo e fornecedores, a fim de proporcionar a flexibilidade necessária em adquirir a grande variedade e volume de fornecimentos e serviços exigidos por diversos mercados específicos, bem como por especificidades dos órgãos contratantes. Os tipos de contrato variam de acordo com o grau e o momento da responsabilidade assumida pelo contratado, servindo de base para a formação do preço e o cálculo dos custos de desempenho. A quantidade e a natureza de incentivos de lucro oferecidos ao contratante permitem alcançar ou exceder os padrões ou metas especificadas.⁵²⁴

Em especial, nas aquisições públicas de defesa, a necessidade de contratos flexíveis avulta de importância, na medida em que estão inseridos em mercados imperfeitos (monopsônicos, monopolistas e oligárquicos), são de alto risco, pela incipiência de dados iniciais para o início do desenvolvimento de produtos, que geralmente não estão disponíveis no mercado e por terem longa vigência, podendo um ciclo de contratação durar em torno de 50 anos, dependendo do produto ou do sistema.

⁵²³ DEFESANET. FAB - Processo de Definição de Contrato. Disponível em <<http://www.defesanet.com.br/fab/noticia/17028/FAB---Processo-de-Definicao-de-Contrato/>>. Acesso em 15 out. 2014.

⁵²⁴ EUA. *Federal Acquisition Regulation (FAR)*. Cap. 16. Disponível em <http://www.acquisition.gov/far/html/FARTOCP16.html>. Acesso em 20 set. 2014.

3.7.1 Modelos contratuais de aquisições de defesa no estrangeiro

Basicamente no direito estrangeiro, os contratos de defesa são agrupados em duas grandes categorias, denominadas de *fixed-price* (preço fixo) e *cost reimbursement* (reembolso de custos) ou *cost-plus contracts*, que podem agrupar diversas variações da modelagem contratual. Entre os dois extremos, estão os vários contratos de incentivo, em que a responsabilidade do contratante é adaptada para as incertezas envolvidas na execução do contrato, quando os custos de desempenho e os incentivos de lucro ou taxa oferecidos são imprevisíveis.⁵²⁵ A seleção pelo tipo de contrato é predominantemente determinada pelo grau de risco envolvido ao longo do ciclo da contratação, na medida em que na fase de concepção do projeto de desenvolvimento do produto, muitas soluções tecnicamente planejadas ainda não foram testadas. Outro fator que pode determinar o tipo de contrato em defesa é a incerteza do cenário econômico, com a possibilidade de crises e variações cambiais.⁵²⁶

3.7.1.1. Contratos do tipo *fixed-price*

Os contratos de preço fixo (*fixed-price*) prevêm um preço firme ou, em certos casos, um preço ajustável, que inclui o estabelecimento de um preço máximo, o preço-alvo (incluindo o custo-alvo), ou ambos. Salvo disposição em contrário no contrato, o preço máximo ou preço-alvo está sujeito a ajustes apenas por força de cláusulas contratuais que prevêm ajuste equitativo ou outra revisão do preço do contrato, em circunstâncias indicadas.⁵²⁷

Esse tipo de contrato transfere ao contratante o máximo de risco e a total responsabilidade na composição de preços, com os custos, lucros ou possíveis perdas resultantes. Ao mesmo tempo, fornece o máximo de incentivo para que o contratante controle os custos e execute o contrato de forma eficaz e impõe uma carga administrativa e gerencial mínima para as partes contratantes.

⁵²⁵ Przemieniecki, J.S. *Acquisition of defense systems*. Washington: AIAA education series, 1993, p.161.

⁵²⁶ ELEMENDORF, Terrence. A critique of the US Defense Acquisition Process. In *Defence acquisition: international best practices*. BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013, p. 113

⁵²⁷ HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995, p. 118.

Um contrato de preço fixo é adequado para aquisição de produtos e serviços menos complexos, com base em especificações bem definidas, na qual se pode estabelecer desde o início, o razoável e justo valor da contratação, conforme as seguintes condições presentes:⁵²⁸

- (a) Existência de concorrência de preços adequada;
- (b) Há comparações de preços razoáveis com compras anteriores dos mesmos produtos ou similares fornecimentos de serviços efetuados em regime de concorrência ou apoiados por pesquisas de mercado válidas;
- (c) o custo ou informações disponíveis sobre a composição de preços permite estimativas realistas dos custos prováveis do projeto; ou
- (d) na existência de incertezas do desenvolvimento do projeto, essas podem ser identificadas e razoavelmente estimadas, com o conhecimento prévio de possíveis impactos nos custos, tendo o contratante a disposição de aceitar um preço fixo ofertado pela empresa, que representa a assunção dos riscos envolvidos.

Por sua vez, a categoria dos contratos de preço fixo engloba as seguintes espécies de contratos⁵²⁹: i) contratos de preço fixo com ajuste econômico de preço (*fixed-price contracts with economic price adjustment*)⁵³⁰; ii) contratos de incentivo de preço fixo (*fixed-price incentive contracts*)⁵³¹; iii) contratos de preço fixo com potencial de nova determinação de preços (*fixed-price contracts with prospective price redetermination*)⁵³²; iv) contratos de teto de preço fixo com efeitos retroativos a nova determinação de preço (*fixed-ceiling-price contracts with retroactive price redetermination*)⁵³³; e v) contratos de preço fixo, com termos contratuais de nível de esforço⁵³⁴ (*firm-fixed-price, level-of-effort term contracts*).⁵³⁵

⁵²⁸ EUA. *Federal Acquisition Regulation (FAR). Fixed-price contracts*. Disponível em http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016_2.html#wp1091107>. Acesso em 20 set. 2014.

⁵²⁹ SORENSON, David S. *The process and politics of defense acquisition: a reference handbook*. Connecticut: Praeger Security International, 2009, p. 52.

⁵³⁰ Um contrato de preço fixo com ajuste econômico de preço prevê revisão para cima e para baixo do valor do contrato, quando da ocorrência de contingências econômicas especificadas.

⁵³¹ Um contrato de incentivo de preço fixo prevê o ajustamento do lucro e estabelecendo o preço final do contrato, por uma fórmula baseada na relação do custo total negociado final para custo-alvo total.

⁵³² Um contrato de preço fixo com potencial de nova determinação de preços prevê a possibilidade de estabelecimento de um preço fixo por um período inicial de entregas do contrato ou cumprimento de tarefas e um novo valor de contraprestação, em um momento ou prazo futuro durante a execução.

⁵³³ Um contrato-teto de preço fixo com efeitos retroativos prevê um preço máximo fixado e uma nova composição de preço retroativo, dentro do limite máximo, após a conclusão do contrato.

⁵³⁴ O contrato prevê que o contratado forneça um nível específico de esforço, durante um período de tempo determinado, em um trabalho que pode ser indicado apenas em termos gerais e o governo fica obrigado a pagar ao contratado um valor fixo em dólar.

⁵³⁵ EUA. *Federal Acquisition Regulation (FAR). Fixed-price contracts*. Disponível em http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016_2.html#wp1091107>. Acesso em 20 set. 2014.

3.7.1.2. Contratos do tipo *cost reimbursement*

O contrato do tipo *cost reimbursement* (reembolso de custos) ou *cost-plus contracts* (custo acrescido) é aquele em que é previsto o pagamento dos custos ou das despesas admissíveis, previamente estipulados no contrato. Da mesma forma, é disposta uma estimativa do custo total do contrato, a fim de se realizar a respectiva reserva orçamentária, e um limite máximo ao qual o contratado não pode exceder (exceto por seu próprio risco) sem a aprovação do contratante. O contrato analisado somente pode ser usado quando se configura um cenário de incertezas na sua execução, que decorre na impossibilidade de se precisar o valor a ser contratado e da utilização dos contratos de preço fixo.⁵³⁶

Alem da imprevisibilidade dos custos de execução do contrato, outros requisitos são necessários para a adoção do contrato de custo acrescido, sendo proibida a utilização do modelo contratual para aquisição de itens comerciais disponíveis no mercado. Os requisitos adicionais são:⁵³⁷

- i) existência de sistema de contabilidade do contratado que garanta a determinação dos custos aplicáveis ao contrato; e
- ii) exigência de acompanhamento contratual pelo governo, de forma apropriada durante a execução, por meio de métodos de controle de custos eficientes e eficazes.

Da mesma forma que os contratos de preço fixo, os contrato de reembolso de custo possui uma série de espécies previstas no FAR, conforme se segue: i) contrato de custo (cost contract)⁵³⁸; ii) contrato de partilha de custos (cost sharing)⁵³⁹; iii) contratos de custo mais taxa de incentivo(cost-plus incentive fee)⁵⁴⁰; iv) contrato de custo mais taxa de prêmio (cost-plus award fee)⁵⁴¹; v) contrato de custo mais taxa fixa (cost-plus fixed fee).⁵⁴²

⁵³⁶ EUA. *Federal Acquisition Regulation (FAR). Fixed-price contracts*. Disponível em <http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016.2.html#wp1091107>>. Acesso em 20 set. 2014.

⁵³⁷ EUA. *Federal Acquisition Regulation (FAR). Fixed-price contracts*. Disponível em <http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016.2.html#wp1091107>>. Acesso em 20 set. 2014.

⁵³⁸ é um contrato de reembolso em que o contratante não recebe nenhuma taxa, podendo ser apropriado para o trabalho de pesquisa e desenvolvimento, particularmente com instituições de ensino sem fins lucrativos ou outras organizações sem fins lucrativos.

⁵³⁹ é um contrato de reembolso em que o contratante não recebe nenhuma taxa e é reembolsado somente para parcelas acordadas de seus custos permissíveis, podendo ser utilizado quando o contratante se compromete a absorver uma parte dos custos, na expectativa de benefícios compensadores substanciais futuros.

⁵⁴⁰ é um contrato de reembolso que prevê uma taxa inicialmente negociada para ser ajustado mais tarde por uma fórmula baseada na relação do total de custos elegíveis aos custos totais alvo.

⁵⁴¹ é um contrato de reembolso que prevê uma taxa composta de (a) um montante de base (que pode ser zero) fixado no início do contrato e (b) uma quantidade prêmio, com base em uma avaliação de julgamento por parte do governo, suficiente para fornecer a motivação ao contratado para a busca da excelência na execução do contrato.

Dentre as espécies de contratos de reembolso de custo, o contrato de custo mais taxa fixa (*cost-plus fixed fee*) merece análise mais detalhada, em razão de que esse tipo contratual é utilizado nas situações de risco de nível mais elevado. O contrato sob análise pode ser definido como um contrato no qual é previsto o pagamento ao contratado de uma taxa negociada que é fixado no início do contrato. A taxa fixa não varia com o custo real, mas pode ser modificada como resultado de mudanças no trabalho a realizar, no âmbito do contrato. Este tipo de contrato é indicado para situações em que a contratação exija esforços que representem um risco muito grande para os contratados, oferecendo em contrapartida a recomposição dos seus custos mais uma taxa garantida pelos trabalhos desenvolvidos.⁵⁴³

A aplicação do contrato de custo mais taxa fixa (*cost-plus fixed fee*) é indicado para a realização de pesquisas, exploração ou estudo preliminar, no qual o esforço a ser despendido é desconhecido e para o desenvolvimento e validação de protótipos. Em contrapartida, não deve ser utilizado no desenvolvimento de grandes sistemas, uma vez que a exploração preliminar e estudos de redução de riscos possibilitam a indicação de que o desenvolvimento é possível e que permitem ao governo, estabelecer critérios de desempenho razoavelmente precisos e de cronogramas de execução.

Concluindo, a escolha do tipo do contrato a ser firmado (preço fixo ou custo reembolsável) nas aquisições de defesa identifica duas questões em relação à política de contratação selecionada, que são: i) como os riscos da contratação devem ser distribuídos entre o estado e o contratado? e ii) quais são os impactos dos arranjos contratuais no comportamento e eficiência do contratado, a fim de se atingir os objetivos determinados no contrato? Como indicativo de respostas, a prática demonstra que os contratos de reembolso de custos são verdadeiros “cheques em branco”, nos quais os contratados se comportam de forma ineficiente, há o acúmulo de trabalho e a escalada de custos, bem como os produtos finais são denominados de “*gold-plating*” (folheados a ouro), em razão da qualidade duvidosa.⁵⁴⁴

Logo, estabelecem-se as preferências, na medida em que os contratados usualmente preferem os contratos de reembolso de custo porque resultam em lucros, mas não resultam em redução de custos dos projetos pagos pelo governo. Em sentido contrário, o governo prefere

⁵⁴² SORENSON, David S. *The process and politics of defense acquisition: a reference handbook*. Connecticut: Praeger Security International, 2009, p. 52.

⁵⁴³ EUA. *Federal Acquisition Regulation (FAR). Fixed-price contracts*. Disponível em <http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016.2.html#wp1091107>>. Acesso em 20 set. 2014.

⁵⁴⁴ HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995, p. 118.

algum tipo de contrato de preço fixo porque permite um orçamento mais previsível e serve como instrumento para o contratado reduzir os custos e cumprir os cronogramas de entrega dos produtos e sistemas.⁵⁴⁵ Assim, não são raras as discussões comparativas sobre as vantagens e desvantagens dos modelos contratuais, bem como da renegociações posteriores em cada caso.⁵⁴⁶

3.7.2. Modelos contratuais em aquisições de defesa no Direito nacional

O direito contratual administrativo no Brasil é disposto em diversos instrumentos normativos. O conceito legal de contrato administrativo é posto no Estatuto Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), no art. 2º, sendo definido como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Como parte da Administração Pública, a Defesa, ao firmar seus contratos de aquisição de produtos e sistemas de defesa, subordina-se ao regime jurídico de direito público, em especial, dos contratos administrativos. Não obstante, não serão todas as formas contratuais disponíveis que terão sua aplicabilidade no microsistema de contratação de defesa.

A fim de sistematizar em grupos, com a aplicação de regimes jurídicos semelhantes, e evidenciar o aumento da complexidade no direito administrativo atual, módulos convencionais de contratos administrativos são estabelecidos. São classificados como: i) módulos convencionais de cooperação⁵⁴⁷ (expressão que ressalta a ideia de atuação conjunta para um mesmo fim); ii) módulos convencionais de concessão⁵⁴⁸ (expressão que conota

⁵⁴⁵ SORENSON, David S. *The process and politics of defense acquisition: a reference handbook*. Connecticut: Praeger Security International, 2009, p. 53.

⁵⁴⁶ BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. *Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts*. RAND Journal of Economics, vol. 32, nº 3, Autumn 2001, pp. 387-407. Os autores traçam um comparativo entre os dois tipos de contrato, sob o confronto de uma política de incentivos e a redução de renegociações contratuais posteriores. Vide também WILLIAMSON, Oliver E.. *The economics of defense contracting: incentives and performance*. Pensilvânia: National Bureau of economic Research, 1967, pp. 217-278. Disponível em www.nber.org/chapters/c5165. Acesso em 20 set. 2014; TIROLE, Jean. Procurement and renegotiation. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology (MIT), december 1984, nº 362, pp. 1-39. Disponível em < <https://archive.org/details/procurementreneg00tiro> >. Acesso em 30 set. 2014.

⁵⁴⁷ São exemplos: convênio, consórcio, contrato de repasse, convenio de cooperação, contrato de gestão, termo de parceria, consórcio público e contrato de programa

⁵⁴⁸ São exemplos: concessão de serviço público, permissão de serviço público, concessão patrocinada, concessão administrativa, concessão urbanística e concessão de uso ou de exploração de bem público.

transferência); e iii) módulos convencionais instrumentais⁵⁴⁹ (destaca-se seu aspecto instrumental em relação à finalidade da função pública, possuindo uma tipicidade bastante elástica).⁵⁵⁰

Sob outra perspectiva, o plano normativo nacional de contratação pública divide-se em dois grupos normativos. O primeiro agrupa leis que tratam das modalidades e formas de contratação, enquanto o segundo reúne normas que dispõem sobre dispositivos procedimentais e regulamentares, em licitações especiais. Todavia, nada obsta que as normas do primeiro grupo também possam conter regras de procedimento, como no caso, por exemplo, da Lei nº 8.666/93.

As modalidades contratuais estão dispostas nas seguintes leis: i) Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos); ii) Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões de prestação de serviço público)⁵⁵¹; e iii) Lei nº 11.079/04 (Lei de Contratação por Parceria Público-Privada). As leis citadas referem-se a contratos administrativos de interesses contrapostos, pois a Lei nº 11.107/05, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, regula a contratação administrativa de interesses convergentes, que não é objeto de estudo do presente trabalho.

Em relação às normas especiais que tratam dos procedimentos e regulamentações dos contratos em situações específicas, destacam-se: i) Lei nº 12.232/10 (Lei de Licitações dos Serviços de Publicidade); ii) Lei nº 12.462/12 (Lei de Contratação no âmbito do Regime Diferenciado de Contratação - RDC); e iii) Lei nº 12.598/12 (Lei do Regime Especial de contratação de produtos e sistemas de defesa).

Do exposto, conclui-se que não há uniformidade na doutrina brasileira, quando se trata da classificação dos contratos administrativos. A própria Lei nº 8.666/93 não contribui e não sinaliza para a elucidação dessa divergência. Todavia, em linhas gerais, as espécies de contratos administrativos podem ser agrupadas em: i) contratos de obras; ii) contratos de serviços; iii) contratos de fornecimentos ou compras; e iv) contratos de concessão e

⁵⁴⁹ São exemplos: os contratos de obras, serviços, compras, alienações e locações, a que se refere a Lei nº 8.666/93 e os contratos do art. 62, §3º, I e II da mesma Lei (seguro, financiamento e a locação em que o Poder Público seja locatário e a Administração como usuária de serviço público).

⁵⁵⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 238-240.

⁵⁵¹ Para DI PIETRO, constituem-se nos contratos administrativos por excelência. Os contratos da Lei nº 8.666/93 são os de maior uso pela Administração, todavia não se configuram em contratos diferentes, na sua essência e na identidade dos objetos, dos contratos do direito civil. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 296.

permissão. Os três primeiros tipos estão dispostos na Lei nº 8.666/93 e o último nas Leis nº 8.987/95 (concessões comuns e permissão) e 11.079/04 (concessões especiais).⁵⁵²

Do exposto, no que se trata a legislação aplicável à contratação de defesa no Brasil, os contratos firmados têm seu arcabouço legal nas Leis nº 8.666/93 e na Lei nº 11.079/04 (PPP), quanto às modalidades a serem aplicadas, e na Lei nº 12.462/12 (RDC) e Lei nº 12.598/12, quanto aos procedimentos e regulamentações específicas. Logo, tais contratações especiais utilizam normas tanto do módulo convencional de concessão, como do módulo convencional instrumental.

3.7.2.1 Tipos contratuais na Lei nº 8.666/93 aplicáveis às aquisições de defesa

No direito brasileiro vigente, a teoria dos contratos administrativos se aplica por meio da Lei nº 8.666/93, enquanto lei federal de incidência nacional em matéria definida como de competência concorrente, fixando normas gerais. Ao mesmo tempo, cria um regime aplicável aos contratos em geral, salvo previsão em leis específicas, no sentido de lei geral. Logo, o regime traçado pela Lei nº 8.666/93 é um regime de referência, tendendo a aplicar o regime da Lei a qualquer relação convencional da Administração, independente de se cogitar do objeto envolvido no caso concreto, salvo se outra lei específica o afastar.⁵⁵³

As modalidades contratuais na Lei nº 8.666/93 são construídas através da conjunção dos art. 1º e 2º, que definem os objetos do contrato administrativo, como sendo “*as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações*” e o art. 6º, que conceitua cada uma das expressões mencionadas, com a exceção das concessões e permissões, que são conceituadas pela Lei nº 8.987/95.⁵⁵⁴

Assim sendo, a política legislativa contida na Lei nº 8.666/93 se valeu de elementos mais genéricos, pois cada um dos tipos estabelecidos comporta vários outros tipos contratuais, tais como o contrato de compras que engloba desde a compra de um simples lápis ou clips⁵⁵⁵

⁵⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 182 e ss.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 296 e ss.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010 (5ª ed.), p. 405 e ss.; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 (14ª ed.), p. 217 e ss.

⁵⁵³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 370.

⁵⁵⁴ MOTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 (10ª Ed.), p. 108.

⁵⁵⁵ Referência ao termo “Direito Administrativo do clips” como sinônimo de administração pública burocrática, que se preocupa exageradamente com as formas e os controles, desprezando ou não dando destacada importância

até a compra de aeronaves de caça para a Força Aérea.⁵⁵⁶ Da mesma forma, os denominados contratos de prestação de serviços podem abarcar desde serviço reprográfico até manutenção de equipamentos e estruturas nucleares, relacionadas ao projeto de construção do submarino nuclear brasileiro. O mesmo raciocínio aplica-se aos contratos de obras de engenharia, podendo a variação ir da construção de uma sala de quatro metros quadrados até uma usina hidrelétrica. Como se vê, o direito positivado e o raciocínio jurídico fogem a qualquer lógica.

Como crítica ao generalismo e amplitude do modelo contratual disposto na Lei nº 8.666/93, a doutrina se posiciona no sentido de afirmar que os contratos ali presentes não contêm matéria própria de Direito Administrativo, em razão de que, pelo objeto, são correspondentes e se assemelham aos insertos no Código Civil,⁵⁵⁷ não sendo específicos, nem mesmo típicos, da função pública da Administração, não justificando um tratamento diferenciado desde o plano legislativo.⁵⁵⁸

Nesse momento, serão analisadas a vigência e a possibilidade de alteração contratual (flexibilidade e incertezas), considerados dois aspectos de suma importância nos contratos de defesa, que tem como variáveis, como já visto, o tempo, o valor e o desempenho, bem como está inserido num cenário de incertezas, haja vista que muito dos produtos e sistemas contratados ainda estão em pranchetas de projetos.

A duração dos contratos relacionados aos produtos e sistemas de defesa está disposta no art. 57, inciso v, da Lei nº 8.666/93, que foi incluído pela Lei nº 12.349/10:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

Algumas considerações podem ser feitas da leitura do dispositivo:

i) A primeira é que até o ano de 2010, as contratações de defesa tinham como vigência máxima, a duração do plano plurianual, caso os programas estivessem contemplados no plano

aos custos e resultados, termo utilizado por Sundfeld, em SUNDFELD, Carlos Ari. “*O Direito Administrativo entre os clips e os negócios*”. In *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (Alexandre Aragão e – Azevedo Marques Neto -), Belo Horizonte: fórum, 2008. Pgs 33/39

⁵⁵⁶ O extrato da dispensa de licitação da compra de 36 aeronaves de caça *Gripen NG*, da empresa sueca SAAB, no valor de trinta e nove bilhões, oitocentos e oitenta e dois milhões e quatrocentos e setenta e um coroas suecas e sessenta e cinco centavos, foi publicado no DOU nº 207, de 27 de outubro de 2014, seção 3, p.17.

⁵⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo* (introdução), v.I. São Paulo:Malheiros, 2007 (3ª Ed.), pp. 681-682.

⁵⁵⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 285.

(inciso I, art. 57) ou de 60 meses para os contratos de serviço contínuo (inciso II, art. 57) e 48 meses (inciso IV, art. 57) para os contratos de aluguel de equipamento e de utilização de equipamentos de informática;

ii) A segunda é que a redação do inciso V, do art. 57, que diz que os contratos poderão ter vigência por até 120 meses, se realizada a contratação nas hipóteses de dispensa de licitação, nos incisos IX (segurança nacional), XIX (padronização de material das Forças Armadas), XXVIII (alta complexidade tecnológica e defesa nacional) e XXXI (contratos de inovação tecnológica) do art. 24, é, no mínimo, mal feita. Ora, se o gestor optar por licitar, mesmo diante das hipóteses de dispensa elencadas, o contrato resultante também não teria a vigência de 120 meses, já que na licitação dispensável é lícita a opção tanto pela dispensa, como pela licitação? É óbvio que a vigência dos contratos de defesa foi ampliada, em razão de sua natureza, e não, pela forma de seleção do contratado (dispensa ou por licitação).

iii) A terceira refere-se ao prazo máximo de vigência de 120 meses, que se mostra incompatível com os contratos de defesa, por duas razões. A primeira é que na medida em que os ciclos de vida de alguns materiais e sistemas de defesa podem chegar até 50 anos, como já visto nesse trabalho, o prazo de 10 anos não é compatível com a natureza desses contratos, pois significa somente 20% desse ciclo. A segunda razão diz respeito aos prazos dos projetos estratégicos da Defesa, da Marinha, do Exército e da Força Aérea. Como também já exposto, tais projetos estratégicos são de longo prazo, tendo alguns deles o prazo de mais de 50 anos, como, por exemplo, o Projeto Nuclear da Marinha. Nenhum dos projetos elencados tem o prazo inferior a 10 anos, como a hipótese máxima de vigência disposta no inciso V, art. 57, da Lei nº 8.666/93. Assim sendo, o prazo disposto é incompatível com a natureza dos contratos de defesa, bem como com os projetos estratégicos da Defesa e dos Comandos Militares.

Outra questão essencial aos contratados de defesa refere-se à possibilidade de alteração contratual (flexibilidade), em virtude da complexidade, incertezas e da longa vigência contratual. Sobre o assunto, a Lei nº 8.666/93 dispõe:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) (...);

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de *verificação técnica da inaplicabilidade* dos termos contratuais originários;

c) (...);

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato*, na hipótese de sobrevirem *atos imprevisíveis*, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

(...)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Passa-se a análise do dispositivo e algumas considerações:

i) A Lei nº 8.666/93, em relação às alterações do objeto do contrato, estabelece quatro tipos: as unilaterais, promovidas pela Administração sem aquiescência do contratado (art. 65, inciso I e § 1º), as consensuais, aquelas com a concordância do contratado (art. 65, inciso II e § 2º), as quantitativas, que afetam a dimensão do objeto contratado por supressão ou por acréscimo (art. 65, inciso I, letra b e § 1º e § 2º) e as qualitativas, que afetam a técnica empregada, a qualidade ou as especificações do objeto (art. 65, inciso I, letra a, e inciso II e suas alíneas).⁵⁵⁹

ii) estabelecidas as hipóteses de alteração, faz-se necessária a análise de suas limitações quando da incidência no caso concreto. Na questão qualitativa, as alterações não podem transformar o objeto do contrato em outro totalmente distinto, devendo-se manter a solução para a demanda posta anteriormente, com a adequação necessária a atingir o interesse público.

iii) Outra discussão posta em relação às alterações qualitativas é se essas devem respeitar os limites dispostos nos parágrafos 1º e 2º do art. 65, da Lei 8.666/93. O TCU entendeu que se deve analisar a questão sob duas lentes: a primeira de alteração qualitativa unilateral e, a segunda, a alteração qualitativa consensual. No primeiro caso, o Tribunal decidiu que, os limites fixados nos parágrafos 1º e 2º do art. 65, da Lei 8.666/93, devem ser respeitados. Já no segundo caso, a Corte de Contas entendeu que as alterações qualitativas consensuais podem ultrapassar os limites preceituados nos parágrafos 1º e 2º do art. 65, da Lei

⁵⁵⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2012 (2ª ed.), p.823-824.

8.666/93, desde que respeitados os princípios do Direito Administrativo, com ênfase no da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.⁵⁶⁰

iv) quanto às alterações quantitativas, não cabem maiores interpretações, pois os enunciados dos parágrafos 1º e 2º do art. 65, da Lei 8.666/93 são elucidativos.

v) por fim, conclui-se que nos contratos de defesa, segundo o regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.886/93, é possível a alteração (quantitativa) do valor do contrato, nos limites dos parágrafos 1º e 2º do art. 65, da Lei 8.666/93, bem como do escopo e especificações do projeto (alterações qualitativas), desde que sejam consideradas como de adaptação e, não, de criação de um novo produto ou sistema, com significativas mudanças nas funcionalidades fixadas no projeto inicial. Na segunda hipótese, o entendimento é pacificado na doutrina e na jurisprudência, de que não há limites na alteração do valor do contrato, se essas forem realizadas em consenso entre o contratante e o contratado. Em contrapartida, ainda há divergências, quando as alterações qualitativas forem impostas unilateralmente.

Mesmo não tendo ainda assinado o contrato anteriormente, o caso da aquisição das aeronaves de caça *Gripen NG* é emblemático e atual para elucidar a dinâmica das alterações contratuais qualitativas. Quando anunciada a decisão pelo governo brasileiro, em dezembro de 2013, a previsão inicial era de US\$ 4,5 bilhões, sendo considerada a oferta mais barata, sendo critério essencial no processo decisório da escolha. Todavia, quando da assinatura do contrato em 27 de outubro de 2014, o montante saltou para US\$ 5,4 bilhões, uma diferença considerável de US\$ 900 milhões de dólares, em menos de um ano. Obviamente que o fato teve destaque na mídia, que continuará a acompanhar a dinâmica da execução do contrato, em razão do volume de recursos destinados. A Força Aérea motivou o aumento do contrato em razão do estabelecimento de novos parâmetros exigidos pelo Brasil e afirmou que o preço inicial era apenas uma previsão.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 215/1999, Plenário. Rel. Adhemar Ghisi. Julg. 17.11.1999). NIEBUHR discorda do entendimento do TCU, defendendo que os limites fixados nos parágrafos 1º e 2º do art. 65, da Lei 8.666/93, não se aplicam também para as alterações unilaterais qualitativas, em NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2012 (2ª ed.), p.831-832.

⁵⁶¹ O Globo. *Saab conclui venda de 36 caças Gripen NG ao Brasil por US\$ 5,4 bilhões*. 27 de outubro de 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/saab-conclui-venda-de-36-cacas-gripen-ng-ao-brasil-por-us-54-bilhoes.html>> . Acesso em 30 out. 2014.

3.7.2.2. Tipos de contratuais na Lei nº 11.079/04 (PPP) aplicáveis às aquisições de defesa

A lei 12.598/12, que estabelece o novo regime de contratações de produtos e sistemas de defesa, inova ao dispor no art. 5º e parágrafos sobre a possibilidade da contratação de PRODE e SD, e do seu desenvolvimento, sob a forma de concessão administrativa. Esse modelo de contratação é uma das modalidades de Parceria Público-Privada (PPP) e está disposto no parágrafo 2º, do art. 2º, da Lei nº 11.079/04.⁵⁶² Mesmo considerada como hipótese de incidência antes da edição da Lei nº 12.598/12, atualmente o setor de defesa passa a ter uma admissão expressa da modalidade em suas contratações.

A concessão administrativa permitida pela Lei nº 12.598/12 é *a concessão administrativa de serviços ao Estado*, que tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei nº 8.666/93, isto é, “o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração”, aproximando-se do contrato administrativo de serviços previstos na Lei nº 8.666/93.⁵⁶³

Conforme classificação anteriormente exposta, a concessão administrativa enquadra-se nos módulos convencionais de concessão, em que abrange modos e técnicas específicas de parcerias ou acordos entre o Estado e o setor privado, com a finalidade de prover equipamentos de infraestrutura pública e serviços relacionados, tendo como característica principal o compartilhamento de investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos. O seu estabelecimento e formalização incluem o financiamento, projeto, construção, operação e manutenção de equipamentos e serviços de infraestrutura pública.⁵⁶⁴

A utilização de PPPs no setor de defesa é amplamente consolidada no estrangeiro, sendo inúmeras as possibilidades de adaptações a diversos setores. Com mais de vinte anos de experiência, o Reino Unido é o país que tem mais tradição e possui o maior repertório de experiências em PPPs no mundo, com diversos projetos na área de defesa, como o abastecimento de aviões militares em vôo, o transporte de tanques de guerra, o treinamento de pilotos e de soldados, a construção de moradia para a família militar e a construção e manutenção da Academia de Defesa do Reino Unido, entre outros. Basicamente, os projetos

⁵⁶² O art. 2º, § 2º, da Lei Federal nº 11.079/04 define a concessão administrativa como o “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

⁵⁶³ SUNDEFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*, in Parcerias público-privadas, Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo:Malheiros, 2011 (2ª Ed.), pp. 31-32.

⁵⁶⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, (9ª Ed.), p. 1002-1003.

se dividem em quatro grandes grupos: i) acomodações e quartelamentos; ii) equipamentos; iii) treinamentos (em especial, os de simulação); e iv) outros (serviços de TI, fornecimento de água e tratamento de esgotos, transporte de correspondências, etc.).⁵⁶⁵

Da experiência do Reino Unido, pode se destacar alguns projetos de PPP, na área de defesa:

i) *The Medium Support Helicopter Aircrew Training Facility (MSHATF)*⁵⁶⁶ – contrato de 40 anos, iniciado em 1999, com o Ministério da Defesa do Reino Unido.

ii) *UK Royal Air Force GR4 Synthetic Training* - da empresa americana Evans & Sutherland Computer Corp. – Contrato iniciado em 1996.⁵⁶⁷

iii) *The Defence Training Rationalisation Project (DTR)* – Construção de um Centro conjunto de tecnologia e engenharia, para as três Forças.⁵⁶⁸

IV) *Army Foundation College* – Centro de treinamentos para recrutas, com capacidade para 1.300 soldados (3.000 pessoas, se considerado todo o pessoal civil e militar envolvido nos trabalhos do Centro).⁵⁶⁹ - projeto iniciado em 2000, com o prazo contratual de 30 anos.

⁵⁶⁵ United Kingdom. UK Trade and Investment. Palestra ministrada à comitiva do Exército Brasileiro, em 22 de julho de 2013.

⁵⁶⁶ The Medium Support Helicopter Aircrew Training Facility (MSHATF) has been developed by CAE in consultation with the UK Ministry of Defence. Responsible for the design, construction and financing of the facility that opened in 1999, CAE operates the MSHATF under a 40-year private finance initiative (PFI) contract. Equipped with six full-mission simulators configured for CH-47 Chinook, EH101 Merlin and Puma helicopters, the MSHATF is delivering the total spectrum of synthetic aircrew training demanded by the Royal Air Force (RAF) Support Helicopter Force well into the 21st century. Under the terms of its PFI contract, CAE also has the ability to provide turnkey training to third-party users. This enables approved military and civil operators across the globe to take advantage of the advanced simulation, training and mission rehearsal capability at the MSHATF on a highly cost-effective basis. Other NATO nations and wider alliances are also increasingly regarding the MSHATF as part of their normal training regime. Royal Netherlands Air Force and Australian Army Aviation Chinook crews routinely train alongside their RAF counterparts before operational deployments. EH101 (or AW101) operators such as the Canadian Air Force, Royal Danish Air Force, and Japanese Maritime Self Defence Force use the advanced Merlin simulators for a range of training applications, including battlefield and search and rescue (SAR) roles. The MSHATF also offers Puma helicopter training, where the customer base includes the RAF and several Middle Eastern air forces. While there is still considerable demand for initial type conversion and recurrent training, the development of specific skills such as SAR and troop transport, together with the opportunity to participate in networked coalition-type mission rehearsals, is becoming increasingly attractive to MSHATF customers. Disponível em <http://www.cae.com/Worldwide-Presence/mshatf-raf-benson/>. Acesso em 30 set. 2014.

⁵⁶⁷ Evans & Sutherland produces professional hardware and software to create highly realistic visual images for simulation, training, engineering and other applications throughout the world. E&S visual systems are used in both military and commercial systems, as well as planetariums and interactive theaters. Disponível em <http://www.es.com>.

Acesso em 30 set. 2014.

⁵⁶⁸ The DTR project intended to combine the technical and engineering training for the Royal Navy, Army and Royal Air Force on a single site at St Athan in South Wales.

v) *Royal School of Military Engineering* - emprego de instrutores civis em adestramento tipicamente militar, voltados para a preparação do envio de tropas ao Afeganistão, no que no Exército Brasileiro se denomina de Instrução Individual de Qualificação.

vi) *Defence Academy of United Kingdom* - vários cursos de altos estudos também são ministrados através de PPP, por meio da contratação da *Cranfield University*.

Após a análise da experiência britânica em de PPP na área de defesa, pode se afirmar que tal modelagem de contratação é viável no âmbito do MD, em particular nas áreas de treinamento de pessoal e de simulação, ensino, saúde, moradia funcionais, entre outros, com vantagens como o aproveitamento da *expertise* privada para a promoção da inovação, com a aplicação de novas tecnologias, e a possibilidade de concretizar um planejamento estratégico de 30 anos, transferindo o risco da operação ao setor privado, que provisionará os recursos, no início do projeto.⁵⁷⁰

Partindo-se da premissa de que as PPPs têm como característica central a geração de compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo, a aplicabilidade da modalidade da concessão administrativa é um instrumento com grande potencial para alcançar o objetivo do desenvolvimento da BID nacional, pois resolve dois problemas históricos graves nas contratações de defesa: a instabilidade das disponibilidades orçamentárias e o estabelecimento de contratos de curto prazo, ao permitir firmar contratos com prazo de vigência de 35 anos, no

⁵⁶⁹ Army College PFI: classed as one of the top providers: the Army Foundation PFI in Harrogate, North Yorkshire is a 30-year contract to provide education and a range of services to meet the needs of training junior soldiers.

⁵⁷⁰ Alguns projetos na Defesa, na pauta do Comitê Gestor de Parceria Público-Privada federal: i) AGEFROT, Sistema de Abastecimento e Gerenciamento de Frota do Exército Brasileiro, envolvendo provisão de combustíveis e lubrificantes necessários às operações do Exército Brasileiro, implantação de sistema que permita o monitoramento da frota terrestre e o controle do fornecimento e do consumo de combustíveis utilizados durante os deslocamentos e a construção, modernização, manutenção e operação de postos de abastecimento de propriedade do Exército Brasileiro.

ii) PNRs (Próprios Nacionais Residenciais) do Complexo Naval em Itaguaí, cujo objeto é a construção e gestão de habitações militares para os militares que estiverem lotados no Complexo Naval de Itaguaí cuja construção é parte do escopo do PROSUB.

iii) Construção de Pólo Tecnológico integrado ao Instituto Militar de Engenharia ("IME") em Guaratiba - RJ, ainda em fase de planejamento com a minuta da proposta de manifestação de interesse já tendo sido enviada ao Ministério do Planejamento pelo Exército, prevendo a construção de 1,5 mil habitações, pistas de vôo aéreo não tripulado e centro tecnológico para agregar instalações de diversas empresas ligadas à área de defesa.

iv) Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro, modernização da infraestrutura e operação dos órgãos destinados ao reparo e à manutenção dos meios navais. Todos os exemplos acima citados têm como fonte GAMELL, Denis; PRADO, Lucas Navarro. *Regime especial de contratações de produtos e sistemas de defesa militares no Brasil: oportunidade para desenvolvimento de uma Indústria Nacional de Defesa e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum. Revista de Contratos Públicos, ano 3, n.4, set./fev. 2014.

lugar dos prazos limites estabelecidos pela Lei nº 1.8666/93, que podem variar de 5 anos (regra geral para prestação de serviços) a 10 anos(setor de defesa) a sua vigência.⁵⁷¹

3.7.2.3 Contratação de defesa e a Lei nº 11.462/11 (RDC)

A Lei nº 11.462/11, regulamentada pelo Decreto nº 7.581/11, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que inicialmente previa a aplicação do RDC exclusivamente às licitações e contratos referentes às Olimpíadas e aos aeroportos da Copa do Mundo. O projeto foi emendado para estender sua aplicação a todas as licitações e contratos da Copa do Mundo e a todos os aeroportos das capitais distantes em até 350 km das cidades-sede.

Posteriormente, novas hipóteses de incidência do RDC foram introduzidas através de alterações normativas, acrescentando: i) as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)⁵⁷², ii) as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino⁵⁷³; iii) as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS⁵⁷⁴; e iv) as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.⁵⁷⁵

O RDC constitui-se num regime excepcional de licitações e contratos administrativos que tem a natureza de norma geral e, por isso, tem autonomia interpretativa. Não se pode compreender o RDC com lastro nas premissas hermenêuticas da Lei nº 8.666/93, pois tem seu fundamento normativo na Constituição Federal, configurando-se num microssistema autônomo. Desta forma, é evidente que a Lei nº 12.462/11 diz respeito à “configuração de nova e especial tipologia das licitações e contratações públicas, pois ordena num só diploma normativo o específico conjunto de preceitos jurídicos que apenas a esse instituto são singulares.”⁵⁷⁶

⁵⁷¹ GAMELL, Denis; PRADO, Lucas Navarro. *Regime especial de contratações de produtos e sistemas de defesa militares no Brasil: oportunidade para desenvolvimento de uma Indústria Nacional de Defesa e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum. Revista de Contratos Públicos, ano 3, n.4, set./fev. 2014.

⁵⁷² Lei nº 12.688, 18 de julho de 2012, incluiu o inciso IV à Lei nº 12.462, de 2011.

⁵⁷³ Lei nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, incluiu o § 3º à Lei nº 12.462, de 2011.

⁵⁷⁴ Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012 incluiu o inciso V à Lei nº 12.462, de 2011.

⁵⁷⁵ Lei nº 12.980, de 28 de maio de 2014 incluiu o inciso VI à Lei nº 12.462, de 2011.

⁵⁷⁶ MOREIRA, EgonBockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 38-42.

Tornar as licitações mais céleres, ampliando a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, é o objetivo central das aquisições abrangidas pelo RDC. Nesse sentido, um conjunto de contratações de defesa foi inserido no âmbito de incidência do RDC, ao ser contemplado pelo PAC, por meio da MP nº 573, de 27 de junho de 2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.729/2012, que abriu crédito extraordinário, em favor de diversos ministérios⁵⁷⁷, no valor global de R\$ 6.843.701.650,00 (seis bilhões, oitocentos e quarenta e três milhões, setecentos e um mil, seiscentos e cinquenta reais).

Desse montante, coube à Defesa o valor de R\$ 1,52 bilhão, que foi assim distribuído⁵⁷⁸: i) R\$ 93.649.000, destinados ao Comando da Aeronáutica; ii) R\$ 1.327.352.000, destinados ao Comando do Exército⁵⁷⁹; e iii) R\$ 106.553.000, destinados ao Comando da Marinha. Todas as dotações orçamentárias contemplaram projetos de recuperação da capacidade operacional das Forças, cujo objetivo é de aquisição de equipamentos militares.

Em 2013, a Defesa brasileira recebeu um montante de R\$ 14,521 bilhões do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC 2) em projetos estratégicos da Marinha, Exército e Aeronáutica. Na área da Marinha, os recursos são destinados à construção de submarinos convencionais, no Programa de Desenvolvimento de Submarinos (Prosub), e à propulsão nuclear, além do Programa Nuclear da Marinha.⁵⁸⁰ Já o Exército, contou com a inclusão de radares de vigilância e monitoramento das fronteiras terrestres a partir do sistema chamado Sisfron, os blindados Guarani e o Sistema Astros de Defesa Antiaérea. Na FAB, o

⁵⁷⁷ Ministérios da Justiça, da Educação, da Saúde, dos Transportes, do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Desenvolvimento Agrário, da Defesa, da Integração Nacional e das Cidades.

⁵⁷⁸ Programa de Trabalho 2058 – Política Nacional de Defesa

⁵⁷⁹ Destaca-se a compra de 4.170 caminhões, 40 carros de combate Guarani, da Iveco, e 30 veículos lançadores de mísseis Astros 2020, produzidos pela Avibras.

⁵⁸⁰ O primeiro dos quatro submarinos convencionais, cuja fabricação estará prontificada em 2015, será entregue para operação em 2017, após testes a que será submetido. Os outros três submarinos convencionais serão entregues em intervalos de 18 meses. Já o primeiro submarino a propulsão nuclear será prontificado em 2023 e passará por cerca de dois anos em testes no mar antes de entrar em operação. Disponível em <http://www.pac.gov.br/noticia/2adcb84c> > Acesso em 30 set. 2014.

investimento foi destinado para aquisição do avião cargueiro militar KC-390,⁵⁸¹ desenvolvido pela Embraer.⁵⁸²

3.8 - Planos normativos estrangeiros de contratações públicas de defesa

As aquisições de defesa caracterizam-se por envolver os maiores orçamentos estatais, com desafios tecnológicos constantes e com discussões e controvérsias sobre as decisões políticas adotadas, sendo essas questões presentes rotineiramente nos centros decisórios e de poder governamental. No presente tópico, serão estudados os planos normativos nas contratações de defesa, no *benchmarking* sob dois ângulos: de uma superpotência militar e de países com expressão menor de sua BID.

No primeiro caso, inevitavelmente por questões óbvias, será estudado o processo de aquisição norte-americano, como a maior potência militar do mundo e, em conseqüência, a maior BID também. No segundo caso, serão estudados três países com uma BID menor e com ampla variação nas questões históricas e políticas na área de defesa: Austrália, Canadá e Israel.

Evidentemente que a intenção do presente estudo não tem por finalidade indicar o melhor processo ou a melhor política de contratação de defesa, na medida em que cada país tem variáveis peculiares, como, por exemplo, questões geopolíticas e de ameaças iminentes de ataque. Da mesma forma, há consenso na afirmação de que não há nenhuma nação com um sistema perfeito de aquisições de defesa, mas sim, com maior ou menor experiência em casos de sucesso e de fracasso, tanto por parte do estado, como pelas empresas e indústrias de defesa, podendo essas lições serem divididas com outros países. Sendo assim, usualmente nos fóruns internacionais de *procurement*, como a UNCITRAL e OECD, a expressão mais usual utilizada no estudo dos processos e planos normativos é a busca pelas “melhores práticas”.

⁵⁸¹ O Embraer KC-390 já conta com sete anos de estudo. O KC-390 estabelece um novo padrão para aeronaves de transporte militar médias, que permite o transporte de cargas maiores e um melhor aproveitamento de espaço. O KC-390 é o maior avião já construído pela indústria aeronáutica brasileira. Estudo de mercado feito pela Embraer indica um potencial de vendas de 728 unidades para 77 países, o que representa negócios da ordem de US\$ 50 bilhões nos próximos dez anos. Disponível em <http://www.pac.gov.br/noticia/2adcb84c> > Acesso em 30 set. 2014.

⁵⁸² BRASIL. Programa de Aceleração do Crescimento 2 (PAC Equipamento). Disponível em <http://www.pac.gov.br/noticia/2adcb84c> > Acesso em 30 set. 2014.

3.8.1 O plano normativo norte-americano

Os Estados Unidos da América caracterizam-se por ser a maior potência militar do mundo, com o maior orçamento⁵⁸³, com os mais avançados centros de pesquisas e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa e com a maior BID.⁵⁸⁴ Como resultado, o País desenvolveu uma imponente BID, bem como um sistema de contratações altamente regulado, que continuamente envolve novos problemas e desafios.

Num primeiro momento faz-se necessária a divisão do plano normativo de aquisições de defesa em: i) normas internas de incidência nas transações internacionais de produtos e sistemas de defesa; e ii) normas internas de incidência nos processos de contratação nacional, a cargo do Departamento de Defesa (DoD). No presente trabalho, a segunda hipótese será a analisada mais detalhadamente.

Em relação às normas internas de incidência em transações internacionais, essas se configuram num conjunto de normas reguladoras, que tem por finalidade a proteção das empresas norte-americanas e que se constituem verdadeiras barreiras nas transações internacionais de produtos e sistemas de defesa, contra às investidas de empresas estrangeiras em contratos do governo norte-americano. As referidas normas⁵⁸⁵ são divididas em três categorias:⁵⁸⁶

- i) Direito da concorrência:
*Clayton Act;*⁵⁸⁷ *Hart-Scott-Rodino Act;*⁵⁸⁸ e *Sherman Act.*⁵⁸⁹
- ii) Contratos públicos nacionais
*Buy American Act;*⁵⁹⁰ *Berry Amendment;*⁵⁹¹ e *Other statutory restrictions.*
- iii) Direito internacional econômico (importações e exportações)
Arms Export Control Act; International Traffic in Arms Regulations; Export Administration Act; e Export Administration Regulations.
- iv) Restrições a aquisições e fusões por questões de segurança nacional
*Executive Order 11858, de 7 de maio de 1975; Exon-Florio Amendment;*⁵⁹² e *National Industrial Security Program Operating Manual.*

⁵⁸³ Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Em 2013, os EUA gastaram em produtos e sistemas militares o valor de US\$ 618.7 bilhões, que correspondeu a 3.8% do PIB (14º maior), importando US\$ 759 milhões (8º maior) e exportando US\$ 6.2 bilhões (2º maior).

⁵⁸⁴ Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Em 2012, os EUA possuíam 7 entre as 10 maiores indústrias de defesa do mundo e 44 entre as 100 maiores.

⁵⁸⁵ As normas estão disponíveis em < <http://www.law.cornell.edu/>>. Acesso em 30 set. 2014.

⁵⁸⁶ PARLAMENTO EUROPEU. Directorate-General For External Policies of The Union. Policy Department External Policies. *The cost of non-Europe in the area of security and defence*. 2006, p. 23. Disponível em < <https://infoeuropa.eu/rocid.pt/files/database/000042001-000043000/000042492.pdf>> . Acesso em 30 set. 2014.

⁵⁸⁷ V.15 U.S.Code §12-27,29 U.S. Code 52-53.

⁵⁸⁸ V.15 U.S.Code § 18a .

⁵⁸⁹ V.15 U.S.Code § 1-7.

⁵⁹⁰ V.41 U.S.Code § 10a.-10d.

⁵⁹¹ V. U.S.Code, Title 10, Section 2533 a.

Em seguida, serão analisadas as normas internas de incidência nos processos de contratação nacional, a cargo do Departamento de Defesa (DoD).

Nos Estados Unidos, quase todas as agências federais (civis e de defesa) estão vinculadas a um único conjunto de leis relativas aos contratos públicos, conhecido como o *Federal Acquisition Regulation (FAR)*⁵⁹³. O sistema *FAR* é constituído do *FAR*, que é o conjunto geral de normas de todo o governo, bem como pelos regulamentos de aquisição no nível de agência que complementam o *FAR*. Para as aquisições de defesa, a principal regulação é o *Department of Defense FAR Supplement ("DFARS")*⁵⁹⁴, sendo que cada Força e as outras organizações (por exemplo, Força Aérea, Exército, Marinha, Agência de Logística de Defesa) também têm seus próprios regulamentos suplementares.⁵⁹⁵

O DFARS, entre outras coisas, inclui temas como: i) a contratação de ex-oficiais militares por empresas da área de defesa; ii) acordos para a reparação e alteração dos equipamentos; iii) proteções especiais para "denunciante" no contratos do DoD; iv) vendas militares estrangeiras; v) aquisição de peças de reposição; vi) medidas especiais de segurança para sistemas de TI; e vii) de indenização contra riscos. Além disso, algumas regras de âmbito do governo são especificamente adaptadas para aplicação em agências de defesa, como, por exemplo, certas limitações em relação ao uso do tempo e de materiais no contrato, aos acordos com empresas de softwares, contratações plurianuais, o lucro do contratante em contratos-tipo de custo e direitos do contratante em software e sistemas de dados.⁵⁹⁶

Em sentido contrário à prática das compras governamentais de defesa no Brasil, a legislação norte-americana, por meio do *Competition In Contracting Act* de 1984, dispõe que a regra é a competição, em detrimento das compras diretas, com o afastamento da licitação. Na área de defesa, na aplicação conjunta do *FAR*, *DFARS* e dos suplementos das Forças Armadas, as ações para aumentar a competitividade são semelhantes às utilizadas no Brasil, como, por exemplo: tratamento isonômico, publicidade, boa-fé e julgamento objetivo. Dentre

⁵⁹² Lei de 1988, autoriza o Presidente dos EUA a impedir fusões ou aquisições de empresas norte-americanas, sempre que estas coloquem em risco a segurança nacional.

⁵⁹³ O *FAR* contém 1.200 páginas e 51 capítulos de normatização, regulando as aquisições desde as "*micro-purchases*", passando pelas "*simplified acquisitions*" até as "*major system acquisitions*".

⁵⁹⁴ O DFARS inclui cerca de 1.000 páginas de orientação prescritiva suplementar e cerca de 300 páginas de disposições e cláusulas específicas da defesa para licitações e contratos. Tal como acontece com o FAR, a agência de compra seleciona e adapta as cláusulas e disposições ao caso concreto, com base na finalidade do contrato e tipo.

⁵⁹⁵ GAUVIN, Dionis M.; RECTOR, Richard P. *Best practices in U.S. Defence Procurement*. In *Defence acquisition: international best practices*. BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013, p. 413.

⁵⁹⁶ Ver também a DoD Directive 5000.01 e DoD Instruction 5000.02.

as modalidades competitivas, nas aquisições de defesa são adotadas mais comumente: *i) sealed bidding*;⁵⁹⁷ *ii) orders under Indefinite Delivery, Indefinite-Quantity (IDIQ) contracts*;⁵⁹⁸ e *iv) negotiated procurement*.⁵⁹⁹

Entre as três citadas, a modalidade *negotiated procurement* ou contratos negociados é a mais utilizada nas contratações de defesa, na medida em que permite identificar na concorrência, fatores e subfatores específicos que são importantes para a avaliação, como o preço /custo, capacidade técnica, histórico de desempenho passado, a subcontratação de pequenas empresas, e outros fatores extraeconômicos identificados pela Agência. Podem ainda incluir nos critérios de julgamento fatores como o cronograma de entrega, capacidade de gestão e gerenciamento do contrato, pessoal qualificado nos quadros da empresa e capacidade logística. Ao estipular os critérios, a Agência também deve especificar claramente o peso e importância relativa de cada um deles. Na maioria das grandes aquisições de defesa nos EUA, assim como na maioria das contratações de defesa globais, fatores extraeconômicos são mais relevantes do que as condições do preço.⁶⁰⁰

Uma desvantagem potencial dos contratos negociados, no entanto, é que o poder discricionário da agência para realizar tais compensações e exercer o seu juízo de negócios pode criar o risco de indevidas influências na adjudicação do contrato. Este risco foi mitigado nos EUA, com a criação de processos de revisão das adjudicações através de mecanismos como o *debriefing* para a adjudicação proclamada e para os fornecedores perdedores. O processo consiste na obrigação da Agência de fornecer diretamente aos licitantes perdedores, em três dias, todas as informações necessárias sobre a adjudicação do certame. Os perdedores

⁵⁹⁷ A “licitação selada” ocorre quando a adjudicação é feita ao licitante responsável cuja oferta está em conformidade com o certame e é a mais baixa em preço. Geralmente é utilizada para a aquisição de bens e outros itens, não-complexo, onde a avaliação dos méritos relativos às abordagens técnicas dos fornecedores não é necessária.

⁵⁹⁸ Um contrato IDIQ envolve a emissão de uma ordem de entrega (por suprimentos) ou uma ordem de tarefa (para serviços), sob uma pré-existente, integrante de um contrato “quadro” ou “guarda-chuva”; sendo que as ordens são baseadas nos preços preestabelecidos, nas condições do contrato-quadro.

⁵⁹⁹ Sob contratos negociados, pode se afirmar que são aqueles em que a adjudicação é feita à oferta ou licitante que fornece o “melhor valor” para o governo, de acordo com técnica, custo, e outros fatores estabelecidos no edital. A FAR define “melhor valor”, como “O resultado esperado de uma aquisição que, na avaliação do governo, fornece o maior benefício global em resposta à exigência editalícia.

⁶⁰⁰ GAUVIN, Dionis M.; RECTOR, Richard P. *Best practices in U.S. Defence Procurement*. In *Defence acquisition: international best practices*. BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013, p. 417-418.

podem, no mesmo prazo, solicitar a revisão da decisão, através de um processo de *debriefing*, garantido o máximo de transparência nas aquisições de defesa.⁶⁰¹

3.8.2. O plano normativo de contratações de defesa em pequenos países

Não são raros os estudos de contratação de defesa e análises empíricas do processo decisório, tendo como objeto as superpotências militares, envolvendo principalmente os EUA e os maiores países da Europa. Ao mesmo tempo, são poucas as abordagens sobre a política da indústria de defesa e o seu respectivo plano normativo, em pequenos países,⁶⁰² como os selecionados nesse trabalho: Austrália, Canadá, e Israel.⁶⁰³

A lógica do processo de contratação nesse grupo de países é diferente daquela empregada pelas superpotências, em razão de: i) pequeno poder de barganha, com relativa expressão na negociação de preços, especificações e compensações, com grandes indústrias do mercado de defesa; ii) restrito acesso às tecnologias mais avançadas, no seu estado da arte, incluindo a restrição aos aliados mais próximos; iii) as compras das Forças Armadas nacionais são abaixo do nível mínimo econômico de produção de escala, que são realizadas em lotes mínimos de absorção, assim como a constante ausência de oportunidades de exportação; iv) dificuldade de atrair e reter grandes produtores internacionais, em razão da baixa demanda; v) as aquisições são realizadas fora de acordos de livre comércio internacional, favorecendo aos produtores locais; vi) necessidade dos produtores nacionais demonstrarem no exterior, a capacidade de estabilidade na produção, que garanta a manutenção do produto adquirido e o suprimento de peças de reposição por longo prazo.⁶⁰⁴

Na medida em que os pequenos países estão inseridos nas características acima, emerge a necessidade de adoção de uma decisão política e estratégica por esses Estados, em relação às contratações públicas de defesa, que terão por consequência o *defense procurements legal framework*, que disporá de mecanismos de respostas aos desafios postos

⁶⁰¹ Há críticas ao processo de *debriefing*, sob o argumento de que pode haver litigâncias de má-fé, no sentido somente de retardar o processo de contratação.

⁶⁰² Os “pequenos países” são considerados, nesse trabalho, aqueles em que são menos expressivos no poder militar, mas que possuem uma economia industrial avançada e que destinam um significativo orçamento para as aquisições de defesa, se considerado o seu tamanho. São países que podem decidir, em razão dos seus gastos em defesa, entre produzir ou comprar e tenha relativo poder de negociar nos seus processos de aquisição militar.

⁶⁰³ Ver metodologia de seleção dos países em ⁶⁰³ MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. *Introduction*, In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, p. 8.

⁶⁰⁴ MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. *Introduction*, In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, p. 4-5.

por suas demandas de produtos e sistemas de defesa, de maneira distinta daqueles adotados pelas superpotências militares, na condução dos processos licitatórios pelos seus órgãos responsáveis, nos procedimentos de seleção do contratado e nas relações com seus fornecedores, que se constituem em relações quase administrativas, na medida em que é estabelecida uma relação de cooperação entre o governo e o contratado.

Entre as estratégias possíveis a serem adotadas pelos pequenos países, que impactarão a constituição dos planos normativos, incluem:⁶⁰⁵

- i) aceitar sua vulnerabilidade por sua relativa dimensão militar, gastando pouco ou nada em defesa e aceitando os riscos conseqüentes dessa decisão;
- ii) declaração de neutralidade, gastando o suficiente necessário para sua autodefesa unilateral (ex: Suécia, ao longo da guerra Fria);
- iii) procura de grandes e poderosos protetores (ex: Austrália e Canadá);
- iv) formação de alianças de países como o mesmo pensamento em relação à defesa (ex: Holanda e Espanha); e
- v) utilização de uma autodefesa unilateral forte, com a manutenção da operacionalidade de suas forças armadas em alto nível, e a possibilidade de utilização do apoio de aliados como último recurso (ex: Israel e Singapura)

A seguir serão analisados os modelos contratuais dos pequenos países, destacando a estratégia e objetivos dos processos de contratação pública de defesa. Inicialmente, será abordado o modelo australiano, onde é considerado como princípio, a ampla e irrestrita competitividade, que tem sido influenciado pela combinação entre domésticas e internacionais experiências que tem por objetivo: i) determinar o equilíbrio entre competição e regulação no que se refere ao custo/benefício (*value for money*); ii) distribuição dos riscos entre o governo e os produtores e fornecedores; e iii) utilização no limite da integração da indústria civil-militar, incluindo o uso de contratados em teatros de operações e o financiamento privado na capacidade de defesa.⁶⁰⁶

Em relação aos modelos de contrato, a Austrália evita o contrato *cost-plus*, bastante utilizado pelos EUA. No passado, o País utilizava-se da ampla competição para pressionar os contratados a aceitarem os contratos *fixed-price* e os riscos na integralidade, obrigando a Defesa a flexibilizar cronogramas de entregas e reajustes dos valores contratuais, comprometendo a eficiência e o orçamento. Todavia, aquisições de grande complexidade⁶⁰⁷ afetaram a filosofia e os mecanismos das aquisições de defesa australianas, deixando de lado

⁶⁰⁵ MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. *Introduction*, In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, p. 6.

⁶⁰⁶ MARKOWSKI, Stefan; WYLIE, Robert. *Austrália: involving institutions*. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, pp. 203-204.

⁶⁰⁷ Como exemplos de aquisições complexas na Austrália, pode se destacar a aquisição do Jindalee Over-the-horizon Radar Network (JORN), em 1986, e a aquisição de submarinos Collin Class, no final dos anos 90. MARKOWSKI, Stefan; WYLIE, Robert. *Austrália: involving institutions*. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, pp. 204-207.

as experiências norte-americanas e britânicas na modelagem contratual e construindo um modelo próprio, fundamentado na própria experiência acumulada em diversas décadas, com adaptações às suas particulares circunstâncias.

O processo de aquisição de defesa no Canadá⁶⁰⁸ é considerado complicado e diferente dos modelos existentes nos padrões internacionais, principalmente em razão da estrutura organizacional que não confere autonomia para as compras de defesa ao Departamento de Defesa Nacional (DND), órgão do Ministério de Defesa canadense. A responsabilidade por todas as aquisições do governo canadense fica a cargo do *Public Works and Government Services Canada (PWGSC)*, que tem regras próprias de aquisição, submetendo os critérios operacionais de desempenho estabelecidos pelos militares a políticas de benefícios ao desenvolvimento regional e industrial.⁶⁰⁹

O DND canadense defende que suas especificidades nas aquisições derivam de três fatores: i) a importância do escopo e da economia de escala significa que as grandes aquisições de produtos de defesa são bem diferentes das compras de outros departamentos governamentais; ii) as aquisições do DND são consideradas de alto risco e podem ser politizadas devido à política de aquisições fundamentada em benefícios industriais e regionais. As constantes interferências dos grupos de interesse nos processos de contratação podem tornar o procedimento extremamente prolongado; e iii) a estrutura de governança federal canadense complica o *trade-off* entre os objetivos de defesa e sócio-políticas e alonga os ciclos de aquisições.⁶¹⁰

Nesse sentido, o DND defende que os processos de aquisição sejam realizados por delegação do PWGSC ao DND, que as aquisições possam ser realizadas em conjunto com países aliados, incrementando a interoperabilidade e reduzindo custos e tempo de produção e aumentando o uso da política de compras “commercial off-the-shelf” (COTS) com pequenos e médios países especializados em nichos específicos de produção de determinados produtos de defesa.

Em Israel, os processos de aquisição de defesa são subordinados a dois regimes de contratação, dependendo da origem dos recursos. O orçamento de defesa divide-se em

⁶⁰⁸ PLAMONDON, Aaron. *The politics of procurement: military acquisition in Canada and the Sea King helicopter*. Vancouver: UBC press, 1975, pp. 3-29.

⁶⁰⁹ BERKOK, Ugurhan. *Canada: defence procurement*. In *Defence procurement and industry policy: a small country perspective*, pp.211-213 e 224.

⁶¹⁰ BERKOK, Ugurhan. *Canada: defence procurement*. In *Defence procurement and industry policy: a small country perspective*, pp.212-213.

recursos financeiros provenientes do Tesouro israelense (denominado NIS) e da ajuda militar dos EUA (*American Foreign Military Funding*),⁶¹¹ sendo gastos em torno de 80% do orçamento total em compras na indústria de defesa israelense e 20% nas importações, que geralmente tem como exportadores, os EUA e a Europa.⁶¹²

A contratação pública de defesa israelense tem as seguintes características:⁶¹³

- i) é muito burocrática, todavia confere ao mesmo tempo estabilidade ao processo e um equilíbrio entre o desejo de se comprar rapidamente e a necessidade por rígidos controles dos gastos públicos;
- ii) permite a aplicação dos “*buy local policies*”, apoiando objetivos secundários como a geração de emprego e desenvolvimento de regiões industriais, quando o orçamento é oriundo do NSI;
- iii) obrigatoriedade de licitar, em razão da edição do 1992 *Obligatory Tender Act*;
- iv) Existência de um conjunto de regras e regulações específicas para as contratações de defesa;
- v) Previsão de acordos de compensação (*offsets*), nos projetos financiados pelos EUA.
- vi) Os contratos firmados em Israel podem ser disputados por empresas israelenses, norte americanas e européias;⁶¹⁴ e
- vii) existência de um acordo de livre comércio entre EUA e Israel, que elimina todos os tributos nas aquisições de produtos oriundos dos EUA por Israel.

Usualmente, em quase a totalidade dos planos normativos de contratações públicas no mundo, há disposições no sentido de aplicação de regras especiais ou afastamento da licitação, em casos nos quais a publicidade da aquisição deve ser restrita, em razão da proteção à segurança nacional.⁶¹⁵

⁶¹¹ Desde o final dos anos 70, Israel tem sido o maior beneficiário do *American Foreign Military Funding*, com o recebimento em média de 50% do fundo e do *American Economic Support Funding*, com 25% do fundo.

⁶¹² KAGAN, Kobi; SETTER, Oren; SHEFI, Yoad; e TISHLER, Asher. *Israel: procurement and industry*. In *Defence procurement and industry policy: a small country perspective*, pp.236-237.

⁶¹³ KAGAN, Kobi; SETTER, Oren; SHEFI, Yoad; e TISHLER, Asher. *Israel: procurement and industry*. In *Defence procurement and industry policy: a small country perspective*, p.237.

⁶¹⁴ Os contratos podem ser firmados tanto em Israel, por meio do *Directory for Procurement and Production*, ou nos EUA, pelo órgão denominado *Mission to the USA*, sediado em Nova Iorque.

⁶¹⁵ Sobre a comparação de mais sistemas de aquisições de defesa, ver KAUSAL, Tony; HUMILY, Gertrud; ROLLER, Peter; e TAYLOR, Trevor. *A comparison of the defense acquisition systems of France, United Kingdom, Germany and The United States*. Virginia: Defense systems management college press, 1999; KAUSAL, Tony; e MARRKOWSKI, Stefan. *A comparison of the defense acquisition systems of Austrália, Japan, South Korea, Singapore and The United States*. Virginia: Defense systems management college press, 2000; e WRIGHT, Elisabeth. *Comparative assessment project: defense acquisition-resource management systems*. Monterey: U.S. Naval Postgraduate School, 2010.

3.9 - Contratação de defesa e o direito comunitário: a cooperação regional para desenvolvimento da BID

Os produtos e sistemas de defesa podem ser desenvolvidos e produzidos domesticamente, em colaboração com outros países, desenvolvido sob licença de uma empresa ou governo estrangeiro, que desenvolveu a tecnologia, ou por meio de importações de produtos acabados que foram desenvolvidos e produzidos no exterior.

O direito internacional e as resoluções das Nações Unidas legitimam a produção e importação de armas, com a finalidade da autodefesa. Logo, não há nada de antiético ou imoral no comércio de armas, todavia há sensíveis questões que envolvem a política de transações internacionais desses produtos, como as transferências e barreiras tecnológicas, econômicas ou estratégicas.⁶¹⁶

Nesse contexto é que surge a possibilidade estratégica de estabelecimento de um *military industrial complex (MIC)*, em substituição ou complemento a idéia tradicional de BID nacional, até mesmo em razão da tendência de concentração e de internacionalização das indústrias de defesa, em busca da redução de custos e de economia de escala. Assim sendo, serão analisadas as possibilidades e limitações dos MIC, no âmbito da União Européia e da Unasul.

3.9.1 – contratação de defesa na União Européia: a Diretiva 2009/81/CE

O Tratado de Maastricht de 1992, que deu origem à União Européia (EU), instituiu a Política Externa e de Segurança Comum (PESC), dispondo sobre a responsabilidade da União no domínio da segurança e à eventual definição de uma política comum de defesa. Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã (1999), foram incluídas novas missões no Tratado da UE (Título V), tais como as missões de gestão de crise ou as missões de manutenção da paz. O Comitê Político e de Segurança (COPS), o Comitê Militar da UE (CMUE) e o Estado Maior Militar da UE (EMUE) constituem as estruturas políticas e militares permanentes para uma política de defesa autônoma e operacional da União.⁶¹⁷

⁶¹⁶ SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave macmillan, Londres, p. 138.

⁶¹⁷ UNIÃO EUROPÉIA. Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD). Disponível em < http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/european_security_defence_policy_pt.htm>. Acesso em 20 set 2014.

Os objetivos da PESC estão definidos no artigo 24.º do Tratado da UE e são prosseguidos mediante o recurso a instrumentos jurídicos próprios, tais como as ações comuns e posições comuns aprovadas por unanimidade no âmbito do Conselho. O tratado de Lisboa de 2007 (entrou em vigor em 2009), que altera o Tratado da UE 1992, destaca que a PESC tem como parte integrante, a Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD), que substitui a antiga Política Europeia de Segurança e Defesa.

Da mesma forma, no bojo do tratado de Lisboa aumenta e especifica as atribuições da Agência Europeia de Defesa (AED)⁶¹⁸, com objetivo de aumentar as capacidades militares dos Estados-membros, através de: i) fixar objetivos comuns aos Estados-Membros em matéria de capacidade militar; ii) criar programas e assegurar a gestão dos mesmos a fim de atingir os objetivos fixados; iii) harmonizar as necessidades operacionais dos Estados-Membros e melhorar, assim, *os métodos de aquisição dos equipamentos militares*; iv) gerir as atividades de investigação em matéria de tecnologia de defesa; e v) contribuir para o *reforço da base industrial e tecnológica do setor da defesa*⁶¹⁹ e para a melhoria da eficácia das despesas militares.⁶²⁰

Simultaneamente às negociações do Tratado de Lisboa, em 05 de dezembro de 2007, é publicada a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões ([COM\(2007\) 764 final](#)), intitulada “Uma estratégia para uma *indústria da defesa europeia* mais forte e mais competitiva.” No documento são dispostas várias considerações sobre a situação da BID europeia, bem como são fixadas medidas políticas e diretriz para o fortalecimento da BID comunitária, principalmente com o objetivo de concorrer com a indústria dos EUA.⁶²¹

⁶¹⁸ A AED foi criada pela ACÇÃO COMUM 2004/551/PESC DO CONSELHO, de 12 de Julho de 2004. Tem por missão apoiar o Conselho e os Estados-Membros nos seus esforços para aperfeiçoar as capacidades de defesa da União Europeia na área da gestão de crises e apoiar a PESC na sua atual configuração e na sua evolução futura. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:32004E0551>. Acesso em 20 set. 2014.

⁶¹⁹ PARLAMENTO EUROPEU. *Mapping the Cost of Non-Europe*, 2014 -2019, P. 28. As estimativas de economia em aquisições de defesa na EU com o fortalecimento da BID comunitária, por ano, é no montante de 26, 4 bilhões de euros. Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/563350/IPOL-EAVA_ET\(2014\)563350_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/563350/IPOL-EAVA_ET(2014)563350_EN.pdf)>. Acesso em 30 set. 2014.

⁶²⁰ UNIÃO EUROPEIA. Política de segurança e de defesa comum. Disponível em <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0026_pt.htm>. Acesso em 20 set. 2014.

⁶²¹ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Lisboa: Almedina, 2013, pp. 492-493.

Tal assertiva é clara quando a [COM\(2007\) 764-final](#) afirma que “a indústria da defesa europeia considera ser difícil beneficiar de oportunidades econômicas nos EUA, mas, em contrapartida, as empresas norte-americanas têm acesso facilitado aos mercados europeus”, concluindo que é importante assegurar que a BID europeia se encontre ao nível dos concorrentes dos EUA, em termos de inovação e qualidade. Ao mesmo tempo, a Comunicação alerta para que os esforços europeus não se concentrem somente ao mercado norte-americano, mas também aos mercados de países emergentes e propõe uma nova legislação comunitária para promover o desenvolvimento da BID comunitária.⁶²²

No mesmo sentido, a Comunicação destaca que diversos obstáculos configuram-se para o aumento da competitividade como, por exemplo, a coexistência de regulamentações nacionais diferentes para os contratos públicos e a lentidão dos processos de emissão de licenças para autorizar a circulação de produtos do sector da defesa no interior da União, bem como, por exemplo, a falta de partilha de informações. A fim de melhorar a situação da indústria europeia da defesa, a Comissão recomenda pela adoção de diretivas específicas para a contratação de defesa.

A proposta de diretiva sobre aquisição de defesa apresentada na Comunicação converteu-se na Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, alterando as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, que tratavam das compras públicas de carácter comum. Inaugura-se, assim, um regime especial de contratação de defesa.⁶²³

O novo regime definiu as regras concernentes à contratação pública de defesa, com a finalidade de criar um mercado interno europeu, procurando reduzir a possibilidade de invocação do artigo 346º, do Tratado que constitui a UE, que se trata de exceção à aplicação ao Tratado, nos casos em que a salvaguarda prevista na diretiva não permite proteger os interesses de segurança dos Estados-membros.

⁶²² UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões ([COM\(2007\) 764 final](#)): Uma estratégia para uma indústria da defesa europeia mais forte e mais competitiva. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0764&from=PT>>. Acesso em 20 set. 2014.

⁶²³ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2009/81/CE. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081&from=PT>>. Acesso em 20 set. 2014.

Como âmbito de incidência, a diretiva aplica-se aos contratos adjudicados nos domínios da defesa e da segurança, excetuando quando aplicados os artigos 36º, 51º, 52º, 62º e 346º do Tratado da UE, que tenham por objeto:

- a) O fornecimento de equipamento militar, incluindo quaisquer partes, componentes e/ou elementos de ligação do mesmo;
- b) O fornecimento de equipamento sensível, incluindo quaisquer partes, componentes e/ou elementos de ligação do mesmo;
- c) Obras, fornecimentos e serviços diretamente relacionados com o equipamento referido nas alíneas a) e b) em relação a um ou a todos os elementos do seu ciclo de vida;
- d) Obras e serviços para fins militares específicos, ou obras e serviços sensíveis.⁶²⁴

Como geralmente as compras militares são efetivadas à luz das exceções previstas, corre-se o risco de que a diretiva se torne de natureza manifestadamente residual, em razão da invocação pelos Estados-membros, das excludentes previstas no Tratado. Caberá ao Tribunal de Justiça da EU (TJUE) firmar jurisprudência, no sentido de não alargar o âmbito de aplicação das exceções previstas no Tratado para além do estritamente necessário.⁶²⁵

Em relação à possibilidade de efetivação de políticas públicas, por meio das contratações governamentais de defesa, a Diretiva nº 2009/81 dispõe de diversos dispositivos que garantem políticas relacionadas às microempresas e pequenas empresa⁶²⁶, à proteção de pessoas portadoras de necessidades especiais⁶²⁷, às questões ambientais⁶²⁸ e regulação em matéria de fiscalidade e proteção ao trabalhador.⁶²⁹

Quatro anos após a edição da Diretiva 2009/81/CE e inserida no contexto da crise econômica mundial, que atingiu fortemente os países europeus, é publicada uma nova Comunicação referente à BID europeia, fundamentada no trabalho da *Task-Force* da Comissão para a Defesa criada em 2011 com o objetivo de reforçar o setor da defesa através da mobilização de todas as políticas pertinentes da UE. A nova publicação é denominada Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 542 final).⁶³⁰

⁶²⁴ UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2009/81/CE, artigo 2º. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081&from=PT>>. Acesso em 20 set. 2014.

⁶²⁵ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 503.

⁶²⁶ Considerações 3 e 79 da Diretiva nº 2009/81/CE.

⁶²⁷ Considerações 35 e 66 e artigos 14º e 24º da Diretiva nº 2009/81/CE.

⁶²⁸ Artigos 18º, nº 3 (b) e 6; artigos 24º e 44º da Diretiva nº 2009/81/CE.

⁶²⁹ Artigos 24º, da Diretiva nº 2009/81/CE.

⁶³⁰ UNIÃO EUROPÉIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo

A Comunicação de 2013 evidencia a preocupação com a crise da despesa pública e com os consequentes cortes nos orçamentos da defesa. Entre 2001 e 2010 as despesas de defesa da UE diminuíram de 251 bilhões de euros para 194 bilhões de euros. Estes cortes orçamentais estão igualmente a ter repercussões graves nas indústrias que desenvolvem equipamento para forças armadas europeias, com cortes nos programas em curso. Afetam, em especial, o investimento na pesquisa e desenvolvimento de defesa que é crucial para o desenvolvimento das capacidades do futuro. Entre 2005 e 2010, verificou-se uma diminuição de 14 % dos orçamentos para essas atividades, sendo destinados 9 bilhões de euros. Como comparação, os EUA sozinhos despendem atualmente sete vezes mais com a pesquisa e desenvolvimento de defesa que todos os 27 Estados-Membros da UE juntos.⁶³¹

Como consequência, a Comunicação estabelece como ação estratégica, dentre varias outras, o apoio à BID europeia na conquista de mercados emergentes. Nesses mercados, em respeito às compensações, as negociações explorarão formas de minimizar possíveis repercussões negativas dessas compensações sobre o mercado interno e a BID europeia. A Comissão também examinará de que modo as instituições da UE poderiam promover os fornecedores europeus nos casos em que apenas uma empresa europeia está em concorrência com fornecedores de outras partes do mundo.⁶³²

Como prosseguimento da Comunicação adotada em julho de 2013, foi publicado em junho de 2014, o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: um novo pacto para a defesa europeia. O presente relatório intitula-se “Roteiro de implementação da Comunicação COM (2013) 542: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente.

O Roteiro destaca: i) a importância do mercado interno para assegurar a aplicação correta da Diretiva 2009/81/CE; ii) o trabalho no sentido da rápida eliminação da prática de

e eficiente (COM(2013) 279 final). Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2013\)0542_/com_com\(2013\)0542_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0542_/com_com(2013)0542_pt.pdf). Acesso em 20 set. 2014.

⁶³¹ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 279 final). Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2013\)0542_/com_com\(2013\)0542_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0542_/com_com(2013)0542_pt.pdf). Acesso em 20 set. 2014.

⁶³² UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 279 final). Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2013\)0542_/com_com\(2013\)0542_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0542_/com_com(2013)0542_pt.pdf). Acesso em 20 set. 2014.

compensação e de políticas discriminatórias; iii) a normalização com o desenvolvimento de normas híbridas, ligando planos normativos nacionais, europeus e internacionais em vigor (ex: OTAN); iv) incentivo às micro e pequenas empresas; v) explorar o potencial de pesquisa e desenvolvimento de tecnologia dual; e vi) reforço à dimensão internacional, com buscas de mercados emergentes, em razão da queda dos orçamentos de defesa na Europa.⁶³³

Em sede de conclusão, o Roteiro de implementação da Comunicação COM(2013) 542 sintetiza as principais preocupações da EU em relação ao decréscimo dos orçamentos de defesa na Europa, estabelecendo ações estratégicas a fim de fortalecer a BID européia, tendo como grande concorrente a ser vencida, a BID norte-americana, na concorrência dos mercados internos europeus, bem como dos mercados emergentes, como, por exemplo, o do Brasil. Os impactos da não efetivação da política comum de defesa na EU estão analisados detalhadamente no documento denominado “*The Cost of Non-Europe in Common Security and Defence Policy*”, elaborado pelo *European Parliamentary Research Service*.⁶³⁴

Não obstante a possibilidade da participação da BID européia no mercado brasileiro de defesa, o recíproco se torna inviável atualmente, na medida em que a política normativa nacional em relação à BID brasileira é altamente discriminatória, em favor das empresas nacionais e com a exigência de compensação tecnológica nas aquisições de produtos de defesa importado, o que é categoricamente rejeitado pelos países desenvolvidos.

3.9.2. Contratações de defesa na UNASUL: um possível estabelecimento de um *Military Industry Complex (MIC)*?

A União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) é formada pelos doze países da América do Sul e foi criada por tratado constitutivo durante a Reunião Extraordinária de Chefes de Estado e de Governo, realizada em Brasília-DF, em 23 de maio de 2008⁶³⁵. A UNASUL tem como objetivo a construção de maneira participativa e consensual, de um

⁶³³ UNIÃO EUROPÉIA. Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: um novo pacto para a defesa européia (COM(2014) 387 final). Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0387&from=EN>>. Acesso em 20 set. 2014.

⁶³⁴ PARLAMENTO EUROPEU. European Parliamentary Research Service. *The Cost of Non-Europe in Common Security and Defence Policy*. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/494466/IPOL-JOIN_ET\(2013\)494466_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/494466/IPOL-JOIN_ET(2013)494466_EN.pdf). Acesso em 30 set. 2014.

⁶³⁵ O Tratado entrou em vigor no dia 11 de março de 2011, após o depósito de ratificação por dez países, número mínimo para a vigência do Tratado.

espaço de articulação em diversas áreas, a fim de criar condições de estabelecimento da paz e da segurança, entre outros objetivos. Para isso, conta hoje com oito conselhos ministeriais, entre eles, o de Defesa.⁶³⁶

Nesse contexto, foi criado em 16 de dezembro de 2008, o Conselho de Defesa Sul-Americano (CDS) como uma instância de consulta, cooperação e coordenação em matéria de defesa, com os objetivos principais de construir uma identidade regional de defesa e estimular a integração da base industrial de defesa sul-americana.⁶³⁷ Em relação ao segundo objetivo que está relacionado à indústria de defesa, anualmente são estabelecidas tarefas aos países-membros num Plano de Ação Anual do CDS. Para 2014, no eixo da indústria de defesa (eixo 30), foram estabelecidas as seguintes atividades:⁶³⁸

a) A partir dos avanços no Plano de Ação 2013, Atividade 3.a, trabalhar no mapeamento das capacidades instaladas, com o objetivo de desenvolver um plano estratégico para uma produção pública de medicamentos no âmbito da Defesa na UNASUL;

b) Manter o Grupo de trabalho da atividade 3.b 2013, constituído por especialistas com o propósito de apresentar o projeto, o desenvolvimento e a produção de um sistema regional de aeronaves não tripuladas (VANT REGIONAL)

c) Criar um Grupo de Trabalho e realizar o primeiro encontro virtual que apresentará um relatório de viabilidade, visando o desenho e desenvolvimento de uma indústria de alimentos para suprir as demandas Sul-americanas em caso de eventos naturais, catástrofes ou exercícios militares

d) Realizar uma oficina para socializar o sistema integrado de informação em defesa, tecnologia e indústria, assim como realizar o Primeiro Seminário de Catalogação no marco do CDS.

No início deste novo milênio, a América do sul enfrenta um mercado mundial de armas, caracterizado pela grande distância tecnológica e o elevado nível de restrições formais e informais, com obstáculos à importação e ao acesso aos produtos de defesa mais avançados, resultando num quadro de alerta em países como o Brasil e Argentina e configurando-se num quadro de ameaça à defesa nacional, reproduzidos em documentos oficiais. Constituído o quadro, as respostas as restrições foram em três eixos: i) reconstrução e fomento ao desenvolvimento da BID nacional; ii) compras de produtos de defesa diversificados e a assinatura de acordos de cooperação tecnologia entre países da região sul –americana e novos

⁶³⁶ BRASIL. Ministério das Relações Internacionais. UNASUL. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em 30 set. 2014.

⁶³⁷ SILVA, Saint-Clair Lima da. Conselho de Defesa Sul-Americano: possibilidade de integração militar efetiva na América do Sul? Brasília:UnB. Monografia de pós graduação em Relações Internacionais, 2012.

⁶³⁸ CDS. Plano de Ação 2014. Disponível em <<http://www.ceedcnds.org.ar/Portugues/09-Downloads/Port-PA/PORT-Plan-de-Accion-2014.pdf>>. Acesso em 20 out. 2014.

mercados, como, por exemplo, a Rússia, a França e a China; e iii) incentivo à cooperação na indústria de defesa, com o fortalecimento de BID regional.⁶³⁹

No plano interno, a Política Nacional de Defesa (2012) destaca o papel do País na geopolítica da América do Sul e a necessidade da integração regional, a fim de consolidar a estabilidade na região. No capítulo do “ambiente regional e o entorno estratégico” a PND cita entre os fatores de contribuição para a redução da possibilidade de conflitos no entorno estratégico “o fortalecimento do processo de integração, a partir do MERCOSUL e da UNASUL”, entre outros. Já no capítulo das “Orientações”, a PND é mais específica no sentido da criação de uma *BID sul-americana*, por meio de medidas que proporcionem desenvolvimento mútuo, bem como capacitação e autonomia tecnológicas, devendo o País buscar parcerias estratégicas, visando ampliar o leque de opções de cooperação na área de defesa e as oportunidades de intercâmbio.⁶⁴⁰

Ainda no plano doméstico, a Estratégia Nacional de Defesa (2012), na diretriz específica que trata do desenvolvimento da BID, menciona o incentivo à competição em mercados externos a fim de aumentar a escala de produção da BID nacional, sinalizando que a consolidação da UNASUL poderá atenuar “a tensão entre o requisito da independência em produção de defesa e a necessidade de compensar custo com escala, possibilitando o desenvolvimento da produção de defesa com outros países da região.”⁶⁴¹

Naturalmente, o Brasil por sua liderança regional incontestável na América do Sul, será o grande responsável por alavancar um *cluster* de defesa na região, na medida em que é o único país que possui uma empresa de defesa entre as 100 maiores do mundo⁶⁴² e um parque tecnológico e centros de pesquisa consolidados. Logo, à proporção em que “a integração física e econômica da América do Sul evolui, um modelo comum de defesa regional, seja ele qual for, não deverá ser dissociado dos demais processos de integração”, o qual será estabelecido na medida do viés natural do amadurecimento regional.⁶⁴³

⁶³⁹ BATTAGLINO, Jorge. *O Brasil e a criação do conselho de Defesa Sul-Americano*. Artigo online Disponível em < http://www.nuso.org/upload/articulos/p7-6_1.pdf>. Acesso em 20 set. 2014.

⁶⁴⁰ BRASIL. Política Nacional de Defesa, 2012.

⁶⁴¹ BRASIL. Estratégia Nacional de Defesa, 2012.

⁶⁴² SIPRI. Em 2012, a EMBRAER ocupava a 66ª posição no ranking das 100 maiores empresas de defesa do mundo, sendo a única sul-americana. Disponível em < <http://www.sipri.org/research/armaments/production/Top100>>. Acesso em 30 set. 2014.

⁶⁴³ ODEBRECHT, Marcelo. *É viável a formação de um cluster de indústrias de defesa na América do Sul?* In Segurança Internacional: perspectivas brasileiras. Nelson Jobim, Sérgio Etchegoyen, João Paulo Alsina (orgs.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, pp. 371-376.

Não obstante a liderança brasileira, os demais países da América do Sul possuem uma BID de dimensões relevantes. O Chile, por exemplo, possui um grupo de empresas e indústrias de defesa no setor público⁶⁴⁴ e privado⁶⁴⁵, das quais algumas já estabelecem alianças estratégicas com empresas brasileiras.

Em relação à Argentina, foi estabelecido em 21 de outubro de 2014, o acordo denominado Aliança Estratégica em Indústria Aeronáutica (AEIA), que tem como objetivo integrar e fortalecer os setores industriais de defesa de ambas as nações. Ao lado de Portugal e República Tcheca, a Argentina participou de um dos mais importantes projetos estratégicos da Defesa Nacional, o avião cargueiro KC-390, que foi projetado pela Força Aérea Brasileira (FAB) e fabricado pela Embraer. Os investimentos feitos para a produção de peças do KC-390 na Fábrica Argentina de Aviação (FAdeA), em Córdoba, foram vitais para a alavancagem da indústria aeronáutica argentina.⁶⁴⁶

Ainda no âmbito do Acordo, o governo argentino também anunciou a decisão do governo argentino de iniciar as negociações para aquisição de 24 caças suecos *Gripen NG* que serão produzidos no Brasil, sendo a eventual participação argentina na produção desses aviões e as condições de compras, avaliadas em encontros futuros.

Conclui-se que, no âmbito da UNASUL, já se encontram em andamento alguns projetos estratégicos referente à estruturação de uma BID sul-americana. O que se percebe, num primeiro momento é que os países-membros estão em processo, num primeiro momento, de consolidação das suas BID nacionais, para, posteriormente, amadurecerem a idéia e a efetivação de uma BID regional.

Utilizando-se da experiência da UE, conclui-se também que a falta de padronização dos equipamentos dos Estados-Membros, a necessidade de certificação e homologação por todos os países e a duplicidade na pesquisa e desenvolvimento dos produtos e sistemas de defesa configuram-se nas principais barreiras para a unificação das indústrias nacionais no objetivo de formar uma BID comunitária.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Setor público: ASMAR (Marinha), ENAER (Força Aérea) e FAMAE (Exército).

⁶⁴⁵ Setor privado: DESA; DTS, SISDEF Ltda, RMS S.A., CK, LINKTRONICS.

⁶⁴⁶ BRASIL. Ministério da Defesa. Notícias, disponível em < <http://www.defesa.gov.br/noticias/14076-brasil-e-argentina-assinam-acordo-para-fortalecer-cooperacao-aeronautica>>. Acesso em 30 out. 2014.

⁶⁴⁷ PARLAMENTO EUROPEU. European Parliamentary Research Service. *The Cost of Non-Europe in Common Security and Defence Policy*. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/494466/IPOL-JOIN_ET\(2013\)494466_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/494466/IPOL-JOIN_ET(2013)494466_EN.pdf). Acesso em 30 set. 2014.

A padronização de técnicas de desenvolvimento e produção impacta diretamente na redução dos custos dos produtos, na medida em que se utiliza da economia de escala, aumentando a competitividade da BID regional no mercado global. Da mesma forma, se torna imperativo o reconhecimento mútuo de técnicas de certificação entre os países, tanto nos produtos civis, como nos militares, reduzindo a burocracia, os custos desses processos. No que se refere à duplicidade na pesquisa e desenvolvimento, a questão posta na UE é pertinente ao caso sul-americano, quando os europeus se questionam se é um bom negócio para a UE ter 16 estaleiros navais militares, quando os Estados Unidos tem dois, ou se a Europa realmente precisa de 26 programas distintos de formação de helicópteros, para se tomar dois exemplos distintos do desperdício de meios.

3.9 – Contratações de defesa e o Direito Internacional: possibilidades e limitações no comércio internacional de armas

Um tema de permanente preocupação e acompanhamento no Direito Internacional são iniciativas, no plano global, sobre o controle do comércio internacional de armas (*international arms sales*). Parte-se da premissa de que são três ordens de motivação que orientam a participação dos Estados no sistema de produção e comércio internacional de armas: i) busca da riqueza, que inclui o câmbio de produtos, a economia de escala, a geração de emprego, a recuperação dos custos de pesquisa e desenvolvimento do material ou sistema e a utilização do comércio como instrumento de desenvolvimento econômico; ii) busca do poder, que inclui o acesso a líderes estrangeiros, compromissos simbólicos para aliados, equilíbrios regionais de poder, presença e acesso aos recursos; e iii) busca de segurança e vitórias na guerra, que engloba bases, assistência aos aliados, substitutos para o envolvimento direto militar, testes de novas armas, e autonomia para garantir a segurança militar.⁶⁴⁸

Essas motivações estimulam, por um lado, a inovação contínua e a produção, e por outro, a imposição de controles sobre o comércio mediante restrições ou regulações de exportações com fins tanto comerciais quanto políticos e estratégicos.

Sob esse pretexto da preocupação com a não proliferação de armas de destruição em massa, os países mais desenvolvidos restringem ou constroem a possibilidade de acesso por

⁶⁴⁸ KRAUSE, Keith. *Arms and the State: Patterns of Military Production and Trade*. New York: Cambridge University Press, 1992.

países a certas tecnologias, cujos usos pacíficos são relevantes para a consecução de seus objetivos nacionais de desenvolvimento econômico e social, os tornando “colônias tecnológicas”. Essas iniciativas, em alguns casos unilaterais (isto é, implementadas por um único Estado), por meio de controles nacionais de exportação, são também objeto de ações articuladas de forma plurilateral, notadamente por intermédio dos chamados regimes internacionais de controle de exportações.⁶⁴⁹

Por seus objetivos, controles de exportação podem ser classificados em dois tipos: quantitativos e qualitativos. Controles quantitativos seriam aqueles caracterizados por restrições totais ou parciais a exportações de armas para um país específico ou grupo de países. Controles qualitativos buscariam, por sua vez, restringir transferências de tecnologias de última geração, de forma a permitir que os países exportadores mantenham uma vantagem tecnológica sobre potenciais adversários ou impedir transferências de tecnologias demasiado sensíveis, como aquelas empregadas em armas de destruição em massa. É essa abordagem qualitativa que permeia, em grande parte, o funcionamento dos regimes internacionais de controle de exportações.

A difusão de novas tecnologias e uma estratificação de produção de armas e capacidades comerciais é realizada em três níveis: i) os países de primeiro nível que inovam na fronteira tecnológica; ii) os países de segundo nível, considerados produtores, através da transferência de capacidades e tecnologia de armas na fronteira tecnológica e adaptando-as às necessidades específicas do mercado; e iii) os países de terceiro nível que copiam e reproduzem tecnologias existentes, mas que não capturam o processo subjacente de inovação ou adaptação.⁶⁵⁰

As grandes potências mundiais deparam-se com o dilema: denegar a tecnologia no estado da arte (critério da segurança), mantendo a superioridade tecnológica, ou vendê-la (critério econômico), a fim de obter o retorno dos custos envolvidos no projeto, reduzindo o valor unitário do produto ou sistema de defesa. Por exemplo, os Estados Unidos da América, utiliza-se de diversas justificativas para a venda dos equipamentos produzidos por sua indústria: i) apoio a países aliados contra uma ameaça comum; ii) eliminação de

⁶⁴⁹WET, Gideon de. *Emerging from the technology colony: a view from the south*. Department of Engineering & Technology Management, University of Pretoria, South Africa, 2010. Disponível em <<http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/14017/de%20Wet%20TCM.pdf?sequence=1>>. Acesso em 30 Set. 2014.

⁶⁵⁰Harkavy, R. E. Review of *Arms and the State: Patterns of Military Production and Trade* by Keith Krause; *The International Arms Trade* by Edward J. Laurance. *The American Political Science Review*, Vol. 87, No. 3, Sep., 1993, pp. 813-815. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2938801>>. Acesso em 30 Set. 2014.

equipamentos não mais necessários; iii) aumento de lucro para os fornecedores nacionais; iv) influência nos países que adquirem produtos e sistemas norte americanos, criando-se dependência logística; v) redução de custos dos produtos pagos pelo Governo dos EUA; e vi) compensação de balança comercial de importações e exportações.⁶⁵¹

Apesar das vantagens acima descritas, potenciais problemas surgem ao longo dos contratos de defesa, no âmbito internacional, como por exemplo, a recusa de transferência de códigos-fontes ao longo do desenvolvimento do projeto, mesmo para países aliados, assim como a transferência de tecnologia para um terceiro país, que pode se constituir em potencial ameaça ao país aliado ou amigo.

Outra questão relacionada ao Direito Internacional refere-se a variáveis extrínsecas ao contrato, que podem repercutir diretamente na execução desses. A fim de elucidar, a questão será abordada através do caso da parceria Brasil-Rússia. As tratativas entre Brasil e Rússia na área de Defesa iniciaram-se em 2008, com a assinatura do Acordo de Cooperação Técnico-Militar entre os dois países.

Em dezembro de 2012, a relação entre os dois países passou a ser regida pelo Plano de Ação da Parceira Estratégica, que prevê cooperação a longo prazo, fundamentada no interesse mútuo, nas parceiras indústrias e na transferência de tecnologia. O procedimento para a aquisição dos sistemas de artilharia antiaérea Pantsir-S1 foi iniciado concretamente a partir de fevereiro de 2013, quando os dois países assinaram uma Declaração de Intenções. O documento estipulou que o processo de compra se pautaria pela transferência efetiva de tecnologia, sem restrições; desenvolvimento conjunto de novos produtos; e sustentabilidade logística integrada.⁶⁵²

Uma comitiva composta por nove oficiais militares do Ministério da Defesa embarcou no dia 26 de agosto de 2014 com destino a Moscou, na Rússia, com o objetivo de realizar avaliações complementares do sistema de artilharia antiaérea de média altura Pantsir-S1. Não obstante as tratativas, os Estados Unidos da América e a União Européia haviam estipulado,

⁶⁵¹ SORENSON, David S. *The process and politics of defense acquisition: a reference handbook*. Connecticut: Praeger Security International, 2009, p. 127.

⁶⁵² DEFESANET. PANTSIR S1 - Embarca comitiva do Ministério da Defesa para testes na Rússia. 26 de agosto de 2014. Disponível em < http://www.defesanet.com.br/br_ru/noticia/16559/PANTSIR-S1---Embarca-comitiva-MD-para-testes-na-Russia/>. Acesso em 30 Set. 2014.

em 16 de julho de 2014, um pacote de sanções às empresas russas de defesa⁶⁵³, em razão da invasão da Ucrânia. O pacote de sanções foi aprofundado, em 12 de setembro de 2014, com novas medidas.⁶⁵⁴

Assim sendo, utilizando-se do exemplo Brasil-Rússia, pode-se concluir que embargos impostos por terceiros países, mesmo aliados, ou por comunidades ou organismos internacionais, mesmo sendo motivos extrínsecos ao contrato firmado, podem influir diretamente na execução contratual, por meio de sanções internacionais estabelecidas. Logo, projetos desenvolvidos ao longo de um extenso período e de elevados recursos financeiros despendidos, podem ser inviabilizados por um impasse do direito internacional, demonstrando o quanto os contratos administrativos de defesa são dependentes da postura da política externa nacional.

Atualmente, existem quatro principais regimes internacionais de controle de exportações: i) o Grupo de Supridores Nucleares (NSG); ii) o Regime de Controle de Tecnologia de Mísseis (MTCR); iii) o Grupo da Austrália (aplicado às áreas biológica e química) e; iv) o Arranjo de Wassenaar (relacionado a armamento convencional). O Brasil integra os dois primeiros regimes.

Além do NSG e do MTCR, o Brasil é signatário de outros regimes e convenções internacionais estabelecidos pelos países comprometidos com o desarmamento e a não-proliferação, entre os quais o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP), a Convenção para Proibição de Armas Químicas (CPAQ) e a Convenção para Proibição de Armas Biológicas e Bacteriológicas (CPAB). O País conta com legislação de controle das exportações de bens e tecnologias sensíveis e de serviços vinculados a tais bens, bem como de bens de uso dual, cuja implementação compete à Comissão Interministerial de Controle de Bens Sensíveis (Cibes) e à Comissão Interministerial para Aplicação dos Dispositivos da Convenção para a Proibição das Armas Químicas (Ciad-CPAQ).⁶⁵⁵

⁶⁵³ as sanções contra a indústria militar russa, que afetam gigantes do setor como a Almaz-Antei, a Kalashnikov e a Uralvagonzavod, contemplam a suspensão completa de contatos e o congelamento de ativos das empresas nos bancos norte-americanos.

⁶⁵⁴ OPERA MUNDI. EUA se somam à UE e aprofundam pacote de sanções à Rússia, atingindo maior banco do país. 12 de setembro de 2014. Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/37827/eua+se+somam+a+ue+e+aprofundam+pacote+de+sancoes+a+russia+atingindo+maior+banco+do+pais.shtml>>. Acesso em 30 set. 2014. Três sociedades do setor de defesa russo; United Aircraft Corporation, Oboronprom e Uralvagonzavod, foram atingidas pelos embargos da união Européia.

⁶⁵⁵ ABIN. *O Brasil e os regimes internacionais de controle*. Disponível em <http://www.abin.gov.br/modules/mastop_publish/?tac=PRONABENS>. Acesso em 30 Set. 2014.

Existe uma ampla variedade de tratados multilaterais no âmbito da segurança e defesa, que podem repercutir no comércio internacional de armas, e em consequência, nos contratos de defesa, conforme segue abaixo uma lista exemplificativa, nas principais categorias de tratados:

i) Tratado regulando a segurança mundial: Carta das Nações Unidas: tratados internacionais relativos ao direito internacional humanitário e que disciplinam os conflitos armados internacionais e não-internacionais: Quatro Convenções de Genebra (1949), incluindo os dois Protocolos adicionais (1977).

ii) Tratados internacionais que regulamentam diferentes tipos de armamentos e seus regimes: Tratado Anti-Mísseis Balísticos, Tratado para a Redução de Armas Estratégicas, Convenção sobre Minas Terrestres, Tratado Tlatelolco (Proibição de Armas Nucleares na América Latina e o Caribe).

iii) Tratados internacionais criando organizações regionais parcialmente relacionadas com questões de segurança: Carta da Organização dos Estados Americanos, Tratado da União Européia, Ato final da CSCE/OSCE, Ato Constitutivo da União Africana.

iv) Acordos regionais de cooperação militar e assistência mútua para a defesa: Tratado da OTAN, Acordo “Parceria para a Paz” e Tratado da Europa Ocidental,

v) Tratado Interamericano de Assistência Recíproca: A razão para os Estados ratificarem tratados de segurança internacional é que estes ajudam a definir princípios de comportamento internacional, com vistas a fortalecer a segurança regional e internacional, bem como a ampliar a cooperação bilateral e multilateral. O poder executivo, por meio do Ministério das Relações Exteriores, normalmente centraliza o processo de negociação.

vi) Acordos ou tratados bilaterais de amizade, cooperação e assistência militar mútua: Na definição de uma política de segurança nacional de um Estado, os acordos bilaterais também desempenham um papel central. Com somente duas partes envolvidas, as disposições de tais tratados podem ser negociadas tendo em vista valores, circunstâncias e necessidades específicas dos países envolvidos. O tratado de redução de armas estratégicas (START) entre a antiga União Soviética e os Estados Unidos é um exemplo. Esses acordos servem também para ajudar a resolver problemas práticos de cooperação militar.

Por fim, cabe ainda destacar que no âmbito da OMC, os Acordos GATT abrem exceções ao regime geral, por razões de segurança, nomeadamente relacionadas com o comércio de artigos e material destinados, direta ou indiretamente, ao aprovisionamento das Forças Armadas.⁶⁵⁶ Da mesma forma, o Acordo Sobre Compras Governamentais autoriza a interpretação no sentido de impedir qualquer parte de tomar as medidas ou de se abster de divulgar as informações consideradas necessárias para a proteção dos seus interesses essenciais em matéria de segurança nos contratos de aquisição de armas, munições ou material de guerra, ou nos contratos indispensáveis para a segurança nacional ou para efeito de defesa nacional.⁶⁵⁷

⁶⁵⁶Artigo XXI do GATT 1994.

⁶⁵⁷Artigo XXIII do GPA/OMC.

Conclusão

As conclusões a serem apresentadas são resultado da análise de todo o marco teórico presente no trabalho e da reflexão a partir da interação das diversas teorias expostas, segundo um fio lógico que as une.

Como um direito relativamente novo, o Direito Administrativo tem sua sistematização voltada para servir de instrumento para a inserção de novos fenômenos, caracterizando-se por ser casuístico, problemático, fundamentado pela resolução de problemas enfrentados pela administração pública, na concretização do interesse público. Serve assim, para efetivar no plano infraconstitucional, os direitos e deveres postos no plano político, na Constituição Federal.

Pela modernidade, o sistema jurídico administrativo busca em outros ramos do Direito, principalmente no Direito Civil, conceitos e princípios, bem como é contagiado pelos fenômenos surgidos nos ramos do Direito Privado. Dessa forma, a teoria dos microssistemas, construída pela descodificação do Código Civil, produziu efeitos em algumas temáticas do Direito Público, abarcando as licitações e contratos.

Como consequência, legislações especiais e casuísticas foram sendo editadas e passaram a orbitar em torno do núcleo da Lei nº 8.666/93, buscando o seu fundamento teleológico na Constituição Federal. Nesse contexto, é editada a Lei nº 12.598/12 a fim de atender as demandas de um setor específico de contratação pública, o de defesa.

A Lei nº 12.598/12 torna-se assim a norma-núcleo de um novo microssistema, com o objetivo de efetivar os ditames constitucionais, que atribuem ao Estado o dever de promoção do desenvolvimento econômico, através da regulação e do fomento à atividade econômica. Ao mesmo tempo, realiza o disposto pela Lei nº 12.349/2010, que estabeleceu a terceira finalidade legal da licitação: a promoção do desenvolvimento econômico sustentável.

Além dos objetivos descritos acima, a Lei nº 12.598/12 estabeleceu um novo regime especial de contratação, na tentativa de regular um mercado economicamente imperfeito e altamente estratégico, no qual o Estado é o agente mais importante, pois tem o poder de determinar o tamanho da BID nacional, através da escolha política de contratação pública dos produtos e sistemas de defesa.

Em paralelo, a consolidação da democracia, por meio de sua Carta Magna, permitiu o estabelecimento da relação civil-militar, objeto de pesquisa nobre para a Ciência Política, de forma estável e consolidada, com o comando civil das Forças Armadas. O cenário descrito permitiu o surgimento de uma política pública de defesa, que teve seu marco inicial em 1996, com a edição da Política de Defesa Nacional, considerada a gênese do plano normativo da política pública contemporânea.

Os documentos da Defesa, constituídos pela Política Nacional de Defesa, Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa Nacional, deixaram de se voltar somente para as ameaças externas e passaram a ser importantes aliados de outras políticas públicas, como a de desenvolvimento. Essa aliança não acontece por caso, haja vista que na literatura de economia mundial, a defesa sempre esteve atrelada ao desenvolvimento, pois de suas pesquisas científicas é que foram dados os grandes saltos tecnológicos da humanidade.

A indústria de defesa trabalha no teto tecnológico, o que também pode significar que há a possibilidade da configuração de um “novo colonialismo” dos países em desenvolvimento, pelas barreiras postas ao seu acesso. Logo, resta ao país envidar esforços para que a sua BID se desenvolva, utilizando-se de todos os seus instrumentos, incluindo o poder de regulação do mercado.

Assim, nas contratações de defesa, o Estado se apresenta com duas faces: a de Estado contratante e a de Estado regulador. Contratante porque o mercado de defesa é imperfeito, caracterizado por ser monopsônico, no qual o Estado é o grande, e às vezes o único, comprador da demanda da indústria de defesa. Regulador em razão do seu poder de regular a economia, por meio de medidas legislativas que possam estabelecer regimes especiais de compras e de tributação.

Nesse contexto, a política pública de defesa assume o seu papel de indutora do desenvolvimento e estabelece objetivos e diretrizes para o fortalecimento da BID. Para isso, utiliza-se da licitação como instrumento de política pública, ao determinar que seja estabelecido um novo marco legal de contratações e um regime tributário especial, para a efetivação dos mandados políticos. Assim, a Lei nº 12.598/12 nasce da conjunção de dois fenômenos: da proliferação de normas temáticas na área de contratação pública e da consolidação de uma política pública de defesa, voltada para consecução de objetivos de ordem interna.

Todavia, a importante iniciativa legislativa não nos parece eficaz, se levado em consideração que sua adoção é facultativa e que nada foi inovado em relação à modelagem contratual. A forma de contratar continuou a ser a mesma, que já havia sido estabelecida em 1993, pela Lei nº 8.666, e em 2004, pela Lei nº 11.079/04, que dispõe sobre as PPPs. Como reforço à hipótese posta, até o presente momento (novembro de 2014) não foi realizada nenhuma licitação sob o novo regime e não há sinalização para tal adoção do novo regime.

Quanto à escolha do contratado, foram apresentados de forma geral os meios de seleção dos fornecedores nos projetos estratégicos, no âmbito do MD e dos Comandos Militares, da qual se pode concluir pela preferência do gestor na escolha pelo afastamento da licitação, fundamentado principalmente nas hipóteses de dispensa do art. 24, incisos IX (Segurança Nacional), XXVIII (material e serviços de defesa e alta complexidade tecnológica) e de inexigibilidade do art. 25 (impossibilidade de competição), todos da Lei nº 8.666/93.

Em relação ao modelo de contratação, a modelagem aplicada na totalidade dos casos foi a generalista instituída pela Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre os contratos administrativos de fornecimento de material, prestação de serviços e execução de obras. Esses denominados módulos convencionais instrumentais, os quais se destacam pelo seu aspecto instrumental em relação à finalidade da função pública, possuem uma tipicidade bastante elástica por se aplicar a qualquer mercado econômico, mas ao mesmo tempo, totalmente rígidos no que se refere à adaptação aos mercados específicos, principalmente em relação às alterações contratuais qualitativas e quantitativas.

A modelagem disposta pela Lei nº 11.079/2004 (PPPs) e, permitida a sua aplicabilidade aos contratos de defesa pela Lei nº 12.528/12, ainda não foi utilizada no Brasil nos contratos constantes do PAED, mesmo se constituindo num instrumento contratual mais vantajoso, se considerados os critérios da garantia da estabilidade orçamentária, possibilidade de contratos mais longos e divisão de riscos mais eficiente entre o Estado e o contratado. A concessão administrativa aplicável aos contratos de defesa está inserida nos módulos convencionais de concessão, expressão que conota a transferência da execução do fim público ao setor privado.

Num cenário de muitas incertezas e riscos, na medida em que os contratos de defesa dificilmente são executados sob as condições estabelecidas na assinatura do contrato, em razão do aumento de custos, do não cumprimento de prazos e da não realização do

desempenho do produto fixados pelo Estado, conclui-se que é exigível um regime de contratação mais flexível, aos moldes daqueles apresentados nas contratações de defesa norte-americanas.

Constata-se que ao elaborar a Lei nº 12.598/2012, o legislador não deu a merecida atenção à formulação de um novo modelo contratual, fundamentado nas características desse contrato *sui generis*, que é estudado intensamente pela doutrina estrangeira, desde os anos 60 do século passado. A Lei nos parece muito mais preocupada em estabelecer conceitos, na sua maioria juridicamente indeterminados, que dispor de regras procedimentais de condução da seleção e da execução do contrato, com todas as idiosincrasias.

Todavia, a formulação das políticas e modelos contratuais internos de contratação deve levar em consideração o plano normativo comunitário e internacional. Deve assim, estar alinhada com a possibilidade de estabelecimento de BID regionais e com as condicionantes impostas pelos tratados e convenções sobre o comércio internacional de armas. Outra questão a ser considerada no Direito Internacional é a escolha dos parceiros de desenvolvimento de produtos e sistema e dos mercados que poderão ser contemplados pela BID nacional, a fim de se evitar o fornecimento de armas aos países que ainda não tem sua democracia estabilizada.

Da mesma forma, a necessidade do País em defender suas posições no cenário internacional, nos campos econômicos, diplomático e político, justifica a utilização da contratação de defesa discriminatória aos nacionais como instrumento de política pública de defesa e de desenvolvimento da BID, pois não se pode imaginar o Brasil numa situação de vulnerabilidade perante aos seus fornecedores de produtos e sistemas estratégicos. Nenhum país sustenta suas decisões e interesses nos conflitos internacionais sem contar com uma BID forte, que possa lhe dar respaldo por meio da independência científica e tecnológica, sendo indutora ao mesmo tempo do desenvolvimento nacional.

Esse desenvolvimento se dará por meio dos projetos estratégicos de contratação, que se encontram na sua fase inicial, caracterizada pelo planejamento ou início da produção ou de testes de validação, com a perspectiva de duração de vinte anos.

Sendo assim, somente em médio prazo é que as demandas decorrentes dos contratos irão repercutir nas áreas consultivas públicas, de controle externo e de fiscalização do Parlamento, exigindo o manuseio dos modelos existentes e de hermenêutica própria para solucionar os problemas advindos das externalidades dos contratos de defesa.

Outra possibilidade é a repercussão da aplicabilidade do modelo atual e seus conflitos no judiciário, o que pode resultar num fenômeno freqüente em outras políticas públicas, mas até então improvável de se imaginar: a judicialização da política pública de defesa.

Como dito no trabalho, ainda não se encontrou o modelo ideal, mas há a sinalização de boas práticas ao redor do mundo, como demonstrado na apresentação de diversas legislações estrangeiras, tanto na utilização da licitação como instrumento de política pública, como na apresentação de modelos contratuais existentes nesse mercado estratégico. O que se pode deduzir é que no futuro, assim como ocorreu com a Lei nº 8.666/93, haverá diversas alterações legislativas a fim de adequar o plano normativo contratual, em razão da sua ineficácia.

Por fim, conclui-se que os modelos contratuais previstos no plano normativo atual brasileiro não são adequados às características do mercado de defesa, podendo ser fator restritivo à consecução de objetivos e diretrizes estabelecidos na PND e na END, defendendo-se a alteração legislativa no sentido de instituição de novos modelos contratuais mais flexíveis e adequados às características da economia de defesa, aos moldes do modelo norte-americano.

REFERÊNCIAS

Fontes Impressas

AGUIAR, Joaquim. *A política de defesa nacional como política pública interdepartamental*. Lisboa: Instituto de Defesa Nacional, 1989.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, out. / dez. 2005.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANDUEZA, Luis E.. *Venezuela*. In International Public Procurement. London: Globe Law and Business, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas*. Revista do Direito da Energia, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 162, out. 2004.

ARROWSMITH, Sue; HARTLEY Keith. *Public procurement*, vol.1. The international Library of critical Writings in Economics, Cheltenham, 2002.

ASSIS, Lucas Rocha Soares; SCMIDT, Flávia de Holanda. *A dinâmica recente do setor de defesa no Brasil: Análise das características e do envolvimento das firmas contratadas*. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão nº 1878, 2013.

AUSTIN, Rob.; LARKEY, Patrick. *The Unintended Consequences of Micromanagement: The Case of Procuring Mission Critical Computer Resources*. Policy Sciences, Vol. 25, 1992.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez e TASQUETTO, Lucas da Silva. *Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013.

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. *Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts*. RAND Journal of Economics, vol. 32, nº 3, Autumn 2001.

BALDWIN, R.; EVENETT, S.; LOW, P. *Beyond tariffs: multilateralizing non-tariff RTA commitments*. In: BALDWIN, R.; LOW, P. (Ed.). Multilateralizing regionalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Aplicação de normas do Decreto-lei 200, de 1967, aos municípios*. Revista do Direito Público n. 8, 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Da licitação*. São Paulo: Bushatsky, 1978.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v.I. São Paulo: Malheiros, 2007 (3ª ed.).

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009 (7ª ed.).

BAZILLI, Roberto Ribeiro e MIRANDA, Sandra Julien. *Licitação à Luz do Direito Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BENOIT, Emile. *Defense and Economic Growth in Developing Countries*. Lexington MA: Lexington Books, 1973.

BENOIT, Emile. *Growth and Defense in Developing Countries*. Economic Development and Cultural Change, 26 (2), 1978.

BERKOK, Ugurhan. *Canada: defence procurement*. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective. New York: Routledge, 2010.

BODENHEIMER, Rouven; LENZ, Claus H. *Germany*. In International Public Procurement. London: Globe Law and Business, 2009.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. *O governo Lula segundo seus ministros*. volume 5 Brasília:Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, 2010.

BREYER, Stephen G..*Regulation and Its Reform*.Cambridge, MA: Harvard University Press. 1982.

BUCCI, Maria Paula D.. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002 (1ª ed.).

BUCCI, Maria Paula Dallari.. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *A Morte do direito*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013 (26ª ed.).

CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. *Licitações nas empresas estatais*. São Paulo: McGraw-Hil do Brasil, 1979.

COSTA, Darc. *Fundamentos para o Estudo da Estratégia Nacional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

COWEN, Regina H.E. *Defense procurement in the Federal Republic of Germany*. Colorado, USA.Westview press, 1986.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 1967 (1ª ed.).

CUMMINS, Michael J.. *Incentive contracting for national defense: a problem of optimal risk sharing*. Stanford University, Research Paper nº 179R, february 1976.

- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da licitação*. São Paulo: Juriscredi. 1972 (1ª ed.).
- DAYRELL, Carlos Leopoldo. *Das licitações na administração pública*. Rio de Janeiro. Forense, 1973.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4ª Ed. Buenos Aires, Hispania Libros.
- ELEMENDORF, Terrence. *A critique of the US Defense Acquisition Process*. In *Defence acquisition: international best practices*. BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013.
- ESHBAUGH-SOHA, Matthew. *The conditioning Effects of Policy Salience and complexity on American Political Institutions*. *The Policy Studies Journal*, vol. 34, nº 2, 2006.
- FARIA, José Eduardo, em *O direito na economia globalizada*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FEINERMAN, Eli; LIPOW, Jonathan. *Is there a bias toward excessive quality in defense procurement?* Elsevier Science, Economics Letters nº 71, 2001.
- FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira*. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV, tese de doutorado, 2010.
- FERNANDES, Fernando Bartholomeu. *As relações civil-militares durante o governo Fernando Henrique Cardoso – 1995/2002*. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001 (5ª ed.).
- FERRARI, Paulo Kusano Bucalen; VICENTINO, Cláudio Roberto Miguel da Silva; e VOLOTÃO, Romilson de Almeida. *Dispensa de Licitação: hipóteses aplicáveis às atividades das forças armadas*. Publicações da Escola da AGU: direito militar. Coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.
- FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1997 (3ª ed.).

FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Nisske. *Concorrência Pública*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1969.

FRILET, Marc; LAGER, Florent. *France*. In *International Public Procurement*. London: Globe Law and Business, 2009.

GALLARDO, Francisco Le Dantec; MOLINA, Karina Doña. *La comunidade de defensa em Chile*. Santiago: Academia Nacional de estudos Políticos y Estratégicos, 2011.

GANSLER, J.S.. *Needed: a US defense industrial strategy*. *International security*, v.12, n.2, Fall 1987.

GARCIA, Roberto Hernández. *México*. In *International Public Procurement*. London: Globe Law and Business, 2009..

GARNER, Lydya Magalhães Nunes. *Justiça administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889)*. *Revista de História da USP*, n 147, Dez 2002.

GAUVIN, Dionis M.; RECTOR, Richard P. *Best practices in U.S. Defence Procurement*. In *Defence acquisition: international best practices*. BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *A Parte Especial do Direito Penal entre Codificação e Descodificação: sugestões para um início de abordagem*. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.49, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e reforma educacional: Em Roberto Mangabeira Unger*. Porto Alegre: SegioAntonio Fabris editora. 2011.

GODOY, Larissa R. C. *O financiamento de áreas protegidas no Brasil: limites e possibilidades da compensação ambiental do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza-SNUC*. Dissertação de mestrado. Brasília: Uniceub, 2014.

GOMES, Orlando. *A caminho dos microssistemas*. In *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 1: Parte General. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003 (2ª ed.).

GORMLEY, William T. *Regulatory issue Networks in a Federal System*. *Polity*, v. 18, 1986.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros editores, 2011 (8ª ed.), pp 26-28.

GREFFE, Xavier. *Économie des politiques publiques*. Paris: Dalloz, 2ª Ed., 1997.

GROBAR, Lisa M.; PORTER, Richard C.. *Benoit revisited: defense spending and economic growth in less developed countries* (discussion paper n° 119). Michigan: Center for Research on Economic Development, June, 1987.

GUEDES, Aloysio Neves. *O procedimento licitatório como microsistema jurídico: apontamentos e reflexões*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 5 (jan./jun. 2013).

GUSTAFSSON, G. *Symbolic and pseudopolitics as responses to diffusion of power*. Policy sciences, v.15, n.3, 1983.

HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

HARTLEY, Keith. *Handbooks of Defense Economics*, v.2, University of York: Elsevier B.V., capítulo 33 (The arms industry, procurement and industrial policies), 2007.

HARTLEY, Keith. *The economics of defence policy: a new perspective*. Oxfordshire: Routledge, 2011.

HARTLEY, Keith. *The economics of European defense procurement*, in Jurgen BRAUER e Keith HARTLEY (orgs), *the economics of regional security*. Harwood academic publishers, Amsterdã, 2000.

HEIDEMANN, Francisco G. *Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento*. In Políticas públicas e desenvolvimento. Bases epistemológicas e modelos de análise. Francisco Heidemann e José Francisco Salm (org). Brasília: Editora UNB, 2009.

HERNANDEZ-GARCIA, Roberto. *Introduction: the global challenges o international public procurement*. In *International Public Procurement*, London: Globe Law and Business, 2009.

HITCH, Charles J.; McKEAN Roland N. *The economics of defense in the nuclear age*. Califórnia: Project RAND, 1960.

HUNTINGTON Samuel. *The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1957.

IRTI, Natalino. *La edad de La descodificación*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo. Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010 (5ª ed.)

JUSTEN FILHO. Marçal. *Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética. 2002.

KAGAN, Kobi; SETTER, Oren; SHEFI, Yoad; e TISHLER, Asher. *Israel: procurement and industry*. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective. New York: Routledge, 2010.

KAUSAL, Tony; e MARRKOWSKI, Stefan. *A comparison of the defense acquisition systems of Austrália, Japan, South Korea, Singapore and The United States*. Virginia: Defense systems management college press, 2000.

KAUSAL, Tony; HUMILY, Gertrud; ROLLER, Peter; e TAYLOR; Trevor. *A comparison of the defense acquisition systems of France, United Kingdom, Germany and The United States*. Virginia: Defense systems management college press, 1999.

KRAUSE, Keith. *Arms and the State: Patterns of Military Production and Trade*. New York: Cambridge University Press, 1992.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LASO, Enrique Sayagués. *La Licitación Pública*. Montevideo: B de F Ltda, 1940.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. *As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos*. Revista do Serviço Público. Ano 49, nº 2., Abr-Jun 1998.

LOWI, Theodore J. *American Business, Public Policy, Case- Studies, and Political Theory* in: World Politics, vol. XVI, 1964.

LOWI, Theodore J. *Distribution, regulation, redistribution: the functions of government*. In Public Policies and Their Politics. Ripley, W.W. Norton e Company Inc. New York, 1996.

LOWI, Theodore J. *The State in politics: the relation between policy and administration*. In NOLL, R. G. (org.) Regulatory policy and the Social Science. Berkeley: University of Califórnia Press, 1985.

LYRA FILHO, Augusto Tavares. *Contratos administrativos*. Rio de Janeiro. Jornal do Brasil, 1941.

MAFFINI, Rafael. *Licitação de serviços de publicidade prestados por agências de propaganda – em torno da Lei nº 12.232/2010*. Revista Síntese de Direito Administrativo, volume 7, nº 74, fev. de 2012.

MAIRAL, Hector A. *Licitacion pública*. Buenos Aires, Depalma, 1975.

MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. *Demand: Military products, user requirements, and the organization of procurement*. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, New York: Routledge, 2010.

MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. *Introduction*, In Defence procurement and industry policy: a small country perspective. New York: Routledge, 2010.

MARKOWSKI, Stefan; WYLIE, Robert. *Austrália: envolving institutions*. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective. New York: Routledge, 2010.

MARKUSEN, A.R.. *Defence spending: a successful industry policy?* International journal of urban and regional research, v.10, n.1, Mar. 1986.

MARQUES, Adriana Aparecida. *Concepções de defesa nacional no Brasil: 1950-1996*. Campinas: Unicamp. Dissertação de mestrado, 2001.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MCAFEE, R. P., MCMILLAN, J. *Auctions and Bidding*. Journal of Economic Literature. v. 25, 1987.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 (14ª ed.).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1973 (1ª ed.).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1975 (2ª ed.).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964 (1ª ed.)

MEIRELLES. Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1988 (8ª ed.).

MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada: notas e comentários a Lei nº 8.666/93*. 9ª Ed. Curitiba: Zênite, 2013.

MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública – fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012.

MIGON, Eduardo Xavier Ferreira. *A inserção dos Assuntos de Defesa na Agenda das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Escola de Comando e Estado Maior do Exército, tese de doutoramento, 2011.

MISSIATO, Victor Augusto Ramos. *A construção da relação civil-militar no governo FHC: o olhar de homens da caserna*. São Paulo: anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, julho de 2011.

MOLAS-GALLART, J. *Defence procurement as an industrial policy tool: the spanish experience*. Defence and peace economics, v.9, n. 1-2, 1998.

MORAES, R. F.; SILVA FILHO, E. B.. *Dos dividendos da paz à guerra conta o terror: gastos mundiais nas duas décadas após o fim da Guerra Fria – 1991-2009*. in: SILVA FILHO, E. B.; MORAES, R. F. (Org.). *Defesa Nacional para o Século XXI: política internacional, estratégia e tecnologia militar*. Brasília: IPEA, 2012.

MORAES, Rodrigo Fracalossi; SILVA FILHO, Edison Benedito da. *Dos dividendos da paz à guerra contra o terror: gastos militares mundiais nas duas décadas após o fim da guerra fria-1991-2009*. In *Defesa nacional para o século XXI: política internacional, estratégia e tecnologia militar*. Edison Benedito da Silva Filho e Rodrigo Fracalossi de Moraes (orgs.). Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

MORAIS, José Mauro; MOREIRA, Heloíza Camargos;. *Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Setembro de 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência: a regulação no sector eléctrico*. In: *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra, 2001.

MOTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 (10ª ed.).

MRNINAL, Suman, *Defence Acquisition Systems: A Look at Selected Nations*. In *Defence acquisition: international best practices*. BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013.

MUKAI, Nobuaki. *Japan*. In *International Public Procurement*. London: Globe Law and Business, 2009, pp. 291-301.

MULLER, Pierre. *Las Políticas Públicas*. Traducido Jean-François Jolly y Carlos Salazar Vargas. Bogotá: D.C. Colômbia, 2002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011 (3ª ed.).

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012 (2ª ed.).

ODEBRECHT, Marcelo. *É viável a formação de um cluster de indústrias de defesa na América do Sul?* In *Segurança Internacional: perspectivas brasileiras*. Nelson Jobim, Sérgio Etcheгойen, João Paulo Alsina (orgs.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

OHLWEILER, Leonel. *A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno*. Verba Juris ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 295.

OLIVEIRA, Eliezer R. *Democracia e defesa nacional: a criação do Ministério da Defesa na Presidência de FHC*. Barueri: Manole, 2005.

PEARSE, Richard W. *China*. In *International Public Procurement*. London: Globe Law and Business, 2009, p. 193.

PECK, Merton. J.; SCHERER, Frederic. M. *The Weapons Acquisition Process: An Economic Analysis*. Boston: Harvard Business School Division of Research. 1962.

PENA, Ana Maria Moliterno. *Microsistema: o problema do sistema no polissistema*. São Paulo: PUC, dissertação de mestrado, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de licitações e contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 (6ª ed.).

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2ed. rev.atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PESTANA, Márcio. *As licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/93 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013.

PINTO, Paulo Cordeiro de Andrade. *Diplomacia e política de defesa*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2000.

PLAMONDON, Aaron. *The politics of procurement: military acquisition in Canadá and the Sea King Helicopter*. Vancouver: UBC press, 2010.

PRZEMIENIECKI, J.S. *Acquisition of defense systems*. Washington: AIAA education series, 1993.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracy as a contingent outcome of conflict*. In J. Elster and R Slagstad (org.) *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Editora RT, 2004 (2ª ed.).

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Lisboa: Almedina, 2013.

ROGERSON, William P. *Quality versus Quantity in military procurement: an organizational theory of decision bias*. Northwestern University, Discussion Paper nº 771, February 1988.

ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. São Paulo. Malheiros Editores, 2013 (1ª ed.).

RUTTAN, Vernon W.. *Is war necessary for economic growth?* New York: Oxford University press, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SABATIER, Paul A. *The need for better theories*. In Theories of the policy process. Paul Sabatier (org). Colorado: Westview Press, 2007 (2a ed.).

SALDANHA, Eduardo. *Desenvolvimento e tratamento especial diferenciado na OMC: uma abordagem sob a perspectiva da doutrina do staredecisis – Parte II*. Revista de Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v.3, n.2,jul/dez 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça*. In Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Coimbra. 7a edição, 1999.

SARAVIA, Enrique. *Ciclo de Vida da Política Pública*. In: Di GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (orgs.) Dicionário de Políticas Públicas. Vol1. 1ª Ed. FUNDAP: São Paulo, 2013.

SARAVIA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. In SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete (orgs.) Políticas Públicas: coletânea. Vol 1: ENAP, 2006.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SERVÍDIO, Américo. *Dispensa de licitação pública*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1979.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da; ARAÚJO, Herton Ellery. *Cultura Viva: avaliação do programa arte educação e cidadania* (orgs). Brasília: IPEA, 2010, p. 20.

SILVA, Saint-Clair Lima da. Conselho de Defesa Sul-Americano: possibilidade de integração militar efetiva na América do Sul? Brasília:UnB. Monografia de pós graduação em Relações Internacionais, 2012.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da; SANCHES, Samyra Napolini. *Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição Brasileira*. In Direito e desenvolvimento no Brasil no século XXI. Organizadores: Vladimir Oliveira da Silveira, SamyraNapolini Sanches, Monica Benetti Couto. Brasília: IPEA: CONPEDI, 2013.

SMITH, Ron. *Military Economics: the interaction of power and money*. Palgrave macmillan, Londres.

SORENSEN, David S. *The process and politics of defense acquisition: a reference handbook*. Connecticut: Praeger Security International, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 (2ª ed.).

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 1998.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. *O Poder de Compras Governamental como Instrumento de Desenvolvimento Tecnológico: Análise do Caso Brasileiro*. Brasília: IPEA, Texto para Discussão nº 1922, janeiro 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. “O Direito Administrativo entre os clips e os negócios”. In *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (Alexandre Aragão e – Azevedo Marques Neto -), Belo Horizonte: fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*, in *Parcerias público-privadas*, Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo: Malheiros, 2011 (2ª ed.).

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.47 (2ª ed.).

TEPEDINO, Gustavo. *O código civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In *Problemas de Direito Civil*, Gustavo Tepedino (coord.), Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, *constitucionalização e reprivatização o no direito privado: O código civil ainda é útil?* The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Volume 3, Issue 1 Article 1, 2008.

TORRES, Nilson Trevisan. *Compras Governamentais: Proposta de um Modelo Multicriterial para Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE (tese de doutoramento), 2012.

TRYBUS, Martin. *The limits of european competence for defence*, in *European Foreign Affairs Review* 9, 2004.

VERAS, Juan A. Fuentes. *Los libros de La defensa nacional de Chile 1997-2002 como instrumentos de política pública*. Tese de doutoramento. Universidade de Salamanca, Espanha, publicada pela Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. Santiago, Chile.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Sciencia da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos (livreiro-editor), 1912 (2ª ed.).

WARREN, Kenneth. *Administrative law in the political system*. Colorado: Westviewpress, 2010 (5ª ed.).

WILSON, James Q. *American Government*. Brief Version 6th ed. Houghton Mifflin, 2003.

WIRLS, Daniel. *Military policy as an arena of public policy*. University of Califórnia, 2010.

WRIGHT, Elisabeth. Comparative assessment project: defense acquisition-resource management systems. Monterey: U.S. Naval Postgraduate School, 2010.

ZAVERUCHA, Jorge. *FHC, forças armadas e polícia*. Rio de Janeiro: Record. 2005.

Fontes Eletrônicas

ABIN. O Brasil e os regimes internacionais de controle. Disponível em <http://www.abin.gov.br/modules/mastop_publish/?tac=PRONABENS>. Acesso em 30 Set. 2014.

AFFONSO, José Augusto Crepaldi. *Política de offset da aeronáutica no âmbito da estratégia nacional de defesa*. 2012. Artigo disponível em <http://www.defesenet.com.br/photo/HO/senado/jose_augusto_crepaldi.pdf >. Acesso em 30 ago. 2014.

AGUILAR, S. L. C. *Políticas de defesa e orçamentos militares no Cone Sul*. In: D'ARAÚJO, Maria Celina; SOARES, Samuel Alves; MATHIAS, Suzeley Kalil. (Org.). *Defesa, Segurança Internacional e Forças Armadas: textos selecionados do Primeiro Encontro da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*. 1 ed. Campinas: Mercado de Letras, 2008, p. 119. Disponível em <http://www.arqanalagoa.ufscar.br/abed/Integra/Sergio%20Aguilar%2002-07-07.pdf>. Acesso em 30 ago. 2014.

ALIX, Luis Manuel Lloredo. *Ideología y Filosofía en El Positivismo Jurídico de Rudolf Von Jhering*. Tesis Doctoral. Getafe, 2010. P. 269 Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10726/1/luis_lloredotesis.pdf>. Acesso em 30 jun. 2014.

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. *Economia e orçamento para a defesa nacional*. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 32. Nº 90, out/dez 2001. Disponível em <<http://www.resdal.org/Archivo/d00001ad.htm>>. Acesso em 20 set. 2014.

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. *Licitação: aquisição de material militar no Brasil*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2657586.PDF>>. Acesso em 30 set 2014.

ALMEIDA, Carlos Wellington. *Política de defesa no Brasil: Considerações do ponto de vista das políticas públicas*. Opinião Pública, Campinas, vol. 16, nº 1, junho, 2010, p. 224. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762010000100009&script=sci_arttext. Acessado em 13 de junho de 2014.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. “*Estratégia Nacional de Defesa: comentários dissidentes*”, Mundorama (14.03.2009). Disponível em <http://mundorama.net/2009/03/14/estrategia-nacional-de-defesa-comentarios-dissidentes-por-paulo-roberto-de-almeida/> . Acesso em 30 Set 2014.

ALMEIDA, Paulo Roberto de.. *A arte de não fazer a guerra: novos comentários à Estratégia Nacional de Defesa*. Boletim Meridiano 47 vol. 11, n. 119, jun. 2010, pp 21-31. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/638/407>. Acesso em 30 Set 2014.

ALSINA JR, João Paulo Soares. *A síntese imperfeita: articulação entre política externa e política de defesa na era Cardoso*. Revista brasileira de política internacional, vol.46, no.2, Brasília, Jul/Dez. 2003. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292003000200003&script=sci_arttext#nt42>. Acesso em 15 set. 2014.

ANJOS, Pedro Germano dos. *A filosofia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer e as escolhas orçamentárias de políticas públicas*. In:Revista Prismas: Direitos, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, UniCeub, v.6, p. 265-303, jul./dez. 2009. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/846/851>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

ARGENTINA. MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS. *Decreto 1023/2001*. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/68396/texact.htm>> . Acesso em 20 out. 2014.

ARGENTINA. MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS. *Lei 25.300/2000*. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64244/norma.htm>>. Acesso em 30 Set 2014.

ARGENTINA. MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS. *Lei 25.551/2001*. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/71147/norma.htm>. Acesso em 30 Set 2014.

ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Steen; FEJO, Jens; JIANG, Lili. *Public procurement regulation: an introduction*. The EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation. 2010, p.1. disponível em <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>> Acesso em 15 jul. 2014.

BADIN, Michelle Rattón Sanchez; AZEVEDO, Milena da Fonseca. *A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio*. In *Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia* / organizadores : Ivan Tiago Machado Oliveira, Michelle Rattón Sanchez Badin.—Brasília : Ipea, 2013, pp. 243-245. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_tendencias_regulatorias1.pdf>. Acesso em 02 out. 2014.

BARROS JUNIOR, CARLOS S. *Das concorrências*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Volume 62, n. 2, 1967, pp 250-251. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5391>. Acesso em 06 jul. 2014.

BATTAGLINO, Jorge. *O Brasil e a criação do conselho de Defesa Sul-Americano*. Artigo online Disponível em < http://www.nuso.org/upload/articulos/p7-6_1.pdf>. Acesso em 20 set. 2014.

BONALUME NETO, Ricardo. *Ofensiva russa tenta vender armas ao Brasil: Grandes aquisições de equipamentos pela Venezuela são usadas como justificativa para investimentos do país no setor*. Folha de São Paulo, 19 de novembro de 2007, p. A12. Disponível em <<http://acervo.folha.com.br/fsp/2007/11/19/2>>. Acesso em 30 mai. 2014.

BOZEMAN, B.; PANDEY, S.K.. *Public management decision making: effect of decision content*. Public Administration Review, v. 64, n. 5, 2004, p. 553-555. Disponível em <http://glennschool.osu.edu/faculty/brown/home/Public%20Management/PM%20Readings/Bozeman%20and%20Pandey%202004.pdf> . Acesso em 30 ago. 2014..

BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer nº 51, DE 2012 – CN*, anexo ao projeto de decreto legislativo Nº 576, de 2012. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-373-25-setembro-2013-777085-anexo-pl.pdf>. acessado em 20 de julho de 2014.

BRASIL. Empresa Brasileira de Comunicação. *O governo unificou em 25% a margem de preferência para as compras públicas. O percentual será aplicado até 2020 nas licitações federais para produtos manufaturados e serviços nacionais*. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2014/06/margem-de-preferencia-para-compras-do-governo-sera-estendida-para-25>>. Acesso em 16 out. 2014.

BRASIL. Exército Brasileiro. *Projetos estratégicos: indutores da transformação do Exército*. Publicação de divulgação dos projetos estratégicos. Vide também Escritório de Projetos do Exército. Disponível em < <http://www.epex.eb.mil.br/>>. Acesso em 30 set. 2014.

BRASIL. Marinha do Brasil. Diretoria de Gestão de Programas Estratégicos da Marinha – DgePEM. Disponível em <<http://lithic.kinghost.net/sitedgepem/miss%C3%A3o>>. Acesso em 30 set. 2014.

BRASIL. Ministério da Defesa. *Defesa nacional: projetos estratégicos*. Publicação de divulgação dos projetos estratégicos. Vide também Escritório de Projetos do Exército. Disponível em <<http://www.epex.eb.mil.br/>>. Acesso em 30 set. 2014.

BRASIL. Ministério da Defesa. Notícias, disponível em <<http://www.defesa.gov.br/noticias/14076-brasil-e-argentina-assinam-acordo-para-fortalecer-cooperacao-aeronautica>>. Acesso em 30 out. 2014.

BRASIL. Ministério da Defesa. *PAED*. Disponível em <http://www.defesa.gov.br/index.php/industria-de-defesa/paed>. acessado em 10 set. 2014.

BRASIL. Ministério da Defesa. *Portaria nº 3.214/2013/MD. Estatuto da CMID*. Disponível em <http://www.defesa.gov.br/arquivos/industria_defesa/cmide/estatuto_cmide_portaria_3214.pdf>. Acesso em 20 set 2014.

BRASIL. Ministério da Defesa. São relacionadas 77 Livros Brancos de Defesa ou documento similar, disponível em <http://www.defesa.gov.br/projetosweb/livrobranco/paises_livrobranco.php>. Acesso em 30 set 2014.

BRASIL. Ministério das Relações Internacionais. *UNASUL*. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em 30 set. 2014.

BRASIL. Ministério do desenvolvimento, Indústria e Comércio. Disponível em <<http://www.abdi.com.br/Estudo/Medidas%20Sist%C3%AAsAmicas%20PBM%20-%20Rel%20de%20Acomp%20junho%2014.pdf>>. Acesso em 15 out. 2014.

BRASIL. *Programa de Aceleração do Crescimento 2 (PAC Equipamento)*. Disponível em <http://www.pac.gov.br/noticia/2adcb84c> > Acesso em 30 set. 2014.

BRASIL. Senado Federal. *Forças Armadas apresentam sugestões à Lei de Licitações*. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/08/05/forcas-armadas-apresentam-sugestoes-a-lei-de-licitacoes> >. Acesso em 30 Set 2014.

BRASIL. Transparência pública. Disponível em <<http://www.transparencia.gov.br/despesasdiarias/empenho?documento=120091000012014NE000002>>. Acesso em 30 Set. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e Crise no Brasil 1930-1967*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968, p. 53. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2112>). Acesso em 02 jul.2014.

BRUNEAU, Thomas C. *Civilians and the Military in Latin America: The Absence of Incentives*. Latin American Politics and Society, Volume 55, Issue 4, pages 143–160, Winter 2013. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1548-2456.2013.00216.x/full>> .Acesso em 15 Set 2014.

CHILE. Biblioteca do Congresso Nacional do Chile. *Decreto n° 250/2011*. Disponível em http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=548. Acesso em 03 Set. 2014.

CHILE. Biblioteca do Congresso Nacional do Chile. *Lei n° 19.886/2004*. Disponível em http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=548. Acesso em 03 Set. 2014.

CONSELHO DE DEFESA SUL-AMERICANO. *Plano de Ação 2014*. Disponível em <<http://www.ceedcds.org.ar/Portugues/09-Downloads/Port-PA/PORT-Plan-de-Accion-2014.pdf>>. Acesso em 20 out. 2014.

COPE, John A.; DENNY, Laurita. *Defense White papers in the America: a comparative analysis*. Institute for National Strategic Studies. 2002. Disponível em <<http://www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Publications/Detail/?id=21115&lng=en>>. Acesso em 30 Set.2014.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Armed Services Procurement Act. Disponível em http://www.law.cornell.edu/topn/armed_services_procurement_act_of_1947. Acesso em 30 set 2014

COUTO E SILVA, Clóvis v. *Contratos de engineering*. Revista de informação legislativa, v.29, n° 115, p. 509-511. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176014>>. Acesso em 05 jul. 2014.

DAWAR, Kamala; EVENETT, Simon. *Government procurement*. In: CHAUFFOUR, J. P.; MAUR, J. C. Preferential trade agreement policies for development: a handbook. Washington: World Bank, 2011, p. 372. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2329/634040PUB0Pref00Box0361517B0PUBLIC0.pdf?sequence=4>>. Acesso em 01 out. 2014.

DEFESA BR. *Base industrial de defesa*. Disponível em <http://www.defesabr.com/MD/md_bid.htm>. Acesso em 20 set. 2014.

DEFESANET. FAB - *Processo de Definição de Contrato*. Disponível em <<http://www.defesenet.com.br/fab/noticia/17028/FAB---Processo-de-Definicao-de-Contrato/>>. Acesso em 15 out. 2014.

DEFESANET. FAB - *Processo de Definição de Contrato*. Disponível em <<http://www.defesenet.com.br/fab/noticia/17028/FAB---Processo-de-Definicao-de-Contrato/>>. Acesso em 15 out. 2014.

DEFESANET. PANTSIR S1 - *Embarca comitiva do Ministério da Defesa para testes na Rússia*. 26 de agosto de 2014. Disponível em <http://www.defesanet.com.br/br_ru/noticia/16559/PANTSIR-S1---Embarca-comitiva-MD-para-testes-na-Russia/>. Acesso em 30 Set. 2014.

DRÈZE, Jean. *Military expenditure and economic growth*. Clark, D.E. (ed.) (2006), *The Elgar Companion to Development Studies* (Cheltenham: Edward Elgar). Disponível em <<http://econedse.org/wp-content/uploads/2012/09/JD-Military-expenditure-and-economic-growth-2006.pdf>>. Acesso em 20 set. 2014.

DUNNE, J. Paul. *The Economic Effects of Military Expenditure in Developing Countries*. Middlesex University Business School. London, Maio 2000, p.2. Disponível em <<http://carecon.org.uk/Chula/MILLDCSnew.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2014.

DURANT, Robert F., e DIEHL Paul F.. *Agendas, alternatives, and public policy: Lessons from the U.S. Foreign Policy Arena*. 1989 . *Journal of PublicPolicy*, p. 181. Disponível em https://hoisinhvienuk.wikispaces.com/file/view/Agendas,+Alternatives,+and+Public+Policy+-+Lessons+from+the+U.S.+Foreign+Policy+Arena_REVIEW.PDF. Consultado em 01 ago 14.

EISNER, Marc Alen; WORSHAM, Jeff; e RINGQUIST, Evan J.. *Contemporary regulatory policy*. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publisher, 1999, pp. 3-4 disponível em <<https://www.rienner.com/uploads/47e148458e642.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2014.

EUA. Acquisition Central. *As normas gerais de government procurement estão estabelecidas no Federal AcquisitionvRegulation (FAR)*, disponível em <<http://www.acquisition.gov/far/>>. Acesso em 03 out. 2014.

EUA. Department of Defence Appropriations Act . Disponível em www.arnet.gov/far. Acesso em 30 set. 2014.

EUA. Federal Acquisition Regulation (FAR). Cap. 16. Disponível em <http://www.acquisition.gov/far/html/FARTOCP16.html>. Acesso em 20 set. 2014.

EUA. Federal Acquisition Regulation (FAR). *Fixed-price contracts*. Disponível em http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016_2.html#wp1091107>. Acesso em 20 set. 2014.

EUA. House of Representative. Disponível em <<https://rules.house.gov/bill/113/hr-4870>>. Acesso em 30 Set 2014..

EUA. Congressional Research Service. *Domestic Content Legislation: The Buy American Act and Complementary Little Buy American Provisions*. Disponível em <<http://fas.org/sgp/crs/misc/R42501.pdf>>. Acesso em 20 Set 2014.

FERRAZ, Luciano. *Função regulatória da licitação*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luciano-ferraz/funcao-regulatoria-da-licitacao>>. Acesso em 09 ago. 2014.

FINDLAW. *Federal Government Contract Overview*. Disponível em <<http://corporate.findlaw.com/law-library/federal-government-contract-overview.html>>. Acesso em 30 set. 2014.

FIUZA, Eduardo P.S. e MEDEIROS, Bernardo A. *A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil: contribuições do Ipea à Consulta Pública do Senado*. Nota Técnica n 8. IPEA. Brasília, novembro de 2013..

FRIEDE, Reis; SILVA, André Carlos da. *A importância da lei de inovação tecnológica*. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 37, jul./set. 2010. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1354/1364> e consultado em 01 de julho de 2014.

FROHLICH, Thomas C.. *27 WALL STREET. 10 Countries Spending the Most on the Military*. 10 de julho de 2014. Disponível em <<http://247wallst.com/special-report/2014/07/10/10-countries-spending-the-most-on-the-military/>>. Acesso em 01 ago. 2014.

FUCCILLE, Luis Alexandre. *A criação do Ministério da Defesa no Brasil: entre o esforço modernizador e a reforma pendente*. Campinas: Unicamp. Tese de doutoramento, 2006, p. 2. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000378085&fd=y>>. Acesso em 30 Set 2014.

GIL, Fábio Coutinho Alcântara. *Onerosidade excessiva em contratos de engineering*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Tese de Doutorado, 2007, p. 86. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24052011-143442/pt-br.php>>. Acesso em 05 jul. 2014.

HARKAVY, R. E. *Review of Arms and the State: Patterns of Military Production and Trade by Keith Krause*; *The International Arms Trade* by Edward J. Laurance. *The American Political Science Review*, Vol. 87, No. 3, Sep., 1993, pp. 813-815. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2938801>>. Acesso em 30 Set. 2014.

LACIVITA, C. J.; FREDERIKSEN, P.C.. *Defense spending and economic growth: time series evidence on casuality for the Philipines, 1956-82*. *Journal of Philippine Development*, nº 25, vol. XIV, nº 2, 1987. Disponível em <<http://dirp3.pids.gov.ph/ris/pjd/pidsjpd87-2defense.pdf>>. Acesso em 30 set. 2014.

LEO, Sérgio. *Menos R\$ 1 Bi em vendas ao Governo*. *Valor Econômico*, São Paulo, 17 mar. 2014. Disponível em <http://www.valor.com.br/brasil/3481592/menos-r-1-bi-em-vendas-ao-governo>>. Acesso em 16 out. 2014.

LIMA NETO, Diógenes. *A institucionalização do processo de acordos de offset no Comando da Aeronáutica do Brasil*. Dissertação de mestrado. Universidade do Minho, Portugal: 2012, resumo. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/20761>. Acesso em 01 de setembro de 2014.

LIMA NETO, Diógenes; ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves de. *A Política de Compensações Comerciais, Industriais e Tecnológicas na Área de Defesa do Brasil: uma década de marco regulatório*. XXXVII Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_APB481.pdf . Acesso em 01 de agosto de 2014.

LIPOW, Jonathan; PLESSNER, Yakir. *Death (machines) and taxes*. The Hebrew University of Jerusalem, Discussion paper nº 14.05. Disponível em <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/7136/2/dp050014.pdf>>. Acesso em 30 set. 2014.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *Casos de políticas públicas implantadas por intermédio da regulação econômica*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8823>. Acesso em 10 out 2014.

MATSUSHITA, Mitsuo. *Major WTO Dispute Cases Concerning Government Procurement*. Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, Vol. 1, No. 2, pp. 299-316, September 2006. Disponível em <http://outpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1019732>. Acesso em 30 Set de 2014.

MERCOSUL. *Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUL*, assinado em Córdoba, em 27 de julho de 2006 (Decisão nº23/2006). Disponível em <<http://www.loa.org.ar/legNormaDetalle.aspx?id=425>>. Acesso em 30 ago. 2014.

O Globo. *Saab conclui venda de 36 caças Gripen NG ao Brasil por US\$ 5,4 bilhões*. 27 de outubro de 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/saab-conclui-venda-de-36-cacas-gripen-ng-ao-brasil-por-us-54-bilhoes.html>> . Acesso em 30 out. 2014.

OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. *Considerações políticas sobre a defesa nacional*. Com ciência: revista eletrônica de jornalismo científico, São Paulo, Sociedade para o Progresso da Ciência, 2006. Disponível em <http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=12&id=101>. Acessado em 01 jul. 2014.

OLIVEIRA, José Edimar Barbosa. *Ciência, tecnologia e inovação em áreas de interesse da defesa*. Artigo online disponível em <http://www.defesa.gov.br/arquivos/pdf/ciencia_tecnologia/palestras/ctidefesa.pdf>. Acesso em 02 set. 2014.

OPERA MUNDI. *EUA se somam à UE e aprofundam pacote de sanções à Rússia, atingindo maior banco do país.* 12 de setembro de 2014. Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/37827/eua+se+somam+a+ue+e+aprofundam+pacote+de+sancoes+a+russia+atingindo+maior+banco+do+pais.shtml>>. Acesso em 30 set. 2014. Três sociedades do setor de defesa russo; United Aircraft Corporation, Oboronprom e Uralvagonzavod, foram atingidas pelos embargos da união Européia.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Decreto nº 6.708/2009.* Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo29.pdf>. Acesso em 30 Set 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. Directorate-General For External Policies of The Union. Policy Department External Policies. *The cost of non-Europe in the area of security and defence.* 2006, p. 23. Disponível em <<https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000042001-000043000/000042492.pdf>> . Acesso em 30 set. 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. European Parliamentary Research Service. *The Cost of Non-Europe in Common Security and Defence Policy.* Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494466/IPOL-JOIN_ET\(2013\)494466_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494466/IPOL-JOIN_ET(2013)494466_EN.pdf). Acesso em 30 set. 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. *Mapping the Cost of Non-Europe, 2014 -2019, P. 28. As estimativas de economia em aquisições de defesa na EU com o fortalecimento da BID comunitária, por ano, é no montante de 26, 4 bilhões de euros.* Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/563350/IPOL-EAVA_ET\(2014\)563350_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/563350/IPOL-EAVA_ET(2014)563350_EN.pdf)>. Acesso em 30 set. 2014.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Reflexões sobre a privatização, parcerias e a política econômica.* Disponível em: <<http://www.uepg.br/rj/a1v1at01.htm>>. Acesso em 05 jul. 2014.

PEREIRA, Merval. *Corrida armamentista.* Jornal O Globo, Rio de Janeiro, 11 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.ecsbdefesa.com.br/arq/MP110806.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2014.

PERLO-FREEMAN, Sam. *Budgetary priorities in Latin America: military, health and education spending.* SIPRI Insights on Peace and Security. No. 2011/2, December 2011. Disponível em <<http://books.sipri.org/files/insight/SIPRIInsight1102.pdf>>. Acesso em 15 abr 2014.

PION-BERLIN, David; TRINKUNAS, Harold. *Attention deficits: why politicians and scholars ignore defense policy in Latin America.* Puerto Rico, meeting of the Latin American Studies Association, 2006. Disponível em <<http://www.resdal.org/producciones-miembros/art-pionberlin-lasamar06.pdf>>. Acesso em 15 Set 2014.

RAZA, Salvador Ghelfi. *Para além dos livros brancos de defesa?* Trabalho apresentado no Seminário Internacional sobre Missões de Paz, Segurança e Defesa Rio de Janeiro 27 de novembro de 2002. Disponível em <http://www.salvadorraza.com/#!__f-papers>. Acesso em 30 set 2014.

ROBINSON, Joan. *The Economics of Imperfect Competition* (1933). Disponível em <http://www.studymode.com/essays/Econ-127270.html>. acessado em 01 mai. 2014.

ROTHERY, Robert. *China's legal framework for public procurement*. Journal of public procurement, volume 3, ISSUE 3, 370-388, 2003. Disponível em <<http://ippa.org/jopp/download/vol3/issue-3/RotheryAr5.pdf>> .Acesso em 30 Set 2014.

SCWARTZ, Joshua I. *Regulation and Deregulation in Public Procurement Law Reform in the United States*. In *Advancing public procurement experiences: experiences, innovation and knowledge sharing*. Boca Raton, PrAcademics Press, 2006, cap. 9, pp 1-28. Disponível em <http://www.ippa.ws/IPPC2/BOOK/Chapter_9.pdf>. acesso em 30 ago. 2014.

SENADO FEDERAL, Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (LEI Nº 8.666/1993) – *CTLICON, Relatório Final*. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/12/leia-a-integra-do-relatorio-final>>. Acesso em 01 jul. 2014

STOCKHOLM INTERNATIONAL PEACE RESEARCH INSTITUTE (SIPRI). *Em 2012, a EMBRAER ocupava a 66ª posição no ranking das 100 maiores empresas de defesa do mundo, sendo a única Sul-americana*. Disponível em <<http://www.sipri.org/research/armaments/production/Top100>>. Acesso em 30 set. 2014.

STOCKHOLM INTERNATIONAL PEACE RESEARCH INSTITUTE (SIPRI). Disponível em <http://www.sipri.org/research/armaments/milex/milex_database>. Acesso em 30 abr. 2014.

STOCKHOLM INTERNATIONAL PEACE RESEARCH INSTITUTE (SIPRI). *Military spending continues to fall in the West but rises everywhere else, says SIPRI*. 14 abr. 2014. Disponível em <http://www.sipri.org/media/pressreleases/2014/Milex_April_2014>. Acesso em 15 abr. 2014.

TAVARES, Daniel de Mello Barreiro; SILVA, Anderson Chaves; CORRÊA, Marcos Gomes. Offset: *Os Impactos da Lei nº 12.598/2012 nas Importações de Produtos e Sistemas de Defesa pela Marinha do Brasil*. XXXVIII Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, setembro de 2014. Disponível em http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2014_EnANPAD_APB1509.pdf. Acesso em 30 de setembro de 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Agência de Defesa Européia*. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:32004E0551>. Acesso em 20 set. 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: um novo pacto para a defesa europeia (COM(2014) 387 final)*. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0387&from=EN>>. Acesso em 20 set. 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões (COM(2007) 764 final): Uma estratégia para uma indústria da defesa europeia mais forte e mais competitiva*. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0764&from=PT>>. Acesso em 20 set. 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 279 final)*. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2013\)0542_/com_com\(2013\)0542_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0542_/com_com(2013)0542_pt.pdf). Acesso em 20 set. 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Comunicação Interpretativa nº 274*. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20030512/010274PT.pdf>>, Acesso em 30 Set. 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Contratos públicos: regras e procedimentos*. Disponível em <http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_pt.htm>. Acesso em 30 Set 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Diretiva 2009/81/CE, artigo 2º*. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081&from=PT>>. Acesso em 20 set. 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU, para um mercado dos contratos públicos mais eficientes na Europa*. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:PT:PDF>>. Acesso em 30 Set 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD)*. Disponível em <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/european_security_defence_policy_pt.htm>. Acesso em 20 set 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. *Política de segurança e de defesa comum*. Disponível em <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0026_pt.htm>. Acesso em 20 set. 2014.

VENEZUELA. Banco Central da Venezuela. *Ley de Contrataciones Públicas de 2008*. Disponível em <<http://www.bcv.org.ve/c1/pdf/leycontrata08.pdf>>. Acesso em 30 Set. 2014.

WET, Gideon de. *Emerging from the technology colony: a view from the south*. Department of Engineering & Technology Management, University of Pretoria, South Africa, 2010. Disponível em <<http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/14017/de%20Wet%20TCM.pdf?sequence=1>>. Acesso em 30 Set. 2014.

WORLD BANK. *Gross domestic product 2013*. Disponível em <<http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>>. Acesso em 03 out. 2014.