



UnB

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Denis Gamell

REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES DE DEFESA

Aspectos Gerais. Contratação Licitada.

BRASÍLIA – DF

2014

Denis Gamell

REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES DE DEFESA
Aspectos Gerais. Contratação Licitada.

Trabalho de Conclusão de Curso submetido
à Universidade de Brasília para a obtenção
de título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat
Galvão

BRASÍLIA – DF

2014

Denis Gamell

REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES DE DEFESA
Aspectos Gerais. Contratação Licitada.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Membro: Prof. Dr. Lucas Rocha Furtado

Membro: Prof. Me. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Membro Suplente: Prof. Dr. Othon Azevedo Lopes

Sem esquecer que se tenho a oferecer é porque recebi, dedico este trabalho como pequena obra a Deus, Senhor de todos os dons, a meu pai e minha mãe, pais especialmente carinhosos, e a meus amigos padre Rafael e o sumo brother Felipe, como não poderia deixar de mencioná-los.

RESUMO

Este trabalho procura apresentar os aspectos gerais das contratações do setor de defesa brasileiro com base nas recentes alterações legislativas, especialmente a Lei nº 12.598/2012 e o seu regulamento, o Decreto nº 7.970/2013. Trata do âmbito de aplicação do novo regime, das definições trazidas pela nova lei, analisa a constitucionalidade do instituto da Empresa Estratégica de Defesa, os procedimentos de catalogação e classificação de produtos de defesa e o credenciamento de empresas de defesa. Analisa a prática de *offset*, sua definição, metodologia e instrumentos de veiculação jurídica. Comenta as cláusulas especiais aderentes aos contratos de produtos de defesa: continuidade produtiva, transferência de propriedade industrial, poderes administrativos especiais, segregação de áreas reservadas, agregação de conteúdo nacional. Suscita questões à respeito de Parcerias Público-Privadas de defesa e aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, do RDC e da modalidade Pregão. Analisa questões relacionadas à licitação tais como: financiamento como condição de seleção da proposta, regras especiais de participação nas licitações de defesa, participação de coligadas e empresas com sócios comuns em consórcios distintos.

Palavras-Chave: licitação, contrato administrativo, defesa, produtos de defesa, Empresa Estratégica de Defesa, catalogação, compensação, *offset*, Política Nacional de Defesa, Estratégia Nacional de Defesa, Base Industrial de Defesa.

ABSTRACT

This paper intends to present the general aspects of Brazil's defense procurement sector based on recent legislative changes, especially Law n° 12.598/2012 and Decree n°. 7.970/2013. The work remarks the scope of the new policy, the definitions established by the law, examines the constitutionality of the Strategic Defense Company institute, the procedures for codification and classification of defense products, and the accrediting of defense companies; analyzes the practice of offset, its definition, methodology and tools for legal placement; comments on special clauses adhering to defense contracts such as: productive continuity, transfer of industrial property, special administrative powers, segregation of reserved areas, adding of local content; raises questions about the Public-Private Partnerships and defense subsidiary application of Law n° 8.666 / 93, the RDC and *Pregão* mode; examines issues related to bidding process such as: financing conditions as selection criterium of proposals, special rules for participation in tenders of defense, and participation of affiliated companies or with common sharers in distinct consortia.

Keywords: Bidding process, public contracts, defense, defense products, Strategic Defense Company, codification, compensation, offset, Defense National Policy, National Defense Strategy, Defense Industrial Base.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	8
2	ASPECTOS GERAIS DAS CONTRATAÇÕES DE DEFESA	10
2.1	Definição do âmbito de aplicação da Lei nº 12.598/2012	10
2.2	Produto de Defesa (PRODE), Produto Estratégico de Defesa (PED) e Sistema de Defesa (SD)	14
2.3	Empresa de Defesa (ED) e Empresa Estratégica de Defesa (EED)	15
2.3.1	Constitucionalidade do instituto da EED	18
2.4	Claúsula de Catalogação e NATO Codification System (NCS)	21
2.5	Classificação de PRODE, PED e SD e credenciamento de ED e EED	24
2.5.1	Credenciamento de ED e EED	25
2.5.2	Classificação de PRODE, PED e SD	27
2.6	Compensação, Acordo de Compensação e Plano de Compensação	31
2.7	Continuidade produtiva e transferência de direitos de propriedade industrial	37
2.8	Poderes administrativos para alteração de PED e para capacitação de terceiros em tecnologia de PED.	40
2.9	Condições de financiamento como critério de seleção da proposta	45
2.10	Segregação de área reservada	48
2.11	Percentual mínimo de agregação de conteúdo nacional	49
2.12	Concessão administrativa no setor de defesa	49
2.13	Normas sobre produtos controlados	53
2.14	Compromissos internacionais na área de defesa e diretrizes da política externa	54
2.15	Aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93	55
3	CONTRATAÇÃO LICITADA	58
3.1	Centralização da decisão de licitar no Ministério da Defesa e Termo de Licitação Especial (TLE)	60
3.2	Regras especiais de participação de consórcios	61
3.2.1	Participação de empresas coligadas e com sócios em comum em consórcios diferentes	63
4	CONCLUSÃO	69
5	Referências	72

1 INTRODUÇÃO

As Forças Armadas tem como função constitucional assegurar a defesa do país, garantir os poderes constitucionais e garantir a lei e a ordem¹. Para que possam desempenhar adequadamente essas funções existem condições de ordem material que devem ser providas por meio da aquisição de produtos de defesa. Nesse sentido, a formulação de uma política de aquisição que estabeleça objetivos estratégicos e operacionais se faz necessária.

No Brasil, a política de aquisições de defesa assumiu contornos mais definidos a partir da elaboração de alguns ‘documentos-chave’ como o Livro Branco de Defesa Nacional (LBDN), a Estratégia Nacional de Defesa (END), a Política Nacional de Defesa (PND) e a Lei nº 12.598, de 21 de março de 2012, sobre a contratação de produtos de defesa². O correto e adequado entendimento das formas jurídicas pelas quais essas aquisições podem se efetivar é assunto que interessa ao cumprimento pelas Forças Armadas de suas funções constitucionais. Até o presente momento, a doutrina jurídica especializada carece de estudos mais profundos sobre as aquisições de defesa, o que, por si só, constitui a justificativa do tema no bojo desta pesquisa.

Como ‘base empírica’, a pesquisa se valerá das normas jurídicas vigentes no direito positivo pátrio, especialmente a Lei nº 12.598 de 2012 e a Lei nº 8.666 de 1993, em consonância com a Constituição de 1988, e de diversos normativos infralegais do Ministério da Defesa (MD). Será perquirida a experiência acumulada de aplicação destas mesmas normas em casos específicos, assim como de documentos políticos com relevância jurídica para a interpretação dessas normas. Da mesma forma, será compul-

¹ É o que dispõe o art. 142 da Constituição.

² A Estratégia Nacional de Defesa e a Política Nacional de Defesa são documentos de caráter estratégico, isto é, visam a estabelecer objetivos amplos para o direcionamento e o planejamento operacional do setor. O Livro Branco de Defesa Nacional é documento que congrega informações das mais diversas sobre a atuação do Poder Público no setor de defesa e cuja finalidade precípua é dar transparência a essa atuação. Esses documentos todos estão previstos no art. 9º, da Lei Complementar nº 97/99, que *dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas*. Como mecanismo de efetivar a transparência e o controle legislativo sobre a elaboração dos respectivos documentos, estes devem ser encaminhados ao Congresso Nacional para apreciação de quatro em quatro anos com as devidas atualizações. Os textos vigentes do LBDN, da END e da PND foram aprovados pelo Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013.

sada a doutrina jurídica relevante produzida até o momento sobre as contratações públicas.

Embasará a presente pesquisa a teoria geral das licitações e contratos administrativos conforme concebida na doutrina especializada sobre o tema e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, assim como dos demais tribunais, quando houver. A partir da análise da base empírica sob o enfoque mencionado, será descrito o regime atual das contratações de defesa em dois capítulos: (i) Aspectos Gerais das Contratações de Defesa; e (ii) Contratação Licitada de Produtos de Defesa.

2 ASPECTOS GERAIS DAS CONTRATAÇÕES DE DEFESA

A Lei nº 12.598/2012 é fruto da conversão da Medida Provisória nº 544/2011. Esta lei estabeleceu, conforme sua ementa, *normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa* e disposições sobre *regras de incentivo à área estratégica de defesa*, estas últimas consistiram basicamente na formulação do RETID – Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa combinado com a alteração do já existente RETAERO – Regime Especial Tributário para a Indústria Aeroespacial Brasileira. As normas especiais para contratação de produtos de defesa foram regulamentadas pelo Decreto nº 7.970/2013. Por sua vez, as disposições sobre os incentivos ao setor de defesa foram regulamentadas pelo Decreto nº 8.122/2013.

Esta pesquisa se debruçará apenas sobre a análise das normas especiais de contratação de produtos de defesa, podendo estudos posteriores tratar com profundidade das disposições sobre incentivos tributários à indústria nacional de defesa. Neste capítulo serão tratados os aspectos gerais das contratações de defesa aplicáveis tanto às contratações diretas quanto às licitadas.

2.1 Definição do âmbito de aplicação da Lei nº 12.598/2012

A definição do âmbito de aplicação de um ato normativo consiste na delimitação do conjunto de fatos jurídicos que se subsumem as hipóteses de incidência normativas para aplicação de seus preceitos. A exemplo do que ocorre na Lei nº 8.666/93, que disciplina as contratações públicas em geral, e na Lei nº 12.232/2010, que disciplina a contratação de serviços de publicidade pela Administração Pública, o art. 1º da Lei nº 12.598/2012 ocupa-se de estabelecer o âmbito de aplicação de suas normas. Possui a seguinte estrutura: (i) no caput, são especificados os objetos contratuais que se subsumem ao ato normativo; (ii) no parágrafo único são especificados os sujeitos subordinados aos deveres veiculados no ato normativo.

Deste modo, são os objetos sobre os quais incide o regime especial: *as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa* (art. 1º, *caput*). Compra e venda e contratos de desenvolvimento são negócios jurídicos específicos que podem ser aceitavelmente incluídos na categoria mais genérica *contratações*. Produto de defesa e sistema de defesa são conceitos que merecem tópico especial, dado que a forma como um determinado produto (bem, serviço, obra ou informação) recebe a adjetivação “de defesa” depende de processo administrativo próprio, o mesmo ocorrendo com o sistema de defesa. Por ora, adiante-se que um sistema de defesa consiste em um conjunto articulado de produtos de defesa. Assim, os negócios jurídicos sobre os quais recaem as normas da Lei nº 12.598/2012 são de modo sintético: *as contratações de produtos de defesa*.

A respeito dos sujeitos subordinados à aplicação da Lei nº 12.598/2012, note-se que ao lado dos sujeitos da administração direta (ministérios e demais órgãos) e indireta (autarquias, fundações, fundos, empresas públicas e sociedades de economia mista) da União, inclui: (i) os mesmos sujeitos administrativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e (ii) empresas privadas (art. 1º, parágrafo único).

Tudo indica que a formulação foi ensejada por deslize de técnica legislativa, porque uma primeira leitura do dispositivo levaria a uma interpretação não coerente do ponto de vista da repartição constitucional de competências³. Segundo essa interpretação, seria permitido dizer que de um lado Estado ou Município qualquer poderia enquanto tal comprar material bélico e de outro lado que empresa privada se subordinaria à licitação ou teria de adquirir produtos de defesa sob o fundamento de dispensa ou inexistência com as formalidades devidas, ainda assim, seria possível uma empresa privada comprando material bélico por meio desta via.

Essa interpretação, por sua vez, traria as seguintes inconstitucionalidades: (i) violação à repartição constitucional de competências entre os entes federativos para as-

³ Observe-se que a boa técnica legislativa preconiza que a apreensão do conteúdo da norma veiculada no texto legal seja feita pela sua leitura tal qual está escrita, de modo que o mais das vezes a interpretação literal do texto seja método bastante para auferir seu real significado sem dar margem a dúvidas. Consiste, portanto, má técnica quando o texto é obscuro, incompleto ou inadequado relativamente ao conteúdo pretendido para a norma veiculada. No caso específico, o erro atinge as disposições do art. 11, II, a, da Lei Complementar nº 95 de 1998, que preconiza: *articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma*.

suntos de defesa⁴; (ii) criaria uma inconstitucional restrição na livre iniciativa da ordem econômica ao exigir a submissão de empresas privadas ao regime público de aquisições⁵ para depois (iii) criar enorme liberdade violando novamente a repartição constitucional de competências de defesa ao facultar a entes privados a aquisição de produtos que são adquiridos em função de razões de segurança nacional. Será, portanto, buscada uma outra interpretação também baseada nas possibilidades literais do texto e que seja adequada ao ordenamento constitucional⁶.

A técnica de interpretação a ser aplicada é a da interpretação conforme a constituição. Uma interpretação conforme, por sua vez, requer a análise da intenção do legislador e das alternativas interpretativas dentro da própria expressão literal do texto⁷.

Sendo a Lei nº 12.598/2012 produto da conversão da Medida Provisória nº 544/2011, seu autor é majoritariamente o Poder Executivo. É este, portanto, o “legislador”. A intenção, por sua vez, pode ser perquirida na Exposição de Motivos Interministerial nº 211/MD/MDIC/MCT/MF/MP, de 11 de agosto de 2011 que acompanhou a edição da Medida Provisória. Consoante este documento, o projeto de medida provisó-

⁴ Conforme a Constituição Federal, compete à União assegurar a defesa nacional e autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21, III e VI), assim como a ela é atribuída a competência legislativa concernente às normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (art. 22, XXI).

⁵ Pois a Constituição preconiza o princípio da livre iniciativa (art. 170, caput) e restringe a intervenção do Estado na economia como agente normativo e regulador da atividade econômica às funções de fiscalização, incentivo e planejamento, de modo indicativo para o setor privado (art. 174, caput).

⁶ É de se ressaltar a seguinte lição do ministro Gilmar Ferreira Mendes e do procurador regional da república Paulo Gonet Branco: “Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Na doutrina, menciona-se, frequentemente, a frase de Cooley: ‘The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect’”. (Curso de Direito Constitucional, 2011, p. 1366).

⁷ Observe-se que existe fundamentada e profunda crítica a interpretações baseadas na pesquisa da *mens legislatoris* – para citar dois autores de tomo: Gustav Radbbruch e Emílio Betti – não obstante, a compulsão da mesma ou dos elementos que tradicionalmente são pesquisados para se conceber uma *mens legislatoris* auxiliam sobremaneira a concepção do *telos* da lei e, portanto, a formular uma interpretação teleológica adequada. Ademais, o Supremo Tribunal Federal reconhece em diversos julgados, como as ADI nº 2.405/RS, ADI nº 1.344/ES, Rp. 1.417/DF e ADI 3.046/SP, que dois limites adequados à realização de interpretação conforme são a pesquisa da vontade do legislador e a expressão literal do texto. Assim também ensina a doutrina: “Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”. (idem, 2011, p. 1370). Deste modo, soa legítimo que se busque uma interpretação por esse caminho.

ria está atrelado à primeira Estratégia Nacional de Defesa de 2008⁸ que preconizava, por meio de um novo regime de contratações e de incentivos: reorganizar a Base Industrial de Defesa para “assegurar que as necessidades de equipamento das Forças Armadas sejam atendidas”⁹. Em passagem alguma a exposição de motivos referencia a contratação à subordinação de empresas privadas como contratantes. Deste modo, transparece mais fortemente a incompatibilidade da redação e de sua primeira leitura mais espontânea com a intenção do legislador e com a própria teleologia da lei. A *mens legislatoris* e a *mens legis* seriam, portanto: (i) propiciar um regime para a contratação pelas Forças Armadas a fim de satisfazer suas necessidades; (ii) fomentar e reorganizar a Base Industrial de Defesa por meio dessas contratações.

Deste modo, uma interpretação não desbordante do texto escrito, alternativa à primeira leitura e que conformasse a norma com a constituição e com a intenção do legislador poderia se dar da seguinte maneira. Os entes administrativos estaduais, distritais e municipais se subordinam ao regime com as restrições oferecidas pelas normas infraconstitucionais da União sobre fiscalização de produtos controlados. Deste modo, os produtos restritos em grau à utilização pelas Forças Armadas permaneceriam restritos ao uso por estas forças¹⁰. E, por fim, as empresas privadas se subordinam ao regime não como contratantes nas suas relações com terceiros, mas na medida em que forem contratadas da Administração.

Observe-se, todavia, que a redação do dispositivo não cria óbices a que outros órgãos e entidades da União, e.g. Polícia Federal, Força Nacional de Segurança Pública e Agência Brasileira de Inteligência realizem a contratação de produtos de defesa. Do mesmo modo, é possível admitir que Estados e Municípios, respeitadas as regras que

⁸ Aprovada pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008.

⁹ Cita-se parte do texto da EMI nº 211/2011 para maior clareza a esse respeito: “A temática contida na presente proposta está vinculada à Estratégia Nacional de Defesa (END), aprovada na forma do Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. O presente projeto de Medida Provisória tem o objetivo de estabelecer normas específicas de compras e contratações de interesse da defesa nacional [...]. A END determina a organização da indústria de defesa para que possa ser assegurada ao País autonomia operacional necessária ao exercício das competências atribuídas às Forças Armadas, sob o pressuposto de que a organização, o preparo e o emprego da Marinha, do Exército e da Aeronáutica devem corresponder ao desenvolvimento econômico e tecnológico nacional. É nessa ordem de idéias que a END situa a reorganização da indústria de defesa como um de seus eixos estruturantes, assegurando que o atendimento das necessidades de equipamento das Forças Armadas esteja atrelado ao desenvolvimento de tecnologias sob domínio nacional. Para tanto, faz-se necessário capacitar a indústria para que conquiste autonomia em tecnologias indispensáveis à defesa do País”.

¹⁰ Não é demais mencionar que a própria lei do regime de contratações de defesa em suas disposições finais, art. 13, que: *o disposto nesta Lei não exclui o controle e as restrições à importação, à exportação, à fabricação, à comercialização e à utilização de produtos controlados.*

disciplinam os produtos controlados (tópico 2.13), possam se utilizar do regime para equipar suas polícias, órgãos de inteligência, de segurança pública ou defesa civil. Com essa interpretação, amplia-se o rol de eventuais clientes a se valer do regime de contratações e dos seus incentivos; por consequência, amplia-se também o fomento à BID.

2.2 Produto de Defesa (PRODE), Produto Estratégico de Defesa (PED) e Sistema de Defesa (SD)

Para que se possa compreender o real âmbito de aplicação do regime, é necessário fazer a definição das seguintes categorias: Produto de Defesa, Produto Estratégico de Defesa e Sistema de Defesa, pois, como visto, os Produtos de Defesa e os Sistemas de Defesa são os objetos dos negócios jurídicos sobre os quais o regime da lei incide.

Produto de Defesa (PRODE) 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 defesa, com exceção daqueles de uso administrativo* (Lei nº 12.598/2012, art. 2º, I). A fim de definir com precisão os produtos (bens, obras, serviços e informações) que receberão a adjetivação de “de defesa”, o Decreto nº 7.970/2013 instituiu processos administrativos específico.

Por sua vez, produto estratégico de defesa (PED) é definido 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 tipos de PED como sendo: *recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais; serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico; equipamentos e serviços técnicos especializados para as áreas de informação e de inteligência* (art. 2º, II, ‘a’, ‘b’ e ‘c’). Portanto, todo PED é uma espécie do gênero mais amplo PRODE. Deste modo, sempre que a legislação – leis, decretos, portarias etc. – e atos administrativos não normativos em geral se referirem a PRODE, poderão estar se referindo aos PRODE em sentido estrito e aos PED. O Decreto nº 7.970/2013 também estabeleceu um processo administrativo pelo qual um PRODE seria classificado como PED.

Por fim, Sistema de Defesa (SD) é definido como: *conjunto inter-relacionado ou interativo de PRODE que atenda a uma finalidade específica* (art. 2º, III). A classificação e identificação de um conjunto de PRODE como SD se dá pela mesma forma que ocorre com os PED (Decreto nº 7.970/2013, art. 4º, § 6º).

Sobre os processos administrativos de classificação de produtos como PRODE, PED ou SD, v. tópico. 2.5 e 2.5.2.

2.3 Empresa de Defesa (ED) e Empresa Estratégica de Defesa (EED)

O conceito de empresa estratégica de defesa foi definido na Lei nº 12.598/2012 e regulamentado no Decreto nº 7.970/2013, assim como o seu processo de credenciamento. Não obstante, o conceito de empresa de defesa foi inteiramente veiculado pela via do decreto. Em vista da composição do regime como um todo, em primeiro lugar se apresentará o conceito de empresa de defesa e em segundo, o de empresa estratégica de defesa. Posteriormente, se farão os comentários devidos.

Empresa de Defesa (ED) foi definida como *a pessoa jurídica cadastrada em conformidade com as normas do SISMICAT, que produza ou integre a cadeia produtiva de PRODE* (Decreto nº 7.970/2013, art. 7º, § 1º). Para que o credenciamento de uma empresa como ED seja realizado é necessário que sejam apresentadas a Declaração de Processo Produtivo (DPP) ou, alternativamente, a Declaração de Conteúdo Nacional (DCN) dos PRODE de cuja produção participa. O SISMICAT é o Sistema Militar de Catalogação, este será tratado adiante (tópico 2.4) preliminarmente aos processos administrativos de classificação de produtos de defesa (tópicos 2.5 e 2.5.2). Importante ressaltar que o uso do termo “empresa” não implica que a entidade seja constituída sob alguma das formas de sociedade empresarial. É possível que esta seja uma fundação, associação ou, inclusive, uma autarquia, desde que esteja envolvida na cadeia produtiva de um PRODE e preencha os demais requisitos regulamentares.

Empresa Estratégica de Defesa (EED) foi definida como: *toda pessoa jurídica credenciada pelo Ministério da Defesa mediante o atendimento cumulativo de diversas condições* (Lei 12.598/2012, art. 2º, IV). São elas:

- i) Ter como finalidade, em seu objeto social, a prestação de serviços de tecnologia industrial básica, elaboração de projetos, realização de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica, assistência técnica, transferência de tecnologia, industrialização, produção, reparo, conservação, revisão, conversão, modernização ou manutenção de Produto Estratégico de Defesa no País, incluídas a venda e a revenda somente quando integradas às atividades industriais supracitadas (art. 2º, IV, 'a', c/c art. 10, *caput*).
- ii) Ter no País a sede, a sua administração e o estabelecimento industrial, equiparado a industrial ou prestador de serviço (art. 2º, IV, 'b').
- iii) 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 (art. 2º, IV, 'c').
- iv) 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 (art. 2º, IV, 'd').
- v) Assegurar a continuidade produtiva no País (art. 2º, IV, 'e').

O mesmo comentário sobre a forma da personalidade jurídica da ED cabe para as EED, portanto fundações e associações podem, em tese, ser credenciadas como EED.

As definições de estabelecimento industrial e equiparado a industrial podem ser tomadas por analogia do Direito Tributário. Precisamente, são encontradas nos arts. 8º e 9º do Decreto nº 7.212/2010 que regulamenta o regime do IPI. Da mesma forma, a definição de estabelecimento prestador de serviço pode ser tomada da Lei Complementar nº 116/2003, art. 4º, que dispõe sobre o ISS.

Instituição Científica ou Tecnológica (ICT) é ser um *órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico* (Lei nº 12.598/2012, art. 2º, X). Destaque-se, assim, a necessidade de ser pertencente à Administração Pública. A intenção do dispositivo é claramente a de chamar a atenção para a

possibilidade de parcerias entre o setor privado e as ICT. As parcerias entre o setor privado e as ICT estão reguladas pela Lei nº 10.973/2004. Segundo esta lei, as ICT poderão *celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida* (art. 6º, *caput*). Por sua vez, a Lei nº 8.666/93 estabelece hipótese de dispensa de licitação para essas contratações (art. 24, XXV).

Sobre a limitação dos votos exercidos por acionistas estrangeiros, esse critério, embora se constitua em novidade legislativa, reflete regra que já existia no estatuto social da Empresa Brasileira de Aeronáutica – Embraer (art. 4º, III, ‘b’), segundo a qual *o conjunto dos acionistas e grupos de acionistas estrangeiros não poderá exercer votos em número superior a 2/3 do total de votos conferidos ao conjunto de acionistas brasileiros presentes*. Dois aspectos merecem ser destacados: (i) a linha de divisão entre acionistas brasileiros e acionistas estrangeiros; e (ii) o fato de que, para efeito de atribuição do número de votos aos acionistas estrangeiros, é preciso considerar o número de acionistas brasileiros presentes, ou seja, é preciso apurar e certificar quem de fato participa da reunião de assembleia geral.

Em linha com o disposto no estatuto da Embraer, a Lei nº 12.598/2012 considera como sócios ou acionistas brasileiros: (i) pessoas naturais brasileiras, natas ou naturalizadas, residentes no Brasil ou no exterior; (ii) pessoas jurídicas de direito privado organizadas em conformidade com a lei brasileira que tenham no País a sede e a administração, que não tenham estrangeiros como acionista controlador nem como sociedade controladora e sejam controladas, direta ou indiretamente, por uma ou mais pessoas naturais brasileiras; e (iii) os fundos ou clubes de investimentos, organizados em conformidade com a lei brasileira, com sede e administração no País e cujos administradores ou condôminos, detentores da maioria de suas quotas, sejam pessoas naturais brasileiras ou empresas controladas direta ou indiretamente por acionistas brasileiros.

Portanto, em última instância, o critério é o controle, direto ou indireto, por pessoas naturais brasileiras, natas ou naturalizadas, residentes no Brasil ou no exterior. Note-se que, na hipótese de controle indireto, a EED deve ser diretamente controlada por meio de pessoas jurídicas com sede e administração no Brasil, mas indiretamente controladas por pessoas naturais brasileiras, natas ou naturalizadas. O teor dessa regra deve fazer com que, do ponto de vista de incentivos envolvidos, acionistas estrangeiros não

tenham interesse em adquirir participação maior que 40% no capital votante de EED. Eventualmente, podem até adquirir participação maior por conta dos interesses econômicos (distribuição de dividendos, sobretudo), mas isso não refletirá em maior poder na definição dos rumos da sociedade empresarial.

Caso essas condições em algum momento sejam descumpridas, a EED será descredenciada enquanto tal (Decreto nº 7.970/2013, art. 11). Sobre o credenciamento de empresas como ED e EED, será destinado o tópico 2.3.1 adiante.

Por fim, o Decreto nº 7.970/2013 cria obrigação não prevista na Lei nº 12.598/2012, a de que *as empresas credenciadas pela Lei 12.598 de 2012* – a redação não deixa claro se trata-se apenas de EED ou também de ED, pois o conceito de ED foi totalmente veiculado pelo decreto – devem encaminhar ao MD e ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) relatórios anuais dos resultados sobre produção, comércio e mercado de trabalho além de resultados sobre impactos na cadeia da base industrial de defesa, a fim de compor dados estatísticos do setor. A aplicabilidade da obrigação está condicionada à expedição de portaria interministerial do MD e do MDIC (art. 10). Até o momento, a referida portaria não foi publicada.

2.3.1 Constitucionalidade do instituto da EED

O conceito de EED pode reacender discussão enfrentada durante a década de 1990 por ocasião da Emenda Constitucional de nº 6 de 1995 sobre empresas de capital nacional e empresas brasileiras, todavia de capital detido por estrangeiro.

Como foi demonstrado no tópico anterior, a exigência de que, nas assembleias, por meio de disposições no ato constitutivo, o total de votos do conjunto de sócios estrangeiros não possa exceder a 2/3 do total de votos passíveis de serem exercidos por sócios brasileiros, não implica que a maioria do capital social seja composta por brasileiros ou pessoas jurídicas controladas por brasileiros; consequentemente, são possíveis diversas distribuições de capital quanto à origem. Todavia, na prática, a exigência assegura aos brasileiros, entendidos por pessoas naturais, natas ou naturalizadas, o controle efetivo da EED.

Antes da EC nº 6/95 ser editada, havia na Constituição de 1988 uma distinção entre Empresas Brasileiras de Capital Nacional (EBCN) e Empresas Brasileiras (EB) simplesmente. Nesta época, o art. 170, que define os princípios gerais da ordem econômica, trazia como um de seus princípios o tratamento favorecido às EBCN. Estas, por sua vez, eram definidas no art. 171 como aquelas cujo controle efetivo estivesse em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. Havia também disposição no art. 176, § 1º que deferia somente à EBCN a pesquisa e a lavra de recursos minerais e a exploração dos potenciais hidroenergéticos.

A EC nº 6/95 teve o condão de substituir o princípio do favorecimento das EBCN de pequeno porte pelo do favorecimento das empresas de pequeno porte em geral, revogar todo o art. 171 e alterar a redação do art. 176, § 1º para deferir as atividades que menciona a empresas brasileiras, entendidas por aquelas com sede e administração no País. Tendo isso ocorrido, poderia ser feita a seguinte pergunta. Se em face das alterações promovidas pela EC nº 6/95, haveria ainda espaço no ordenamento para uma distinção gerada entre empresas tal qual a que se cria com o conceito de EED?

Vale notar que o critério de EBCN era de *controle direto ou indireto por pessoas físicas domiciliadas e residentes no País* (cf. CF, rev. art. 171, II), enquanto o critério de EDD é, em termos, o controle efetivo, direto ou indireto, por pessoas físicas consideradas brasileiras natas ou naturalizadas, *residentes no Brasil ou no exterior*, na medida em que se condiciona o total de votos de estrangeiros a 2/3 do total de votos de brasileiros. Portanto, o critério de EBCN parecia estar mais associado ao critério de domicílio que ao de nacionalidade propriamente dito. Em princípio, bastaria que a pessoa física controladora fosse domiciliada no Brasil para que a empresa respectiva pudesse ser enquadrada como EBCN. Já o critério de EED é estritamente relacionado com a nacionalidade das pessoas naturais que, em última instância, controlam a empresa. Daí, conclui-se que, do ponto de vista formal, a Lei nº 12.598/2012 não recupera o conceito extinto com a EC nº 06/95, mas estabelece um critério efetivamente distinto, com foco na nacionalidade da pessoa natural, e não em seu local de domicílio ou residência.

É interessante observar, ainda, a fim de dar resposta a essa questão, que a Exposição de Motivos Interministerial nº 37/MJ/MF/MPOG/MPAS/MARE/MME, de 16 de fevereiro de 1995, que acompanhou o Projeto de Emenda Constitucional, PEC nº 5 de 1995, resultante na Emenda nº 6/95, esclarecia: “Note-se que as alterações propostas não impedem que legislação ordinária venha a conferir incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, inexistindo qualquer vedação constitucional nesse sentido”. E que concordante com a exposição de motivos foi o parecer da Comissão Especial na Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer sobre a PEC nº 5/95: “Por fim, lembre-se que as mudanças sugeridas não impedem que a legislação ordinária venha a conferir incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, já que inexistiria qualquer vedação constitucional nesse sentido”.

De fato, a configuração da Constituição de 1988, após a alteração produzida pela Emenda Constitucional nº 6, não criou amarras à legislação ordinária para a criação de incentivos. É certo que revogou o conceito de EBCN e os incentivos e benefícios a ela associados, mas não estabeleceu proibição em contrário para a legislação ordinária. Todavia, seria simplista e equivocada uma interpretação da constituição que simplesmente admitisse que o que fora revogado no âmbito constitucional pudesse voltar da mesma forma nas vestes de lei ordinária. A pretensão legislativa, conforme examinada nos documentos preparatórios, não era a simples desconstitucionalização da matéria – no sentido de atribuí-la à legislação infraconstitucional – como ocorreu por meio da Emenda Constitucional nº 40/2003 com o Sistema Financeiro Nacional.

Se o propósito da EC nº 6/95 era exatamente a revogação da distinção, em face da necessidade de maiores investimentos de capital estrangeiro e não a mera desconstitucionalização da distinção para que permanecesse em âmbito infraconstitucional, não parece adequado supor que distinções tais quais as das EBCN pudessem retornar ao ordenamento sem uma nova emenda constitucional. Isso seria expulsar pela porta o que entraria pela janela.

Nesse sentido, conforme a exposição de motivos e o parecer mencionado, o que se admite na forma de legislação infraconstitucional diz respeito a setores estratégicos. Faz sentido, portanto, que uma distinção que gere incentivos e benefícios como os que são dispensados no caso das EED só exista motivadamente – e sob motivação de cunho eminentemente estratégico, tal como concorrer para a defesa e a soberania nacionais,

sem prejuízo do controle de constitucionalidade derivado da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, entende-se ser constitucional, dentro do ordenamento brasileiro, o conceito de EED com os benefícios que lhe são consequentes. Não obstante, embora essa questão apenas possa ser resolvida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, por ora, as disposições atinentes ao conceito de EED ficam amparadas pela presunção de constitucionalidade das leis.

2.4 Cláusula de Catalogação e NATO Codification System (NCS).

O Brasil adere ao NATO Codification System (NCS). Este é o sistema de catalogação da OTAN¹¹, promovido pela NATO Support Agency (NSPA), órgão da OTAN especializado em catalogação para fins logísticos. A catalogação no âmbito do NCS consiste em normas e processos que permitem comparar características técnicas e funcionais dos itens de diversos fornecedores e, quando essas características são idênticas, alocar estes itens sob um mesmo e único número, o NATO Stock Number (NSN), e as empresas fornecedoras ou envolvidas na produção sob outro número, o NATO Commercial And Government Entity Code (NCAGE). Atualmente, cerca de um terço dos países ao redor do mundo adere ao NCS com diferentes graus de participação (países OTAN, Tier 1 e Tier 2), por essa razão as parcerias com o NCS geram uma comunidade de catalogação a nível global¹².

São princípios do sistema: *one world, one codification system, one global data standard* e *one item of supply, one number*. O NSN é um número de 13 dígitos cuja inclusão no sistema permite identificar o grupo, a classe, o país de origem, além do item de suprimento específico. A partir desse número, são adicionados ao registro informa-

¹¹ O sistema foi estabelecido uniformemente para os membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte a partir do Federal System of Item Identification dos Estados Unidos, por força do Standardization Agreement (STANAG) nº 3151 – Codification – Uniform System of Supply Classification de 1956 da NATO Standardization Agency (NSA). Conforme o documento: “Participating nations agree to the following: a. The United States ‘Federal System of Item Identification’, is adopted as the basis for the NATO Item Identification System. b. The NATO Uniform System of Item Identification, together with the NATO Uniform System of Supply Classification (STANAG 3150), forms the basis for the NATO Codification System. c. All signatories participating in this agreement will use the NATO Item Identification System. (...)” (Edition 9).

¹² NCS Brochure, jan. 1, 2014, p. 2

ções relevantes sobre o item de ordem técnica, industrial, comercial, assim como informações sobre componentes, processos produtivos, ciclo de vida, entre outras¹³. Essas informações são agregadas ao Nato Master Catalogue Of References For Logistics (NMCRL)¹⁴. O NSN dá ensejo à formação de um conceito de item de suprimento que atende a uma necessidade logística específica. Por meio da formulação desse conceito, é possível identificar itens de produção provenientes de diferentes fabricantes no mercado capazes de satisfazer a mesma aplicação, fator que gera maior racionalidade econômica nos processos de aquisição¹⁵.

Deste modo, o propósito do NCS é estabelecer uma linguagem comum de cadeia de suprimentos para todas as operações logísticas a nível global, o que permite a interoperabilidade de materiais, isto é, a capacidade de que os mesmos materiais sejam operados por diferentes entidades a partir de um sistema em comum, e a otimização da gestão de recursos, evitando a duplicação de registros, assim como facilitar o domínio sobre a gestão de dados e promover a qualidade dos mesmos¹⁶.

Cada país participante possui um National Codification Bureau (NCB), um órgão responsável pela catalogação dos itens de suprimento originados no país. O NCB representa internacionalmente o país no âmbito do NCS. Já o processo uniforme de aquisição de dados para fins de catalogação se dá de acordo com o disposto no Standardisation Agreement (STANAG) 4177 da NATO Standardisation Agency (NSA) a partir

¹³ Conforme documento do CECAFA: "No que diz respeito aos itens, os dados necessários para inclusão no catálogo são aqueles que permitam sua identificação, única e inequívoca, de modo que cada item possua uma identidade, diferente de todos os demais. Os dados que compõem essa identificação são extraídos de uma documentação técnica competente, elaborada preferencialmente pelo fabricante do item, e deverão receber um tratamento para serem inseridos no catálogo. Esse tratamento é o objeto fundamental da sistemática de catalogação adotada pelo SOC (Sistema OTAN de Catalogação) e pelo SISMICAT (Sistema Militar de Catalogação), a qual define os procedimentos para codificação das informações a serem inseridas nas bases de dados de catalogação e nos catálogos. Tais informações dizem respeito, fundamentalmente, aos atributos físicos, de desempenho ou de aplicabilidade do item, bem como outros aspectos que se julguem necessários ao seu gerenciamento, como requisitos de embalagem, tempo de vida útil, relacionamento com outros equipamentos, etc. Também fazem parte do conjunto de informações dos itens suas referências fabris, de forma que se tenha a noção sobre quais empresas os fabricam, especificam ou distribuem. Todo esse conjunto de informações é reunido, codificado e inserido em uma base de dados, a fim de formar uma identificação, única e inequívoca, pela qual o item seja reconhecido por todos os usuários do sistema de catalogação." (Conceitos Básicos de Catalogação, Capítulo 1, p. 3).

¹⁴ Este catálogo é a maior base de dados sobre materiais do mundo e inclui cerca de dezessete milhões de itens catalogados, cada qual com seu NSN, trinta e cinco milhões de referências de fornecedores para itens de produção, noventa milhões de linhas sobre características técnicas e dois milhões e quatrocentos mil fabricantes e fornecedores na área de defesa. (NCS Brochure, jan 1, 2014, p. 5).

¹⁵ Conceitos Básicos de Catalogação, Capítulo 1, p. 7.

¹⁶ NCS Brochure, jan. 1, 2014, p. 2.

de uma cláusula contratual ou instrumento contratual equivalente no qual a Codification Authority (o NCB ou uma Authorized Agency for Codification localizada no país) requer ao contratado e aos subcontratados informações técnicas dos itens envolvidos¹⁷.

O Brasil, sendo que não é membro da OTAN, participa do NCS como Tier 2¹⁸. O órgão que faz as vezes do NCB é o Centro de Catalogação das Forças Armadas (CE-CAFA). Este órgão é integrante da estrutura do MD como subordinado ao Departamento de Catalogação (DECAT), órgão da Secretaria de Produtos de Defesa (SEPROD), conforme dispõe o Regimento Interno do ministério¹⁹. O NCS, no Brasil, chama-se pelo nome de Sistema Militar de Catalogação (SISMICAT) e o NSN é chamado de Número Brasileiro de Estoque (NCB), embora a numeração seja por razões óbvias a mesma do NSN. Já o número de catálogo da empresa, NCAGE, é chamado de CODEMP (Código de Empresa). É comum encontrar em alguns documentos a referência dupla ao termo nacional e o original estrangeiro: “NBE/NSN” e “CODEMP/NCAGE”.

Por sua vez, a chamada Cláusula Contratual de Catalogação (CCC) como procedimento uniforme para aquisição de dados de catalogação é estabelecida na Portaria nº 2.037/MD, de 14 de agosto de 2014. A cláusula deve ser incluída em todos os editais de licitação e contratos que tenham por objeto meios, sistemas, equipamentos ou materiais (art. 3º). Cada Força Singular possui sua Authorized Agency of Codification ou, na terminologia da mencionada portaria, Central de Operação e Arquivo (COA), e também possui Agências de Catalogação. Às centrais e às agências incumbe assessorar as enti-

¹⁷ Sobre as informações técnicas, o ANNEX A da STANAG 4177 especifica: “Technical Data (comprising drawings, specifications, catalogues or any other information describing the physical characteristics of an item) is required to enable codification to be undertaken for the identification and management of materiel as required by the NATO Codification System (NCS). The contractor shall make available to the Codification Authority, within the timescales specified, the necessary technical data for all items supplied under this contract. This information can be provided either as ‘hard copy’ drawings, specifications etc or, where appropriate and available, via access by the Codification Authority to electronic data held at a specific World-Wide Web site address. The contractor shall dispatch the data or arrange for access to the data via the web, from sub-contractors or suppliers on request from the Codification Authority within the timescales specified in the contract. In addition to the initial provision of technical data the contractor shall also provide any updated information on all items specified in this contract resulting from agreed modifications, design or drawing changes as and when these changes are made during the life of the contract”.

¹⁸ Isso significa que pode ter seus itens incluídos no NMCRL, gerando visibilidade internacional para os produtos aí incluídos, além de poder participar das reuniões do Allied Comitee 135 (AC/135) para matérias técnicas de catalogação.

¹⁹ O Regimento Interno do MD foi aprovado pela Portaria Normativa nº 564/MD, de 12 de março de 2014.

dades contratantes na elaboração da cláusula contratual de catalogação²⁰ e processar os dados enviados pelas contratadas a fim de permitir sua inclusão no SISMICAT.

2.5 Classificação de PRODE, PED e SD e credenciamento de ED e EED

A classificação de PRODE, PED e SD, assim como o credenciamento de empresas como ED e EED seguem os processos determinados pelo Decreto nº 7.970/2013 e as normas da SEPROD. Ademais, a classificação e o credenciamento, além de possibilitar o acesso ao RETID para as EED, permite o mapeamento da BID pelo MD a fim de que outras políticas de fomento possam ser adequadamente elaboradas e acompanhadas nos seus resultados²¹.

Observe-se que a classificação e o credenciamento se superpõe ao processo de catalogação, não se confundindo uma coisa com a outra, ainda que possam ser realizados concomitantemente²². Cumpre anotar que a empresa interessada em credenciar-se e classificar seus produtos, caso não possua CODEMP/NCAGE ou seu produto não possua NBE/NSN no SISMICAT, deverá promover a catalogação deste junto à respectiva COA, segundo as normas do SISMICAT. A fim de que a continuidade do processo de catalogação não impeça o processamento da classificação e do credenciamento, é emitido pela COA um “protocolo de entrega de dados técnicos”, bastando, por meio deste

²⁰ Assim dispõe a portaria: *Art. 2º Todo o conjunto de dados de que trata esta Portaria Normativa será especificado no momento da elaboração do contrato, por meio de Cláusula Contratual de Catalogação (CCC), sob a égide da Agência de Catalogação ou COA, que possui responsabilidade técnica sobre o material. Parágrafo único. A COA da contratante deverá ter participação ativa e prestar assessoria durante a elaboração da CCC. Art. 3º Nos editais de licitações e nos contratos de aquisição de meios, equipamentos, sistemas ou qualquer outro material deverão constar cláusulas versando sobre catalogação, que exijam do contratado o fornecimento de dados técnicos e gerenciais que permitam identificar os itens de suprimento a fornecer.*

²¹ Conforme a nota introdutória das Instruções para Classificação de Produtos e Credenciamento de Empresas de Defesa: “As informações, prestadas pelas empresas no cadastro, contribuirão para o MD efetuar o mapeamento da BID e de suas cadeias produtivas, e ter o conhecimento necessário para a formulação e execução de políticas de fomento. A atualização anual dessas informações, por parte das empresas, contribuirá para o acompanhamento da evolução da BID, e a avaliação, entre outras, da eficácia das ações em curso”. (2014, p. 7).

²² O Decreto nº 7.970 de 2013 pode causar certa confusão pelo emprego da terminologia catalogação e classificação, pois dispõe simultaneamente em um mesmo artigo (art. 4º) da catalogação e da classificação de produtos de defesa. Também o art. 7º do decreto, menciona que o credenciamento de ED deverá ocorrer por meio de solicitação no SISMICAT. Todavia, em última análise, tratam-se efetivamente de processos distintos.

protocolo, a comprovação do início da catalogação para que o processamento do credenciamento e da classificação decorram normalmente²³.

Com vistas a conferir celeridade aos processos de classificação e de credenciamento e automatizá-los o máximo possível, foi elaborado no âmbito da SEPROD, o Sistema de Cadastramento de Produtos e Empresas de Defesa (SisCaPED). Através desse sistema, cujas instruções mais recentes foram publicadas em agosto de 2014 nos sites do Ministério da Defesa e do CECAFA, as empresas realizam um cadastro digital por meio do qual iniciam o processo de credenciamento incluindo informações sobre si e sobre os produtos que pretendem classificar²⁴.

De modo geral, o processo funciona por meio da atribuição de pendências à empresa solicitante que devem ser preenchidas por esta. Uma vez preenchidas, os órgãos responsáveis pela análise da pendência validam o seu preenchimento, cumprem os atos de sua competência e o processo segue, culminando com o credenciamento da empresa e a classificação dos seus produtos pelo Ministro da Defesa em portaria publicada no DOU. São órgãos e autoridades envolvidos no processo: a SEPROD, as Forças Armadas singulares, por meio de representantes, o CECAFA, a Comissão Mista da Indústria de Defesa (CMID) e o Ministro da Defesa (MD).

2.5.1 Credenciamento de ED e EED

²³ A Instrução para Classificação de Produtos e Credenciamento de Empresas de Defesa assim dispõe: “No caso do produto não estar catalogado no SISMICAT, a empresa deve solicitar ao CECAFA um CODEMP, juntamente com orientações para iniciar a catalogação em uma das agências de catalogação das FA. A agência fornecerá então um ‘protocolo de entrega de dados técnicos’, que a empresa deve enviar ao CECAFA, anexando-o a uma mensagem do SisCaPED. [...] Os processos de classificação e de credenciamento dependem da comprovação do início da catalogação e não do seu final, pois a duração da catalogação varia, entre outros fatores, com a complexidade do produto e com a capacidade de cada agência de catalogação”. (p. 11).

²⁴ Observe-se que não existe uma obrigação de que as empresas realizem o credenciamento, o que torna a abrangência do SisCaPED limitada à adesão voluntária das empresas. Para obter uma visão mais ampla e completa dos diferentes setores da BID, o MD encomendou um estudo a ser realizado pela ABDI em parceria com o IPEA. A finalidade do estudo é, além de identificar as empresas e seus produtos, ser capaz de mapear nos diversos setores gargalos que possam ser vencidos por meio de políticas governamentais em parceria com o setor privado. Conforme notícia veiculada no site do MD: “A previsão é de que o levantamento, intitulado de Mapeamento da Base Industrial de Defesa, seja concluído até o final deste ano para ser apresentado no início de 2015. O trabalho deverá ser divulgado em fóruns, eventos e encontros de defesa para ampliar ainda mais o debate sobre o assunto”. (Mapeamento da base industrial de defesa ajudará governo a elaborar políticas públicas para o setor, 11/08/2014).

O credenciamento de uma ED se dá da seguinte forma. O processo se inicia com solicitação da empresa de registro no SisCaPED, devendo a empresa fornecer preliminarmente os dados requisitados²⁵. A SEPROD fornece uma senha de acesso ao sistema e, a partir desse momento, o sistema atribui à empresa 6 pendências: (i) P1 – cadastro de empresa ainda não validado; (ii) P2 – falta cadastro de produto; (iii) P3 – cadastro de produto ainda não validado; (iv) P4 – falta pelo menos um parecer (sobre o produto); (v) P5 – DCN ou DPP ainda não anexadas ao cadastro do produto; (vi) P7 – início do processo de catalogação do produto no SISMICAT ainda não comprovado.

Observe-se que as pendências P1 e P2, dizem respeito à empresa, enquanto as pendências P3, P4, P5 e P7 dizem respeito ao produto. Todavia, a pendência P2 só poderá ser retirada a partir do preenchimento, validação e retirada das pendências P3, P4, P5 e P7, estas integram mais especificamente o processo de classificação de PRODE, PED e SD e serão comentadas de modo mais detido no tópico abaixo (2.5.2). Portanto, para que uma empresa esteja apta a ser credenciada como ED, é necessário que produza ou integre a cadeia de produção de pelo menos um PRODE, deste modo, o credenciamento de uma ED passa, necessariamente, pela classificação de um PRODE²⁶.

O preenchimento, a validação do preenchimento e a retirada de todas as pendências atribuídas à empresa permite a continuidade do processo. A SEPROD, então, realiza a preparação de um relatório que servirá para instruir a Reunião Técnica da CMID (RT-CMID). Na reunião técnica, a SEPROD e os representantes designados pelas FA apresentam seus relatórios e pareceres, ficando à disposição para prestar esclarecimentos e anotar eventuais pendências que sejam identificadas. Caso, haja necessidade de assessoramentos adicionais poderão ser feitas consultas a especialistas, órgãos e entidades públicas e privadas ou poderão ser criadas no âmbito da CMID subcomissões temáticas *ad hoc*. As eventuais demandas que surgirem serão geridas pela SEPROD.

²⁵ O procedimento previsto no SisCaPED não é o mesmo previsto no Decreto nº 7.970/2013. Neste, procedimento para o credenciamento de uma empresa como ED se iniciava, conforme o art. 8º, com solicitação *feita junto ao Centro de Catalogação das Forças Armadas - CECAFA ou demais unidades de catalogação*. Parece que no momento em que o decreto foi concebido, entendia-se mais viável utilizar a estrutura já instalada do SISMICAT para os processos de credenciamento e classificação e que, posteriormente, optou-se por fazer um sistema próprio e menos burocratizado no âmbito da SEPROD, órgão hierarquicamente superior ao CECAFA.

²⁶ Conforme a Instrução: “O credenciamento de uma empresa como ED fica condicionado à classificação de pelo menos um produto como PRODE, ou a sua participação na cadeia produtiva de algum PRODE (§ 1º, do Art 7º, do Decreto nº 7.970/13)”. (p. 10).

Como resultado das deliberações na RT-CMID, a SEPROD deverá formular em até dois dias antes da Reunião Deliberativa da CMID (RD-CMID) a Lista de Empresas para Credenciamento e a Lista de Produtos para Classificação. O objeto da RD-CMID é a votação das listas. Após a votação, a SEPROD confeccionará novas listas com os produtos aprovados para que sejam, desta vez, enviados para a aprovação do Ministro de Estado da Defesa. A partir da aprovação, é produzida a portaria que credencia as empresas como ED e classifica os produtos como PRODE. O ato é oficializado e ganha eficácia com a publicação no DOU²⁷.

O credenciamento de uma EED, por sua vez, se dá percorrendo o mesmo itinerário processual que o credenciamento de ED com o acréscimo de uma pendência, a P6, e com a condição de que o produto que produza ou integre cadeia produtiva seja classificado como PED.

A pendência P6 consiste no fornecimento de documentação física a ser validada pelo CECAFA que demonstre o preenchimento das condições estipuladas no art. 2º, IV, da Lei nº 12.598 de 2013. Essa documentação deve ser protocolada na sede do CECAFA e é composta por: (i) Declaração de comprovação de conhecimento científico ou tecnológico no Brasil; (ii) Declaração de continuidade produtiva no Brasil; (iii) Declaração de limite de votos exercidos por conjunto de sócios ou acionistas e grupos de sócios ou acionistas estrangeiros; (iv) Declaração de compromisso de catalogar os itens não cadastrados no SISMICAT. Após a análise da documentação o CECAFA fará a sua validação e retirará a pendência P6. A partir deste momento, o processo segue em tudo o mais como o processo de credenciamento de ED²⁸.

2.5.2 Classificação de PRODE, PED e SD

Como foi visto, o processo de classificação de PRODE se dá dentro do processo de credenciamento de uma empresa como ED ou EED, pois, a partir do momento em que a empresa faz seu registro e obtém acesso ao sistema, criam-se as pendências para

²⁷ Até o momento, apenas a Portaria nº 2.056/MD, de 15 de agosto de 2014, efetivou o credenciamento de ED, sendo uma delas a Rockwell Collins do Brasil LTDA.

²⁸ As seguintes portarias foram editadas até o momento credenciando empresas como estratégicas de defesa: Portaria nº 1.017/MD, de 23 de abril de 2014, Portaria nº 1.346/MD, de 28 de maio de 2014, Portaria nº 1.635/MD, de 27 de junho de 2014, Portaria nº 2.028/MD, de 13 de agosto de 2014.

que insira informações sobre pelo menos um PRODE que produza ou de cuja cadeia de produção participe. Neste subtópico, analisa-se com maior detalhe como se preenchem as pendências associadas à classificação de PRODE, PED e SD.

As pendências associadas ao produto, como foi dito, são a P3 – cadastro de produto não validado, P4 – falta pelo menos um parecer, P5 – DCN ou DPP não estão anexadas ao cadastro do produto e P7 – início do processo de catalogação do produto no SISMICAT não comprovado.

A pendência P3 é preenchida com o fornecimento de informações sobre o produto²⁹, seu projeto³⁰ e sua produção³¹. As informações atinentes ao produto incluem a seleção de seu tipo (bem, obra, serviço ou informação), e, a partir da escolha do tipo, a seleção do grupo-classe ao qual pertence (grupos-classe do SISMICAT para bens, grupos-classe da Nomenclatura Brasileira de Serviços para serviços, grupos-classe do NBR da ABNT para obras e grupos-classe específicos criados pelo MD para informações)³².

A pendência P4 é preenchida com a emissão de no mínimo um parecer dos representantes *ad hoc* das Forças Armadas ou da SEPROD³³. O parecer deve abordar os

²⁹ Informações a serem fornecidas atinentes ao produto dizem respeito a: (i) capacidade tecnológica, se o conhecimento tecnológico envolvido na produção está dentro da empresa, sob o domínio de brasileiros; (ii) capacidade de produção, isto é, como, quanto, quando e em que condições ocorre a entrega do produto e por quanto tempo é possível fornecer o produto, seus sobressalentes e serviços associados; (iii) aspectos comerciais, devendo-se mencionar os principais clientes nacionais e internacionais e as datas das vendas mais recentes, além de declarações de exclusividade, se houverem, e as entidades emitentes com os respectivos prazos de validade.

³⁰ As informações atinentes ao projeto incluem menção a se este é próprio, realizado em parceria ou adquirido de terceiros, assim como sobre: (i) as etapas do projeto realizadas pela própria empresa, por sua mão de obra brasileira; (ii) as etapas do projeto terceirizadas, as empresas envolvidas e sua procedência, se nacional ou internacional; (iii) quais os insumos utilizados considerando o todo do projeto e quais os fornecedores e suas respectivas procedências; (iv) se o projeto tiver sido adquirido de terceiros, quais são as empresas fornecedoras e de onde procedem.

³¹ As informações atinentes à produção incluem: (i) as etapas da produção que são executadas pela própria empresa, por sua mão de obra brasileira; (ii) os insumos utilizados, as empresas fornecedoras e suas procedências; (iii) as etapas de produção terceirizadas, as empresas envolvidas e suas procedências.

³² Conforme a Instrução: “Segundo a Lei nº 12.598/12, um PRODE pode ser dos tipos Bem, Serviço, Obra ou Informação. No cadastro, quando a empresa selecionar um desses tipos, ficarão disponíveis as respectivas categorias desses tipos chamadas “grupos-classe”. Para PRODE “Bem” estão previstos na Lei nº 12.598/12 os grupos-classe do SISMICAT (Anexo 9). Para PRODE “Serviço” e “Obra” foram aprovados pela CMID, respectivamente, os grupos-classe da Nomenclatura Brasileira de Serviços (NBS) (Anexo 7) e da NBR 8950/1985 da ABNT (Anexo 8). Para PRODE “Informação” foram criados pelo MD grupos-classe específicos (Anexo 6). É possível enquadrar um produto em mais de um tipo e em diversos grupos-classe, mas o SisCaPED permite a seleção de apenas um tipo e um grupo-classe”. (p. 11).

³³ Assim, “cada produto deve possuir um parecer, todavia é possível a emissão de parecer por bloco de produtos quando estes possuírem características muito similares, como o caso de munições”. (Instruções, p. 21).

seguintes tópicos em sua estrutura: (i) proposta; (ii) nomenclatura; (iii) TOP; e (iv) justificativas. A *proposta* consiste no enquadramento do produto em alguma das seguintes categorias: PRODE, Produto da Cadeia Produtiva, PRODE-PCP, PED ou “Não se Aplica”. Todos os enquadramentos, exceto “Não se Aplica”, devem possuir justificativa. Assim, o produto para ser enquadrado como PRODE precisa ser justificado quanto ao emprego atual ou potencial em alguma Atividade Finalística de Defesa³⁴ e um produto enquadrado como Produto da Cadeia Produtiva precisa ser justificado quanto à sua participação na cadeia produtiva de um PRODE. Apenas o produto que se pretenda enquadrar como PED requer que o parecer traga no seu bojo o que se chama de TOP.

A parte do parecer chamada *nomenclatura* consiste na atribuição de um nome ao produto que identifique o seu conceito. A nomenclatura proposta deverá ser consolidada pela CMID na Reunião Técnica.

Para explicar o que é *TOP* (Tecnológico, Operacional, Produtivo), é importante explicar preliminarmente que o conceito de PED formulado na Lei nº 12.598 de 2012, art. 2º, II, define PED como PRODE que pelo *conteúdo tecnológico*, pela *imprescindibilidade* ou pela *dificuldade de obtenção* seja de interesse da segurança nacional. Sendo este o conceito, com vistas a conferir maior objetividade possível na mensuração do que se chama conteúdo tecnológico, imprescindibilidade e dificuldade de obtenção, o SisCaPED trouxe uma metodologia de métricas atribuindo a cada um desses fatores uma métrica. À métrica do *conteúdo tecnológico* foi atribuída a letra “T” de tecnológico, à métrica da *imprescindibilidade* foi atribuída a letra “O” pelo caráter operacional desse requisito e, por fim, à métrica da *dificuldade de obtenção* foi atribuída a letra “P” por estar relacionada com a capacidade produtiva. Cada métrica possui uma tabela de numeração com valores que vão de 0 a 5, sendo que cada valor corresponde a uma situação específica. O 0 será sempre a situação de não enquadramento nas demais, os valores de

³⁴ A atividade finalística de defesa é definida no âmbito do SisCaPED como “toda atividade necessária para obter, sustentar, operar ou desativar uma capacidade de defesa”. Sendo capacidade considerada uma “aptidão para se alcançar um efeito desejado, sob padrões e condições específicos, através da combinação de meios e formas de executar um conjunto de tarefas”. Especificamente capacidade de defesa é definida como “o potencial sustentável e inovador, com autonomia tecnológica, operacional e produtiva, apoiada em Sistemas de Defesa, destinado a conduzir uma ação, ou a alcançar uma condição”. (p. 3) Essas definições constantes do dicionário de termos e siglas das Instruções são genéricas e difusas o suficiente para não lançarem luzes sobre o que vem a significar estes termos. A formulação do que vem a ser capacidade de defesa ao mencionar Sistemas de Defesa chega a ser redundante e tautológica, visto que o próprio conceito de SD é um conjunto inter-relacionado de PRODE que atenda a uma finalidade. *Data venia*, é importante que a técnica dessas definições seja revisada a fim de dotar a fundamentação de uma atividade finalística de defesa de maior consistência.

1 a 5 variam conforme a métrica. A partir da numeração de cada uma das métricas, é possível identificar o perfil do produto e saber se é apto ao enquadramento como PED, se necessita de uma fundamentação mais detalhada com base em circunstâncias específicas ou se não está apto ao enquadramento³⁵. Toda a análise de métricas é feita com vistas a propiciar que a classificação de produtos como PED seja no sentido de fomentar a autonomia nacional³⁶.

As *justificativas* do parecer devem conter informações como a capacidade de produção, quantidade de empresas concorrentes credenciadas, tamanho do mercado, demandas da FA em relação ao produto.

A pendência P5 é preenchida com a anexação no SisCaPED da DCN ou da DPP relativa ao produto. A DCN consiste em um documento de caráter autodeclaratório emitido pela própria empresa que expressa o grau de nacionalização de PRODE ou SD, mensurado de acordo com as apropriações de custos dos insumos e os processos de cadeia produtiva, especificando, quando couber o desenvolvimento e a inovação tecnológica realizados no País (Decreto nº 7.970/2013, art. 7º, § 3º). As Instruções trazem um modelo de DCN a ser utilizado. A empresa pode optar por requerer a emissão de DPP ao MDIC, todavia, a princípio, a emissão de DPP está condicionada à regulamentação

³⁵ Na elaboração do TOP, em primeiro lugar, deve ser analisado a métrica “P”, a dificuldade de obtenção que reflete a criticidade de fornecimento. O sistema atribui a seguinte numeração para valoração da métrica: 1 – PRODE feito no Brasil sem restrições logísticas; 2 – PRODE feito no Brasil com restrições logísticas; 3 – PRODE sem restrições de importação com restrições logísticas; 4 – PRODE com restrições de importação; 5 – PRODE embargado. Apesar de a Lei nº 12.598 de 2012 não mencionar que só podem ser classificados como PED os produtos feitos no Brasil, as Instruções do SisCaPED faz afirmação *a contrario sensu*: “Para os efeitos da Lei nº 12.598/12, poderão ser estratégicos somente os PRODE feitos no Brasil. Um PRODE “estrangeiro” pode ser muito crítico, ou essencial, ou ter conteúdo tecnológico dominado por poucos países, mas não será estratégico por isso. Será crucial, sim, que se tomem providências para diminuir a criticidade, a essencialidade e que se domine o conteúdo tecnológico do PRODE”. (p. 17). Deste modo, segundo o sistema, só podem ser PED os PRODE que se enquadrem nos números 1 e 2 da métrica. Não há menções aos casos em que um produto seja parcialmente produzido no país. Em segundo lugar, deve ser analisada a métrica “O”, a imprescindibilidade operacional ou o grau de essencialidade do produto para a satisfação de uma capacidade operacional. O sistema atribui a seguinte numeração: 1 – PRODE não essencial; 2 – PRODE essencial para Capacidade Operacional não essencial; 3 – PRODE essencial para Capacidade Operacional com essencialidade variável; 4 – PRODE essencial para Capacidade Operacional essencial; 5 – PRODE essencial para mais de uma Capacidade Operacional essencial. No caso desta métrica, estão mais aptos a serem considerado estratégicos os produtos enquadráveis nos números 4 e 5, e os enquadrados no número 3 necessitarão de análises adicionais sobre o seu contexto de emprego. Em terceiro lugar, analisa-se a métrica “T”, a trivialidade do conteúdo tecnológico sob a seguinte *numerologia*: 1 – Tecnologia crítica dominada apenas pelo Brasil; 2 – Tecnologia crítica dominada pelo Brasil e por um grupo seleto de países; 3 – Tecnologia crítica dominada pelo Brasil; 4 – Tecnologia crítica não dominada pelo Brasil; 5 – Tecnologia trivial não dominada pelo Brasil. Neste caso, serão considerados estratégicos os produtos que se enquadrem nos números 1 a 3.

³⁶ Entendida esta como “o grau de independência que o Brasil tem em relação ao exterior para obter, sustentar, operar ou desativar uma capacidade” (Instruções, Dicionário de Termos e Siglas, p. 3).

pelo MDIC o que até o momento não ocorreu³⁷. A DPP consiste, conforme o decreto, em um documento que especifica a manufatura ou o desenvolvimento de PRODE ou de SD nacional, mensurado de acordo com as apropriações de custos e o desenvolvimento, e a inovação tecnológica, realizados no País (Decreto nº 7.970/2013, art. 7º, § 2º). A consistência tanto da DPP quanto da DCN poderão ser averiguadas, quando for necessário, pelo MD em articulação com o MDIC e com o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).

Se o tipo do produto for bem, deverá ser fornecido o seu NBE/NSN, todavia caso este ainda não tenha sido catalogado e não possua NBE/NSN, surgirá a pendência P7 que será preenchida com o envio para uma COA ou Agência de Catalogação dos dados técnicos requeridos no processo de catalogação. O órgão recipiente emitirá uma certidão de entrega dos dados e esta certidão deverá ser levada ao CECAFA para validação por este órgão. Após a validação, o CECAFA retirará a pendência P7.

2.6 Compensação, Acordo de Compensação e Plano de Compensação

A compensação ou *offset* é uma prática comum na indústria aeroespacial e de defesa para importação de bens ou serviços³⁸. Segundo a definição legal compensação é: *toda e qualquer prática acordada entre as partes, como condição para a compra ou contratação de bens, serviços ou tecnologia, com a intenção de gerar benefícios de natureza tecnológica, industrial ou comercial, conforme definido pelo Ministério da Defe-*

³⁷ Na ata da 4ª reunião da CMID, de 30 de outubro de 2013, discutiu-se a regulamentação que o MDIC elaboraria para a emissão de DPP. Na ocasião, a Secretária de Desenvolvimento da Produção do MDIC ressaltou que o processo precisava de ajustes na parte jurídica do MDIC e da aprovação do ministro. Ressaltou também que a elaboração da regulamentação requer o aprofundamento por um Grupo de Trabalho Interministerial, para que sejam estabelecidos os critérios de avaliação do conteúdo nacional, uma vez que existem diversas metodologias e seria importante harmonizar entendimentos para a escolha da melhor metodologia a ser adotada.

³⁸ Conforme José Augusto Crepaldi Affonso, presidente da Comissão Coordenadora do Programa Aeronave de Combate (COPAC) e especialista em *offset*: “O uso de compensações tem se mostrado uma prática comum nas negociações mundiais, seja nas aquisições de caráter civil (*offset* civil) ou na aquisição, no desenvolvimento e na modernização de equipamentos de defesa, notadamente na área aeroespacial (*offset* de defesa). Atualmente, quase todos os importadores de produtos de defesa têm exigido algum tipo de compensação. Essas compensações são exigidas por uma variedade de razões: para aliviar o ônus das aquisições do setor de defesa em sua economia, para aumentar ou preservar o emprego doméstico, para obter uma tecnologia ou uma inovação tecnológica desejada, para capacitar e treinar recursos humanos e/ou ainda promover alguns setores industriais específicos de interesse do país importador”. (A política de *offset* da Aeronáutica no âmbito da Estratégia Nacional de Defesa, p. 4).

sa (Lei 12.598/2012, art. 2º, VII)³⁹. Trata-se de uma definição que, enquanto definição legal, remete a uma especificação do seu conteúdo a ser realizada diretamente pela autoridade administrativa, no caso o MD ou o órgão ou entidade contratante.

A disciplina da compensação e de sua prática já existia por força da Portaria nº 764/MD, de 27 de dezembro de 2002⁴⁰, sem uma menção específica em qualquer lei. Essa portaria define a *Política e as Diretrizes de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica*. Conforme a mencionada norma, define-se *offset* ou compensação como:

“toda e qualquer prática compensatória acordada entre as partes, como condição para a importação de bens, serviços e tecnologia, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica e comercial. Esses benefícios poderão ser concretizados na forma de: a) coprodução; b) produção sob licença; c) produção subcontratada; d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica; e) transferência de tecnologia; f) obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução; g) treinamento de recursos humanos; e h) contrapartida comercial”⁴¹.

Posteriormente, surgiu previsão legal da compensação. A prática foi inserida genericamente na Lei nº 8.666/93, por força da Medida Provisória nº 495/2010, convertida na Lei nº 12.349/2010⁴². A regulamentação da compensação no âmbito da Lei nº 8.666/93 se deu pelo Decreto nº 7.546/2011.

³⁹ O *Bureau of Industry and Security* dos EUA define *offset* de modo semelhante, sendo interessante notar que o faz da perspectiva do país exportador: “Offsets are industrial compensation practices that foreign governments or companies require U.S. firms to enter into as a condition of purchase in either government-to-government or commercial sales of defense articles and/or defense services as defined by the Arms Export Control Act (22 U.S.C. § 2751, et seq.) and the International Traffic in Arms Regulations (22 C.F.R. §§ 120-130). In defense trade, such industrial compensation can include mandatory coproduction, licensed production, subcontractor production, technology transfer, and foreign investment”. (SIES, FAQs, 13 September, 2011).

⁴⁰ Apesar de não ser um ato normativo recente, segundo informações obtidas junto ao Departamento de Organização e Legislação do Ministério da Defesa (DEORG), não se encontra revogada expressamente por nenhuma outra portaria, também não possui nenhuma alteração posterior devido à outra portaria. Deste modo, caso o texto da Portaria nº 764/2005 não tenha sofrido revogação tácita, o texto vigente é o mesmo publicado no DOU da 1ª Seção, de 31 de dezembro de 2002.

⁴¹ ANEXO II, Conceituações, Compensação (Offset).

⁴² O art. 3º da Lei nº 8.666 de 1993 passou a ter o § 11. Eis a redação: “os 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 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”. O entendimento da compensação no § 11 fica mais aclarado a partir da leitura da Exposição de Motivos Interministerial nº 104/MP/MF/MEC/MCT de 18 de

É interessante observar que a sistemática da compensação na indústria de defesa, em regra, é feita em um contexto de amplo espaço de negociação com os proponentes, esse espaço é a contratação direta por dispensa de licitação. De modo diverso, na Lei nº 8.666/93, a sistemática é de que as propostas compensatórias sejam feitas no âmbito de uma licitação, mormente a concorrência. De certa forma, essa nova sistemática parece ir de encontro ao espírito de negociação que a prática carrega e não seria surpreendente esperar resultados economicamente medíocres ou pouco eficientes da prática dentro do âmbito restrito de uma licitação na modalidade concorrência, pois os licitantes não podem negociar suas propostas, cobrindo propostas uns dos outros, após serem reveladas.

A Lei nº 12.598/2012, ao tratar da compensação, segue a mesma sistemática adotada pela Lei nº 8.666/93, o que é de estranhar pelas mesmas razões já dadas. Parece um desperdício da oportunidade legislativa de produzir uma sistemática sofisticada que admita uma negociação mais ampla, por exemplo, e que já existe, e.g., no sistema europeu de *public procurement* (cfr. id.).

O autor Marçal Justen Filho defende, com base no princípio da isonomia, que a compensação deve ser acolhida como condição à classificação do licitante, não podendo integrar objeto a ser avaliado na proposta⁴³. Apesar deste posicionamento, *data venia*, opõe-se o de que não existem óbices à isonomia e, portanto, não existe ilegalidade caso a medida compensatória seja objeto de avaliação da proposta. A razão é que, ainda que a oportunidade para elaborar a proposta de compensação nos termos do edital seja *one shot*, todos os participantes do certame terão tido iguais oportunidades de formulá-la. Para que a avaliação da proposta de compensação seja objetiva, é claro, assim como a

junho de 2010 que acompanhou a medida provisória: “A compensação de que trata o § 11 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, consiste na faculdade de que os editais de licitação para contratação de bens, serviços e obras exijam que o contratado promova, em favor da Administração Pública, ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológicas, ou de acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal. Este sistema, já adotado por diversos países, objetiva: (i) a ampliação do investimento direto estrangeiro; (ii) o aumento da competitividade e da produtividade da indústria nacional; (iii) o acesso a novas tecnologias e a ampliação do domínio do conhecimento tecnológico; (iv) a abertura de novos mercados; (v) o desenvolvimento da indústria nacional; (vi) o aumento da participação de bens e serviços nacionais no mercado externo; (vii) a promoção do equilíbrio ou superávit da balança comercial”.

⁴³ O autor Marçal Justen Filho defende que: “A medida de compensação não deve ser considerada para fins de avaliação comparativa da vantajosidade das propostas. O ato convocatório deve disciplinar a exigência, impondo-se a desclassificação da proposta que não contemplar a previsão de seu cumprimento. Portanto, caberá considerar a proposta formulada pelo licitante – a qual compreende a execução da prestação principal e da medida de compensação, selecionando-se a que se configurar a mais vantajosa. Quando se tratar de licitação de menor preço, caberá avaliar o menor custo” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2014, p. 121).

avaliação da proposta principal, deverá atender a critérios adequadamente estabelecidos no edital. Se a forma de avaliação for por melhor técnica, dever-se-á considerar uma metodologia de atribuição de valores e notas para as eventuais formas de *offset* que o edital admitir. Nada impede, também que a Administração fixe uma compensação específica que deve ser acolhida no *tudo ou nada* pelo licitante, sob pena de desclassificação.

Apesar da carência de estudos em língua nacional, a portaria é autoexplicativa quanto às formas específicas de compensação, portanto entende-se não ser necessário tecer maiores comentários sob pena de desbordar do bojo da pesquisa. É mais importante mencionar que a praxe da compensação possui metodologia própria.

A metodologia da compensação envolve em primeiro lugar a definição de percentuais do valor contratado que serão compensados como condição para efetuar-se a contratação. O valor desse percentual constituirá o que se chama *obrigação*. Em segundo lugar, requer-se a definição de quais formas de compensação serão admitidas, ex: produção sob licença, coprodução, produção sob subcontrato, transferência de tecnologia etc. Em terceiro, atribui-se a cada uma das formas de compensação um *fator multiplicador* que representa o grau de interesse do contratante naquela espécie de compensação. Por sua vez, esse fator multiplicador que consiste em nada mais do que um índice numérico será multiplicado pelo *valor atual* daquela espécie de compensação. O resultado da multiplicação entre o valor atual do tipo de compensação com o seu fator multiplicador é chamado de *crédito de compensação*. Calculado o crédito de compensação, caso se opte pela compensação a que corresponde, seu valor será abatido do valor total da obrigação na medida do cumprimento da compensação até saldar a obrigação⁴⁴.

⁴⁴ O BIS dá o seguinte exemplo: “A foreign government interested in a specific technology may offer a multiplier of “six” for offset transactions providing access to that technology. A U.S. defense company with a 120 percent offset obligation from a \$1 million sale of defense systems ordinarily would be required to provide technology transfer through an offset equaling \$1.2 million. With a multiplier of six, however, the U.S. company could offer only \$200,000 (actual value) in technology transfer and earn \$1.2 million in credit value, fulfilling its entire offset obligation under the agreement” (Offset Definitions, 21 September, 2011). Para facilitar a compreensão, dá-se o seguinte exemplo que se entende mais completo. Imagine-se que um determinado país queira comprar de uma empresa estrangeira 300 unidades de certo míssil que envolve alta complexidade tecnológica. O contrato principal de aquisição tem um valor de US\$ 200 milhões. O país interessado na aquisição define que só fará a compra, caso sejam compensados 50% desse valor. Deste modo, para a empresa, caso contrate com o país, surge uma ‘obrigação’ de compensação no valor de US\$ 100 milhões. O país define as formas de compensação aceitas como transferência de tecnologia, produção sob licença e investimentos. A cada uma dessas atribui também um fator multiplicador revelando seu interesse. À transferência de tecnologia atribui um fator

Uma vez que a lei define que *os editais e contratos que envolvam importação de Prode ou SD dispõem de regras definidas pelo Ministério da Defesa quanto a acordos de compensação* (Lei nº 12.598/2012, art. 4º, *caput*) é possível concluir que a compensação pode ser aplicada tanto às contratações licitadas quanto às contratações diretas. No caso de *offset* nas contratações diretas, estas gozam do conforto jurídico da derrogação do restritivo procedimento licitatório, permitindo a ampla negociação que, se bem estruturada, não só aumenta as chances de uma contratação mais vantajosa, mas também ocorre sem prejuízos da isonomia e da competitividade.

A Política de Compensação do MD estabelece que as contratações envolvendo importação de produtos de defesa realizadas por qualquer uma das Forças Armadas devem necessariamente possuir um Acordo de Compensação quando o valor da contratação ou conjunto de contratações realizadas com um mesmo contratado no período de um ano seja superior a US\$ 5 milhões (art. 8º). Contudo, a compensação e, por sua vez, o Acordo, são facultativos quando as contratações que envolvam importação tiverem com relação a um mesmo contratado no período de um ano valor inferior ao mencionado (art. 9º). Conforme a portaria, as normas de compensação possuem flexibilidade para sua melhor adequação a cada processo de contratação dadas as especificidades próprias desse tipo de contratação (art. 17, c/c art. 23). É previsto, todavia, que, se caracterizadas a urgência ou relevância da operação e havendo impossibilidade comprovada de realizar a compensação, o MD poderá escolher fazer a importação sem compensá-la (Lei nº 12.598/2012, art. 4º, § 2º)⁴⁵.

4, à produção sob licença um fator 2 e aos investimentos um fator 2. Esses fatores serão multiplicados pelo valor atual de cada forma de compensação, digamos que: US\$ 10 milhões para a transferência de tecnologia, US\$ 20 milhões para a produção sob licença e US\$ 10 milhões para os investimentos. O produto da multiplicação do valor atual de cada espécie de compensação pelo fator multiplicador resultará no valor do crédito de compensação. No caso, teremos que a transferência de tecnologia terá um crédito de compensação de US\$ 40 milhões assim como a produção sob licença, enquanto o investimento proporcionará um crédito de compensação de US\$ 20 milhões. A soma desses créditos de compensação devem alcançar o valor da 'obrigação' estipulada no Acordo de Compensação para saldá-la na medida do cumprimento do Acordo. Para outro exemplo, v. Análise do COMDEFESA – Conceito, Entraves e Possibilidades, 19/07/2012.

⁴⁵ Nem a lei nem sua regulamentação definem formas de comprovar a impossibilidade de realizar a compensação, todavia é plausível entender que a comprovação deve se dar por uma fundamentação no bojo do procedimento administrativo de aquisição que atenda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e.g., caso haja não seja possível coligir material que demonstre negociações fracassadas, mas seja possível demonstrar que dada a exiguidade do tempo para satisfazer uma necessidade relevante do objeto da contratação a realização de negociações para compensação não seria possível em ordem à obtenção de resultados satisfatórios e que, portanto mais adequado é fazer a importação sem a compensação. Em última análise, portanto, a comprovação mencionada é, na verdade, a intenção de efetivar o princípio da motivação administrativa: “enunciar expressamente as razões de fato e de direito

As Forças Singulares devem possuir normas específicas e órgãos responsáveis pela efetivação da Política de Compensação no seu âmbito. Na Força Aérea, os atos normativos sobre compensação são a DCA 360-1, aprovada pela Portaria nº 1.345/GC4, de 11 de dezembro de 2005, que veicula a *Política e Estratégia de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica da Aeronáutica* e a ICA 360-1, aprovada pela Portaria nº 1.397/GC4, de 13 de dezembro de 2005, que veicula os *Preceitos para a Negociação de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica na Aeronáutica*. No Exército, as normas de compensação são veiculadas pela Portaria nº 201/EME, de 26 de dezembro de 2011 que *aprova as Normas para Gestão de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica no Exército Brasileiro*. Na Marinha, as normas sobre compensação estão contidas no SGM-102, aprovado por ato não numerado do Secretário Geral da Marinha de 18 de agosto de 2008, que veicula as *Normas Sobre Licitações, Acordos e Atos Administrativos (NOLAM)* e no anexo 7 da Portaria nº 59/CM, 18 de fevereiro de 2010, que veicula as *Diretrizes para a Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica da Marinha*.

A compensação é uma prática que pode ser veiculada por diferentes instrumentos jurídicos de ajuste de vontades. A lei abarca genericamente os instrumentos possíveis sob a terminologia do chamado Acordo de Compensação, definido como o *instrumento legal que formaliza o compromisso e as obrigações do fornecedor para compensar as compras ou contratações realizadas* (Lei nº 12.598/2012, art. 2º, VIII). O acordo pode vir: (i) insito em uma cláusula do contrato cujo objeto principal envolva o produto de defesa; (ii) em um instrumento específico na forma de um contrato acessório ao da contratação principal⁴⁶; (iii) pode vir, também, na forma de um Acordo de Cooperação

que autorizam ou determinam a prática de um ato jurídico”. (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Curso de Direito Administrativo, 2014, p. 98-99).

⁴⁶ Um exemplo de *offset agreement* realizado em instrumento próprio é o firmado em 14/11/2013 entre a Rockwell Collins e o Departamento de Ciência e Tecnologia da Aeronáutica (DCTA) e a COPAC no âmbito do desenvolvimento do KC-390. Segue o respectivo extrato do instrumento, conforme publicado no DOU: “Nº Processo: PAG 67701.025672/2012-43. Espécie: Acordo de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica. Contratante: A União, Ministério da Defesa, por intermédio do Comando da Aeronáutica-COMAER, representado pelo Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial – DCTA e pela Comissão Coordenadora do Programa Aeronave de Combate- COPAC. Contratada: ROCKWELL COLLINS INC. Nº do Contrato Associado: Contrato nº 001/DCTA – COPAC/11. Finalidade: Estabelecer as responsabilidades das partes envolvidas no Acordo, para a concretização dos diversos Projetos de Compensação, os quais integrarão o Plano de Aplicação de Compensação vinculado ao Contrato Associado, firmado para o fornecimento dos Sistemas Categoria Estratégica, necessários ao desenvolvimento da Aeronave KC-X*. Amparo Legal: Lei nº 8.666/93 e suas alterações, Lei 12.598/12, e demais normas que regulam a matéria. Valor do Acordo: US\$ 138,224,000.00. Data de assinatura: 14 de novembro de 2013. Vigência: 31 de dezembro de 2036”. (DOU, Seção 3, 21 de novembro de 2013, p. 21).

Industrial e Tecnológica (Portaria Normativa/MD nº 764/2002, ANEXO II, CONCEITUAÇÕES). O Acordo de Cooperação Industrial e Tecnológica é espécie de tratado internacional⁴⁷.

Por fim, como não é raro que dentro de um mesmo projeto a compensação seja veiculada por uma pluralidade de contratos ou Acordos de Compensação, os compromissos de compensação devem ser formalizado pelo que a lei chama de Plano de Compensação⁴⁸. O Plano de Compensação tem por finalidade funcionar como um instrumento de gerenciamento global dos diversos contratos e Acordos de Compensação de um projeto, de modo a facilitar o controle do adimplemento da compensação. O Plano de Compensação já era previsto na portaria com o nome de Plano de Aplicação de Compensação, sendo para todos os fins, a mesma coisa. O documento deve conter *os títulos das transações de compensação autorizadas, o montante de cada transação, os órgãos governamentais e as indústrias envolvidas* (Portaria Normativa/MD nº 764/2002, ANEXO II, CONCEITUAÇÕES) e *explicitar o objeto da compensação, o cronograma e o detalhamento de possível inovação* (Lei nº 12.598/2012, art. 4º, § 1º).

2.7 Continuidade produtiva e transferência de direitos de propriedade industrial

As contratações envolvendo PED e SD exigem que os editais contenham cláusulas sobre continuidade produtiva e sobre transferência de direitos de propriedade indus-

⁴⁷ A exemplo dos que o Brasil possui com a França, a Suécia e com a Itália. Respectivamente, promulgados pelo Decreto nº 98.345, de 30 de outubro de 1989 e pelo Decreto nº 3.046, de 5 de maio de 1999, com a ressalva de serem nos casos protocolos de intenção.

⁴⁸ Sobre a pluralidade de contratos, o TCU faz a seguinte observação no bojo do Acórdão nº 2.952/2013, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro: “Embora a Lei 12.598/2012 tenha inovado como marco normativo para as aquisições militares de grande vulto, ela ainda não se mostra suficiente para reger contratações mais complexas, as quais adotam, por exemplo, engenharia contratual que se apresenta na forma de um contrato principal que se desdobra em outros contratos à medida que o projeto avança, havendo interconexões entre os vários ajustes sem que, necessariamente, se caracterizem em subcontratações”. E recomenda acertadamente ao MD que avalie: “em articulação com a Casa Civil da Presidência da República e com a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, a necessidade de promover avanços no marco regulatório das aquisições do setor de Defesa, a fim de conferir maior segurança jurídica aos contratos celebrados pelos Comandos Militares e permitir desenhos contratuais mais adequados à complexidade das relações entre fornecedores, beneficiários de transações de offset, governo e outros intervenientes”. (Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública, Transferência de Tecnologia - Programa de Desenvolvimento de Submarinos (Prosub) e Projeto H-XBR: sumário executivo, 2014).

trial (Lei nº 12.598/2012, art. 3º, § 2º, I e II). As ED e EED ao participarem de licitação envolvendo PED deverão fornecer em favor do Poder Público garantias executáveis caso haja: (i) descontinuidade da produção de um PED; ou (ii) encerramento da pessoa jurídica relativa à área estratégica de defesa, sem sucessor equivalente que garanta a sua perenidade (Decreto nº 7.970/2013, art. 9º, *caput*). O propósito dessas garantias é assegurar a continuidade das capacitações tecnológicas e produtivas no País, para que não haja dependência de fornecedores e tecnologias sob domínio de estrangeiros.

Oferece-se um rol exemplificativo de garantias: transferência à União, quando requisitado, da tecnologia relacionada aos PED (art. 9º, I); disponibilização da capacidade tecnológica e produtiva para outras EED (art. 9º, II); autorização da produção, sob licença, por outras EED (art. 9º, III); transferência da propriedade intelectual (art. 9º, IV); ressarcimento dos investimentos realizados pela União (art. 9º, V); e apresentação de garantias reais (art. 9º, VI).

Entende-se que a escolha do tipo de garantia está sujeita à discricionariedade do órgão contratante devendo ser fixada no edital e no contrato ou no contrato somente – caso de uma contratação direta –, conforme seja mais adequado no caso concreto optar por um tipo ou outro de garantia.

Uma nota importante a respeito das garantias é que algumas das que foram arroladas no decreto consistem em obrigações de natureza pessoal (disponibilizar capacidade produtiva e ressarcimento de investimentos) com exceção das garantias reais⁴⁹ e de

⁴⁹ Sobre a diferença entre os direitos obrigacionais pessoais e os direitos reais, o mestre Caio Mário leciona: “Assentado que a relação jurídico-real cria a *facultas*, que o titular exerce contra quem quer que o moleste, e opõe-na à generalidade anônima dos indivíduos, tendo por objeto uma coisa especificamente, suas características ressaltam, tais como a teoria realista, sem que a diversidade temática lhes ponha óbices: 1. O direito real é oponível *erga omnes*, enquanto o direito de crédito o é a um sujeito passivo determinado. 2. O objeto do direito real é sempre determinado, ao passo que o do direito de crédito basta seja determinável. 3. O *ius in re* exige a existência atual da coisa, em contraposição ao *ius ad personam*, compatível com a sua futuridade. 4. O direito real é exclusivo, no sentido de que se não compadece com a pluralidade de sujeitos com iguais direitos. 5. O direito real adquire-se por usucapião, ao passo que os direitos de crédito não suportam este modo de aquisição. 6. Os direitos de crédito extinguem-se pela inércia do sujeito, ao passo que os reais conservam-se, não obstante a falta de exercício, até que se constitua uma situação contrária, em proveito de outro titular. 7. Os direitos reais são providos da prerrogativa de acompanharem a coisa (ambulatoriedade), autorizando o titular a exercê-los contra quem quer que com ela se encontre (sequela). 8. O titular do direito real tem a faculdade de receber privilegiadamente em caso de falência ou concurso creditório, sem se sujeitar ao rateio, cabendo-lhe, dentro dos limites de seu crédito, embolsar o produto da venda da coisa gravada (preferência). 9. O titular de um direito real, que não possa mais suportar seus encargos, tem a faculdade de abandoná-lo, o que não cabe no tocante aos direitos de crédito. 10. Os *iura in re* são suscetíveis de posse, os de crédito não são”. (Instituições de Direito Civil, Vol. IV, Direitos Reais, 2012, p. 4).

propriedade intelectual⁵⁰ (penhor, hipoteca, anticrese, alienação fiduciária e produção sob licença, transferência da propriedade intelectual). Deste modo, uma vez ocorrida a hipótese de execução da garantia, a descontinuidade produtiva, é possível que o particular opte pelo caminho da resolução por perdas e danos recusando-se a adimplir a obrigação objeto da garantia. Portanto, a escolha de garantias pessoais pode ter como consequência não gerar desincentivos suficientes para que o particular não deixe de manter sua produção e as capacidades tecnológicas no país.

As cláusulas referentes à transferência de direitos de propriedade industrial a que a legislação se refere são cláusulas contratuais destinadas a efetivar a Política de Propriedade Intelectual do Ministério da Defesa, aprovada pela Portaria Normativa/MD nº 1.888, de 23 de dezembro de 2010. Esta política possui diretrizes tais como a preservação da propriedade intelectual atinente a tecnologias de interesse para a defesa nacional e a sua exploração, e, nesse sentido, busca garantir a continuidade das capacidades tecnológicas dentro do território nacional. Além disso, procura o fortalecimento da BID por meio do fomento da atividade de inovação e do incentivo à participação das Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT) no processo de inovação em parceria com as indústrias nacionais.

Como foi dito, a ICT é um *órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico* (Lei nº 12.598/2012, art. 2º, X). Destaque-se, assim, a necessidade de ser pertencente à Administração Pública. As parcerias entre

⁵⁰ As garantias que envolvam direitos de propriedade intelectual tendem a ser mais dissuasórias do inadimplemento do que as garantias de direitos obrigacionais pessoais, porque tem como atributo tutela semelhante, porém não igual, aos bens incorpóreos, com a correspondente sequela ou direito de proibir e cessar a reprodução ou recriação. Em excelente lição, o especialista Denis Borges Barbosa ensina: “São direitos exclusivos, por exemplo, os chamados direitos reais sobre coisas físicas, cujos predicados de sequela (*jus perseguendi*) e disponibilidade (*jus abutendi*) podem ser explicados pela natureza do direito (absoluto), somadas pelas qualificações naturais do objeto físico (individualizado e atual), consagradas finalmente pelo objetivo da apropriação. [...] Como vimos, certos bens, inclusive e especialmente os produtos da inventiva industrial ou da criação estética, denominados usualmente imateriais, carecem dos atributos das coisas corpóreas, objeto natural dos direitos reais: não são individualizadas e atuais, no sentido de que podem ser reproduzidas ou recriadas por uma outra pessoa, diversa do criador original. As características de não rivalidade e não exclusividade dos bens incorpóreos relativos às criações intelectuais permitem a livre reprodução ou a recriação, que são processos de produzir objetos idênticos, mas diferentes. Quando, através de uma patente ou uma exclusiva autora, o direito assegura a alguém um poder de proibir a reprodução ou recriação, garantem-se a tais bens as qualidades comparáveis às das coisas materiais sujeitas a direito real, fazendo prevalecer a exclusividade do direito mesmo sobre bens idênticos de criação absolutamente autônoma”. (Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo I, 2010. p. 78-79).

o setor privado e as ICT estão reguladas pela Lei nº 10.973/2004. Segundo esta lei, as ICT poderão *celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida* (art. 6º, *caput*). Por sua vez, a Lei nº 8.666/93 estabelece hipótese de dispensa de licitação para essas contratações (art. 24, XXV)⁵¹.

Um dos pontos de relevo da política está na clara orientação de que as ICT devem atuar não só na produção e coprodução de conhecimentos científicos e tecnológicos, mas como agentes disseminadores desses conhecimentos por meio de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento de uso ou exploração de criações protegidas desenvolvidas no seu âmbito. Nesse sentido, as cláusulas de transferência de tecnologia são cláusulas para que o contratado possa receber sob diferentes formatos negociais, o conhecimento e o direito de utilização de propriedade industrial de caráter tecnológico. Não obstante, é possível aventar que possam ser concebidos contratos de Pesquisa & Desenvolvimento (P&D) de PED e SD no qual o contratado some esforços com alguma ICT ou outros particulares para a concepção de inovação. Nesses casos, cláusulas sobre a forma como a propriedade industrial será distribuída e gerida entre os diversos entes envolvidos são de suma importância.

Por fim, anote-se que, desde que em acordo com a Política de Propriedade Intelectual do MD e com a política específica adotada no âmbito da Força Singular de que seja partícipe, o órgão contratante terá discricionariedade para elaborar a cláusula sobre direitos de propriedade industrial conforme mais se adequar aos objetivos da contratação em espécie.

2.8 Poderes administrativos para alteração de PED e para capacitação de terceiros em tecnologia de PED.

⁵¹ A Lei nº 8.666/1993, art. 24, XXV, dispõe que a licitação é dispensável na *na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida*. Observe-se que o Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005, regulamentador da lei das ICT, prevê que na contratação por dispensa de licitação, as ICT deverão ainda assim realizar um procedimento competitivo mínimo para a escolha das empresas com as quais efetivarão o contrato. Fazem parte desse procedimento a publicação de edital com o estabelecimento das condições para a contratação, dentre elas a comprovação da regularidade jurídica, fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, além de outros critérios técnicos desde que objetivos e em ordem a propiciar a contratação mais vantajosa.

Os contratos e editais que envolvam PED e SD devem conter cláusulas que veiculem poderes administrativos para *alteração de PED* e para a *capacitação de terceiros em tecnologia de PED* (Lei nº 12.598/2012, art. 3º, § 2º, III, ‘a’ e ‘b’). Tratam-se de cláusulas exorbitantes que atribuem à Administração poderes específicos que podem envolver tanto em um caso como noutro a alteração unilateral do contrato⁵².

No primeiro caso, é relevante interpretar o que a lei pode querer dizer com *alteração de PED*. Pode-se, em um primeiro momento, entender que se trata do tipo de alteração unilateral do contrato chamada qualitativa e, que, conforme o regime atribuído a este tipo de alteração pela Lei nº 8.666/93 (art. 65, I, ‘a’), só poderá ser realizada no tocante ao projeto ou suas especificações em casos excepcionais para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação. Os casos excepcionais seriam de duas ordens, conforme entende a doutrina majoritária: (i) condições ou eventos existentes ao momento da contratação e desconhecidos das partes e que tenham por consequência impedir a plena consecução de seu objetivo; (ii) condições ou eventos supervenientes à contratação e que tenham por consequência impedir o plena consecução de seu objetivo⁵³.

A doutrina formula esses casos como excepcionais para que a alteração unilateral qualitativa do objeto contratual não se dê à revelia do princípio licitatório e da iso-

⁵² Em distinta lição com esteio na doutrina estrangeira, Hely Lopes Meirelles define as cláusulas exorbitantes como: “(...) as que excedem do Direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto, a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam “la marque du Droit Public”, uma vez que, como observa Laubadère: “C’est en effect la présence de telles clauses dans un contrat que est le criterè par excellence de son caractère administratif”. (Direito Administrativo Brasileiro, 2013. p. 225-226).

⁵³ Como exemplo desse entendimento, cite-se o magistério de Marçal Justen Filho: “A melhor adequação técnica do projeto adotado para a licitação e em que se fundou a proposta selecionada como vencedora supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. (...) A hipótese da alínea a compreende as situações em que se constata supervenientemente a inadequação da concepção original, em que se fundara a contratação. Tal pode verificar-se em vista de eventos supervenientes. Assim, por exemplo, considere-se a hipótese de descoberta científica, que evidencia a necessidade de inovação para ampliar ou assegurar a utilidade inicialmente cogitada pela Administração. Também se admite a incidência do dispositivo para respaldar modificações derivadas de situações preexistentes, mas desconhecidas por parte dos interessados. O grande exemplo é o das “sujeições imprevistas”, expressão clássica no Direito francês e que indica eventos da natureza ou fora do controle dos seres humanos, existentes por ocasião da contratação, mas cuja revelação se verifica apenas por ocasião da execução da prestação”. (Op. Cit., 2014, p. 1006).

nomia de modo a criar situações em que um objeto contratual seja adjudicado a uma empresa, para depois ser alterado em benefício da adjudicada e prejuízo da Administração, quando outras empresas poderiam ter oferecido propostas mais vantajosas no caso do objeto tal qual configurado após a alteração. Não obstante, a circunscrição do *ius variandi* a estes casos, ao invés da simples revogação e reinício de outro procedimento contratual se dá pela razão óbvia de que a sua proibição geraria prejuízos de ordem econômica maiores do que o reaproveitamento do contrato com os devidos ajustes e de que, ao mesmo tempo, incorreria no risco do perecimento de interesses públicos.

Seguindo o esteio de que a *alteração de PED* deva seguir a doutrina consolidada em torno das alterações unilaterais qualitativas no âmbito da Lei nº 8.666/93, deve-se tomar em conta a preocupação que o doutrinador Joel de Menezes Niebuhr expressa com o que chama de princípio da identidade do objeto. Segundo este princípio, as alterações qualitativas existem com o propósito único de adequar o objeto contratado à melhor satisfação do interesse público sendo, pois, limites ao poder de alteração a mudança da natureza ou funcionalidades básicas do objeto⁵⁴. Ademais, o mesmo autor ressalta a importância de, na omissão legal de parâmetros mais sólidos além da adequação do objeto, da motivação do ato administrativo alterador com base nos princípios que regem a ordem administrativa, são eles: a proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, economicidade, finalidade e atendimento ao interesse público⁵⁵.

⁵⁴ Deste modo, afirma: "(...) ainda que alterações contratuais sejam permitidas, elas são sempre limitadas. A mutabilidade do objeto do contrato é princípio que serve a possibilitar a adequação dele às novas demandas do interesse público. O ponto-chave reside na palavra adequação. A alteração presta-se a promover adequações, não a transformar o objeto do contrato noutra, com funcionalidade diferente. Portanto, ainda que se possa alterar o objeto do contrato, deve-se preservar a sua identidade. A alteração do objeto de contrato não pode tocar à funcionalidade básica dele. Noutras palavras, a finalidade da contratação ou a demanda a ser atendida por ela devem ser as mesmas, não podem ser o foco de alteração. A alteração adapta dado objeto, não o transforma em coisa diferente". (Licitação Pública e Contrato Administrativo, 2013, p. 862).

⁵⁵ Eis o que assevera: "Muito embora seja permitido promover alteração qualitativa em percentagem superior à delineada nos parágrafos § 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, é fundamental que se erga algum parâmetro, algum limite. Ante a omissão do legislador, ao intérprete cabe recorrer aos princípios regentes do Direito Administrativo, como os da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, economicidade, finalidade, etc. Melhor seria se o legislador tivesse enfeixado limites expressos, porém, na falta deles, os princípios oferecem-se como subsídio precioso para que se possa realizar alguma espécie de controle e obstar atos abusivos. O problema é que os princípios permitem uma pluralidade de entendimentos e de interpretações, já que devem ser ponderados de acordo com as especificidades de cada caso. Quer dizer que os princípios oferecem limites, mas não de forma suficiente e adequada, dado que abrem flancos a deturpações muitas vezes escondidas atrás do véu da subjetividade inerente à sua aplicação. [...] todas as alterações qualitativas devem ter por escopo o atendimento ao interesse público. Mais do que isso, é necessário demonstrar que o interesse público seria desatendido se a Administração fosse impedida de realizar o aditivo. Nessa linha, os agentes administrativos devem motivar o ato que

Ainda sobre as alterações unilaterais qualitativas, a doutrina dominante entende com forte fundamento em interpretação literal e gramatical dos dispositivos legais que os limites desse tipo alteração não se cingem às restrições de caráter percentual sobre valor contratado (25% nos acréscimos e supressões de bens e serviços e 50% nos acréscimos e supressões de obras e reformas) como ocorre nas alterações unilaterais quantitativas⁵⁶. Todavia, a jurisprudência do TCU possui julgados que definem o contrário, atribuindo às alterações qualitativas unilaterais os limites das quantitativas e permitindo o extravasamento desses limites apenas em alterações qualitativas bilaterais se e somente quando preenchidos os requisitos que define. Esse entendimento está firmado sobretudo na Decisão nº 215/1999, frequentemente citada em outros acórdãos⁵⁷.

promove aditivo qualitativo, indicando os prejuízos que seriam suportados pela Administração caso esse aditivo não pudesse ser realizado. Esses prejuízos devem ser fortes o bastante para justificar o aditamento contratual” (Idem, 2013, p. 869).

⁵⁶ A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello é muito enfático em talhar uma interpretação concisa dos dispositivos legais que carregam a norma: “Note-se que a vedação contida no § 2º do art. 65 da Lei 8.666 - a de exceder os 25 ou 50% - está reportada tão somente à alteração unilateral a que se remete a letra “b” do inciso I (“quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei”, os quais estão fixados no § 1º). Não diz respeito, pois, ao que está mencionado na letra “a” (“modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos”). De fato, o § 2º do art. 65 (que declara inaceitáveis quaisquer acréscimos ou supressões excedentes dos limites fixados) remete expressamente ao parágrafo anterior. Ora, neste, ou seja, no § 1º, está estabelecido que o contratado fica obrigado a aceitar acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras até 25% ou, no caso de reforma, 50%. Portanto, ambos os parágrafos(1º e 2º) estão reportados a “acrécimo” ou “diminuição”: expressões idênticas ou equivalentes às utilizadas na letra “b” do art. 65, I (“acrécimo ou diminuição”), que é o que trata de alteração de quantitativos. Demais disto, é também nesta letra “b” – e unicamente nela – que se faz referência a “nos limites permitidos por esta lei” – expressão que inexistente na letra “a” (que trata de “modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos”). Esta inclusão dos limites em uma e exclusão em outra não pode ser desconsiderada”. (Curso de Direito Administrativo, 2013, p. 638-639).

⁵⁷ Tome por exemplo o Acórdão nº 2.049/2014, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz “A Decisão 215/1999 - Plenário, desta corte, esclareceu que “nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionálissimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea a, supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.” Outros julgados recentes remetem à Decisão nº 215/1999: Acórdão nº

Interpretar a *alteração de PED* conforme os ditames da Lei nº 8.666/93 para as alterações unilaterais qualitativas teria, contudo, a consequência de esvaziar de significado a sua previsão no texto da Lei nº 12.598/2012. Trocando em miúdos, seria o mesmo que não ter a disposição escrita.

É possível, todavia, outra interpretação de cunho não restritivo e que não tornaria letra morta a previsão em norma especial de uma cláusula exorbitante de alteração de PED. Essa outra interpretação deveria levar em consideração a natureza de contratos de P&D de tecnologia nos quais, em geral, o escopo sofre de uma variabilidade intrínseca em função dos resultados que são obtidos com o decorrer dos trabalhos. Essa variabilidade pode surgir sob diferentes formas. Como são contratos cujo resultado normalmente não é previsível *ab initio* os custos de sua implementação assim como o seu termo podem variar gerando o que se costuma chamar em doutrina estrangeira de *cost e time overrun*, ou seja, os custos do projeto sobem acima do originalmente planejado ou o projeto tem que sofrer aditivos temporais. Por outro lado, eventualmente, pode-se descobrir que a aplicação prática previamente planejada para determinada tecnologia pode variar a depender se os resultados da pesquisa e do desenvolvimento serão ou não satisfeitos. É possível que a pesquisa chegue a resultados e ao desenvolvimento de inovações, mas que, todavia, não sejam úteis aos objetivos iniciais, sem prejuízo de que sejam úteis a outros objetivos⁵⁸.

Com essas características próprias da tipologia contratual de P&D, é razoável que as cláusulas exorbitantes específicas para alteração de PED sejam interpretadas de modo mais extensivo do que em geral são interpretadas as cláusulas exorbitantes gerais de alteração unilateral qualitativa da Lei nº 8.666/93. Em todo caso, uma alteração unilateral do contrato da espécie deve ser feita com muito mais razão sobre sólidos fundamentos que demonstrem a razoabilidade e proporcionalidade da alteração e demais aspectos correlacionados aos já mencionados interesse público, economicidade e finalidade, sob pena de, aumentando o risco de variabilidade do contrato, elevar o seu preço desnecessariamente.

1.067/2014, Plenário, Walton Alencar Rodrigues, Acórdão nº 3.024/2013, Plenário, Benjamin Zymler, Acórdão nº 2.787/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

⁵⁸ A título de exemplificação, v.e.g. a pesquisa *Cost and time overruns in Major Defense Acquisition Programs (MDAPs)* do Center for Strategic and International Studies dos EUA, feita em 2011, trata com minúcia dessa problemática com base no estudo de caso de 104 projetos. Outro dado interessante sobre o *cost overrun* e a alterabilidade dos contratos de P&D na área de TI é dado pelo Standish Group International, no seu CHAOS report de 2004.

Por fim, é importante destacar que a previsão desses poderes administrativos sem uma definição precisa, atribui sua especificação à discricionariedade da Administração. Portanto, o conteúdo desses poderes administrativos deve ser delimitado exaustivamente no contrato e no edital, servindo estes de *lex inter partes*⁵⁹. É importante que sejam definidos exaustivamente para que não se criem situações de insegurança jurídica, aumentando o risco da contratação e, conseqüentemente, elevando os custos da mesma.

2.9 Condições de financiamento como critério de seleção da proposta

A Lei nº 8.666/93, originalmente, na sessão sobre a contratação de obras e serviços, vedou a inclusão de condições de financiamento no objeto da licitação, exceto nas contratações de concessão, segundo o regime legal específico destas (art. 7º, § 3º). Relativamente às compras de bens, o mesmo diploma não restringiu a aquisição financeira, entendimento este confirmado pela jurisprudência do STJ (RMS nº 6.597/MS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, DJ 14/04/1997)⁶⁰. Existia, entretanto, controvérsia doutrinária sobre a questão de se admitir a obtenção de recursos financeiros nas contratações diretas de obras e serviços seja por inexigibilidade seja por dispensa. Isso ocorria em razão do disposto no § 9º do próprio art. 7º⁶¹.

Alguns argumentavam que a finalidade da vedação inscrita no art. 7º, § 3º, era garantir a isonomia entre os licitantes, impedindo que aqueles que tivessem melhores condições de obter financiamento fossem preferidos em detrimento dos que não tives-

⁵⁹ Alguns autores, entre eles notavelmente Diogo de Figueiredo Moreira Neto, se posicionam contrariamente à expansão das cláusulas exorbitantes e ao desnivelamento entre parte pública e privada no âmbito contratual. Para eles, por diferentes razões, as cláusulas exorbitantes não proporcionam melhores condições de atendimento do interesse público segundo a gama de princípios existentes no ordenamento e pelo aumento dos custos de transação. Por essa razão dão ênfase à consensualidade mais do que à unilateralidade das alterações contratuais administrativas e vislumbram uma tendência natural pela mitigação das exorbitâncias. (cfr. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas, 2008, p. 571-592). Está-se de acordo com esse posicionamento, todavia entende-se que, se existe algum espaço mais amplo a justificar os poderes exorbitantes, é nas contratações de defesa, desde que, como dito, se faça exaustivamente a sua delimitação.

⁶⁰ Sobre as compras financiadas, o STJ entendeu da seguinte forma: “A vedação contida na regra prevista no parágrafo 3º do art.7 da lei 8.666/93 está na seção pertinente a obras e serviços e não se aplica às licitações para compras, disciplinadas na seção V. Tratando (a hipótese dos autos) de licitação pertinente a compras de materiais e equipamentos destinados a entidade hospitalar, a previsão de financiamento é perfeitamente legal, desde que haja recurso orçamentário para tanto”.

⁶¹ O dispositivo tem o seguinte teor: *O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.*

sem⁶². Não obstante, se essa argumentação nunca fez muito sentido com relação às compras, muito menos quando se tratava de contratações de grande vulto como é o caso sempre das concessões de serviços públicos e Parcerias Público-Privadas. Outros autores, dentre eles Jessé Torres Pereira Júnior, comentavam que a vedação tinha outro fundamento além da isonomia, que era impedir a realização de contratações em fraude às normas orçamentárias que vinculam a abertura de licitação à previsão dos créditos orçamentários correspondentes. Este último argumento, todavia, também não merecia prosperar, principalmente porque os desembolsos poderiam muito bem estar previstos no plano plurianual e na proposta orçamentária do órgão contratante⁶³.

No âmbito das contratações de defesa, o Tribunal de Contas da União ao julgar o processo de contratação do SIVAM manifestou o entendimento de que seria admissível a inclusão de condições de financiamento uma vez que, em se tratando de processo de seleção baseado na dispensa, não haveria prejuízo para a isonomia e uma vez que os recursos orçamentários já estavam devidamente contemplados no plano plurianual e na proposta orçamentária da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (Decisão nº 806/1996, Plenário, Relator Ministro Adhemar Paladini Ghisi). Com este precedente, o TCU já admitia a contratação financiada no setor de defesa quando por meio de dispensa e, por extensão da linha argumentativa, também por meio de inexistência.

Com a edição da Lei nº 12.349/2010 que adicionou o § 11 ao art. 3º à Lei nº 8.666/93, surgiu disposição contraditória no âmbito desta lei, pois o § 11 estabeleceu amplamente que editais de bens, serviços e obras poderiam estabelecer, mediante prévia justificativa, acesso a condições vantajosas de financiamento como condição para a contratação. Marçal Justen Filho propõe que a norma do § 11 seja compatibilizada com a norma anterior que vedava o financiamento para serviços e obras e, nesse sentido, interpreta que a contratação financiada seria admissível no caso de produtos que são vendidos com propostas conjugadas de financiamento⁶⁴. *Data venia*, parece que a adoção

⁶² É o que relata Jessé Torres Pereira Júnior citando a Decisão nº 910/1999, Plenário, do TCU (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 2009, p. 144).

⁶³ Como aliás é exigido pela legislação financeiro-orçamentária (LRF, art. 29, III, c/c art. 32, § 1º, I e LGO, art. 3º, *caput*, c/c art. 57).

⁶⁴ Assim leciona: “O art. 7º, § 3º, da Lei 8.666/1993 veda que o edital estabeleça a obrigação do particular de obtenção de financiamento em favor da Administração Pública para o pagamento do preço. Essa regra deve ser compatibilizada com o disposto no § 11. A solução reside em que determinados produtos são ofertados no mercado com uma proposta conjugada de financiamento. Essa solução não é incompatível”.

desta interpretação iria de encontro com a finalidade do § 11 que é, exatamente, de viabilizar contratações, mormente da prestação de serviços e execução de obras, que se estendam por longo prazo ou sejam de grande vulto e complexidade, nas quais, faz sentido, para a obtenção da proposta mais vantajosa que a responsabilidade por obtenção de recursos financeiros seja do ente privado. Essa interpretação terminaria em verdade tornando o texto do § 11 letra morta, uma vez que as compras financiadas já são admitidas pela legislação e confirmadas pela jurisprudência.

Assim sendo, uma vez que as normas contidas em ambos os dispositivos são contraditórias, faz mais sentido aplicar o princípio geral do direito *lex posterior derogat legi priori*. Tendo o § 11 do art. 3º entrado no ordenamento com a entrada em vigor da Lei nº 12.349/2010, portanto, posterior à entrada em vigor do § 3º do art. 7º, o raciocínio jurídico é de que aquele derogou este e, portanto, vale a norma mais recente de que é possível exigir condições vantajosas de financiamento para bens, obras e serviços, desde que previamente justificadas pela autoridade competente.

Esta é a interpretação que soa mais adequada do ponto de vista da dimensão legal. Todavia, o Decreto nº 7.546/2011 ao regulamentar a norma remeteu a aplicação do §11 à observância do § 3º do art. 7º. Como o decreto tem por objetivo orientar a aplicação da norma pela Administração, está na discricionariedade da autoridade executiva a escolha de como se dará o exercício da faculdade da contratação financiada. Nesse sentido, se a norma legal dá a faculdade da contratação financiada para serviços e obras, o ato administrativo regulamentar poderá optar pelo não uso desta faculdade ou sua restrição.

Com a sanção da Lei nº 12.598/2012, a controvérsia doutrinária e a opção discricionária regulamentadora de restringir a contratação financiada perdem sentido nas licitações de defesa e deixam de ter qualquer importância, pois a lei permitiu expressamente que condições de financiamento fossem utilizadas como critério de seleção nas contratações de PRODE (art. 3º, § 3º). Lembrando que o conceito de PRODE é amplo e abrange obras, serviços e bens, assim como informações, desde que sejam classificados como produtos de defesa.

tível com a vedação do art. 7º, § 3º, que se destina a impedir práticas reprováveis, que mascaram o pagamento de comissões a terceiros.” (op. Cit. 2014, p. 121).

2.10 Segregação de área reservada

A autoridade contratante no edital ou no contrato tem a faculdade de prever a *segregação de área reservada para pesquisa, projeto, desenvolvimento, produção ou industrialização de Prode ou SD nas contratações de defesa, por envolverem matéria de segurança nacional* (Lei 12.598/2012, art. 3º, § 5º). Não há na exposição de motivos que acompanhou a Medida Provisória nº 544/2011 maiores explicações sobre o que exatamente vem a ser *segregação de área reservada* nem há detalhamento desta disposição no decreto regulamentar. Não obstante, é possível entender que a lei quis utilizar essa terminologia em sentido próximo ao que é empregado na legislação alfandegária para determinar o que se chama de segregação e proteção física dos locais e recintos alfandegados⁶⁵. Essa segregação consiste na efetivação de condições técnicas e operacionais que garantam a integridade física das mercadorias destinadas à importação e exportação assim como a adequada realização das atividades aduaneiras tais quais a cobrança de tributos e a fiscalização do comércio exterior⁶⁶. Deste modo o acesso restrito a autoridades e terceiros credenciados, o controle sobre este acesso, assim como as condições físicas de isolamento do perímetro são determinações que caracterizam a segregação de locais e recintos alfandegados.

No caso das contratações de defesa, a segregação de áreas reservadas para as atividades de pesquisa, elaboração de projeto, desenvolvimento, produção ou industrialização não deve ser interpretada de outra forma senão a de determinações técnicas e operacionais que garantam a adequada execução das atividades mencionadas. Essas medidas técnicas e operacionais podem ser da ordem do isolamento físico do perímetro por diferentes tipos de barreiras, muros, paredes, blindagens etc. Ou da ordem do acesso controlado a autoridades e terceiros credenciados, como credenciais específicas, senhas,

⁶⁵ Essa terminologia é encontrada na Lei nº 12.350/2010, em seu art. 34: *compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil definir os requisitos técnicos e operacionais para o alfandegamento dos locais e recintos onde ocorram, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial, bagagem de viajantes procedentes do exterior, ou a ele destinados, e remessas postais internacionais. § 1º Na definição dos requisitos técnicos e operacionais de que trata o caput, a Secretaria da Receita Federal do Brasil deverá estabelecer: I - a segregação e a proteção física da área do local ou recinto, inclusive entre as áreas de armazenagem de mercadorias ou bens para exportação, para importação ou para regime aduaneiro especial.*

⁶⁶ É o que se depreende da Portaria/RFB nº 3.518, de 30 de setembro de 2011, que *estabelece requisitos e procedimentos para o alfandegamento de locais e recintos.*

biometrias etc. Tudo segundo os níveis de acesso às informações classificadas envolvidas.

A segregação faz sentido ao se considerar que estas atividades em geral envolvem informações classificadas que, dado o grau de classificação, podem requerer segregação até mesmo dentro de uma estrutura que já possua controle de acesso, gerando um escalonamento de segregações para maior proteção do seu conteúdo.

Com a simples previsão da faculdade de segregar áreas reservadas, a lei dá ao administrador ampla discricionariedade para definir os parâmetros de segregação mais adequados ao tipo de atividade, projeto e informações envolvidas.

2.11 Percentual mínimo de agregação de conteúdo nacional

Podem ser estabelecidos percentuais mínimos de agregação de conteúdo nacional no edital e no contrato como condição para a contratação de PRODE e SD (Lei nº 12.598/2012, art. 3º, § 6º). O cálculo do percentual deverá ser realizado com base em metodologia objetiva descrita no instrumento convocatório ou contratual para que eventuais contratantes concorrentes sejam tratados isonomicamente. Não obstante, o mesmo vale para as contratações diretas de modo a não gerar prejuízo ao princípio da lealdade e da moralidade administrativa. A definição de percentuais mínimos faz parte de uma política de aquisições que promova a nacionalização dos produtos e incentive a produção em território nacional. Mesmo quando se tratar de empresas estrangeiras em contratações de defesa, a definição de percentuais tem o condão de incentivar a subcontratação de empresas brasileiras para etapas de produção e desenvolvimento.

2.12 Concessão administrativa no setor de defesa

A Lei nº 12.598/2012 lembrou especificamente da alternativa de contratação por meio de concessões administrativas (art. 5º), uma das modalidades de Parceria Público-Privada (PPP), de que trata a Lei nº 11.079/2004. Ficou expressamente admitida, assim, a realização de PPP no setor de defesa, o que, aliás, está em linha com a prática interna-

cional⁶⁷. Todavia, faça-se a anotação de que existe na legislação brasileira um conceito estrito de PPP, o qual não se confunde com a expressão *public-private partnership* muito frequentemente utilizada na literatura estrangeira para qualquer tipo de arranjo ou parceria de longo prazo entre o setor público e o setor privado. No Brasil, PPP se refere a dois tipos específicos de contrato: concessão patrocinada e concessão administrativa.

O tipo contratual de PPP aplicável ao setor de defesa é a concessão administrativa, cuja definição é 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* (Lei nº 11.079/04, art. 2º, § 2º). A primeira característica a se destacar é que esse tipo de contrato tem a natureza de *prestação de serviços*. Usualmente, no entanto, é precedido de algum investimento de monta por parte do parceiro privado, seja no desenvolvimento de um ativo específico a ser explorado na prestação dos serviços objeto da PPP, ou ainda na formação de recursos humanos e desenvolvimento de uma tecnologia ou produto. De qualquer forma, o contrato de PPP não pode ser reduzido a um simples contrato de construção de obra, ou de fornecimento de equipamento, ou ainda de terceirização de mão de obra (art. 2º, § 4º, III). Trata-se, como regra geral, de um objeto complexo, cujo foco é a prestação de serviços, mas que pode ser precedido de construção de obra e/ou fornecimento de equipamentos e outros produtos.

As concessões administrativas no setor de defesa tornam-se instrumentos adequados para se alcançar o objetivo de fomento à BID e aperfeiçoar ou criar capacidades operacionais desejadas, pois resolvem dois problemas graves que historicamente têm prejudicado o setor. O primeiro é a instabilidade das disponibilidades orçamentárias: o setor de defesa tem sido tradicionalmente assolado por sucessivos cortes orçamentários, havendo baixa previsibilidade de recursos disponíveis, particularmente quando se avalia o médio e longo prazo. Evidentemente, as empresas privadas têm dificuldade em mobilizar capital para o desenvolvimento da BID sem a perspectiva de disponibilidade orça-

⁶⁷ São exemplos dessa experiência estrangeira o Military Flying Training System (MFTS) no Reino Unido, parceria público-privada cujo contrato — de £ 635 milhões celebrado com a Ascent, joint venture composta por Lockheed Martin e VT Group, e com duração de 25 anos — tem por escopo prover as Forças Armadas inglesas com treinamento avançado de pilotagem de jatos e a infraestrutura adequada; o Future Strategic Tanker Aircraft (FSTA) no Reino Unido, parceria público-privada com objetivo de prover a Royal Air Force com aviões-tanque e aviões de transporte para substituir os modelos em serviço VC10 e Lockheed Tristars, contratada com a Air Tanker Ltd., consórcio formado por Rolls Royce, Cobham, EADS e Thales Group, no valor de £ 13 bilhões; e o Military Housing Privatization Initiative (MHPI) nos Estados Unidos, programa de parcerias público-privadas estruturadas em que ao parceiro privado, por conta própria, é conferido a responsabilidade de construir, operar, manter, aperfeiçoar e, por vezes, renovar a infraestrutura de habitações familiares para militares.

mentária das Forças Armadas, dado o mercado ainda incipiente. No âmbito das concessões administrativas, no entanto, é possível afastar a possibilidade de cortes orçamentários, bem como oferecer garantias de adimplemento ao parceiro privado quanto aos pagamentos governamentais que sejam devidos no âmbito da PPP. O segundo é o curto prazo de duração contratual: como se sabe, no âmbito da Lei nº 8.666/93, os contratos de prestação de serviços estão limitados a 5 anos como regra geral e, no setor de defesa, em alguns casos, podem alcançar vigência de 10 anos⁶⁸. Já no âmbito das PPP, o prazo pode ser estabelecido em até 35 anos. Nesse contexto, as concessões administrativas são instrumentos muito mais adequados para oferecer às empresas privadas estabilidade de longo prazo na demanda pelos seus serviços. Esse ponto também é fundamental para estimular as empresas privadas a mobilizarem capital para o desenvolvimento de uma BID economicamente viável.

É interessante notar que a Lei nº 12.598/2012 determina, quando couber, a observância do regime jurídico aplicável aos casos que possam comprometer a segurança nacional (art. 5º, *caput*). Este regime é dado pela Lei nº 8.666/93 para fins de dispensa de licitação (art. 24, IX), cuja regulamentação se encontra no Decreto nº 2.295/97⁶⁹.

A grande vantagem da previsão contida na Lei nº 12.598/2012 — ao expressamente prever a possibilidade de aplicação da hipótese de dispensa de licitação — é a supressão de uma lacuna jurídica, por vezes discutida no regime geral de PPP: saber se a

⁶⁸ A possibilidade de vigência pelo prazo de 10 anos foi prevista no art. 57, inc. V, da Lei nº 8.666/93. Segundo esse dispositivo, as hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, também da Lei nº 8.666/93, admitem contratos com vigência por até 120 meses, caso haja interesse da administração. As hipóteses específicas do setor de defesa são as seguintes: (a) quando houver possibilidade de comprometimento da Segurança Nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; (b) para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; e (c) 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.

⁶⁹ Conforme o decreto, há duas possibilidades de dispensa de licitação nos casos de comprometimento da Segurança Nacional. Na primeira delas, serão dispensadas de licitação as contratações de obras ou serviços quando a revelação de sua localização, necessidade, característica do objeto, especificação ou quantidade coloque em risco os objetivos da Segurança Nacional e forem relativos à (i) aquisição de recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais; (ii) contratação de serviços tecnológicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento; (iii) aquisição de equipamentos e contratação de serviços técnicos especializados para a área de inteligência. Note-se, por sua vez, que se trata dos mesmos tipos de contratações que exemplificam o conceito de PED na Lei nº 12.598/12. A segunda possibilidade abarca as dispensas para os casos em que possa haver comprometimento da Segurança Nacional não previstos na primeira hipótese de dispensa de licitação. Nessas hipóteses, passa a ser necessário para a dispensa que os casos sejam submetidos à apreciação do Conselho de Defesa Nacional.

estas se aplicam as normas de dispensa e inexigibilidade. Ao menos para fins das PPP de defesa que envolvam contratação de PRODE ou SD, portanto, quando possa haver comprometimento da segurança nacional e desde que preenchidas as exigências do Decreto nº 2.295/97, é possível concluir inequivocamente pela possibilidade jurídica de dispensa de licitação⁷⁰.

Por meio da Resolução nº 3, de 14 de dezembro de 2011, o Comitê Gestor de PPP, órgão executivo do programa de PPP no âmbito do Governo Federal, subordinado ao Ministério do Planejamento, adotou uma lista de projetos de PPP prioritários, sendo que os seis primeiros são militares: (i) modernização da infraestrutura e operação dos órgãos destinados ao reparo e à manutenção dos meios navais do Arsenal de Marinha no RJ; (ii) implantação, operação e manutenção do complexo esportivo do Centro de Educação Física Almirante Adalberto Nunes (CEFAN) no RJ; (iii) implantação e manutenção de Próprios Nacionais Residenciais (PNR) nas instalações do Complexo Naval de Itaguaí; (iv) implantação e manutenção do Colégio Militar de Manaus no AM; (v) A-GEFROT que consiste na modernização de infraestrutura e prestação de serviço de

⁷⁰Alguns autores já haviam se posicionado pela possibilidade de aplicação das hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação, observados os limites do art. 175 da Constituição quando o objeto envolver a prestação de serviços públicos. Cite-se o trecho do livro conjunto de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, registrando o seguinte: “Cabe, por fim, indagar se a exigência de realização de licitação contida no caput do art. 10 afasta a possibilidade de aplicação dos dispositivos sobre inexigibilidade e dispensa previstos na Lei 8.666/1993. A resposta a essa questão requer, em primeiro plano, separar as PPPs cujo objeto é a prestação de um serviço público daquelas que tratam de atividade econômica em sentido estrito, pois o art. 175 da CF, ao exigir que a contratação de concessões de serviço público seja realizada ‘sempre através de licitação’, realizou essa separação. Por razões didáticas, tratemos primeiro do caso das PPPs relativas à atividades econômicas em sentido estrito. Nosso entendimento é que, em relação às PPPs cujo objeto é a exploração de atividade econômica em sentido estrito, o art. 10 da Lei de PPP não afasta a aplicação dos casos de inexigibilidade e dispensa previstos na Lei 8.666/1993. O caso da inexigibilidade nos parece óbvio. Uma licitação é inexigível quando não há possibilidade de competição. Ora, a impossibilidade de competição é um fato da natureza; se ele ocorre, mesmo que quiséssemos manter contrafaticamente a exigência do art. 10 acima, ela seria inútil. Resultaria em desperdício de recursos públicos em um procedimento licitatório que restará com apenas um participante, ou que não resultará em contratação, porque o eventual selecionado não será capaz de dar cabo do fim colimado. Já as hipóteses de dispensa de licitação referem-se, em regra, a casos nos quais a licitação seria viável, mas cuja realização contrariaria algum interesse público entendido, na situação, como superior àqueles que exigem a licitação. Se a lei geral de contratos administrativos perfilha entendimento no sentido de que há interesses públicos que devem prevalecer em situações específicas à própria exigência da licitação, não nos parece razoável que o mero silêncio da Lei de PPP sobre esse assunto tenha o condão de afastar a aplicação às PPPs dos dispositivos presentes na Lei 8.666/1993, que é subsidiária à Lei de PPP”. (Comentários à Lei de PPP: fundamentos econômico-jurídicos, 2010, p. 257).

abastecimento de veículos militares; (vi) fabricação e manutenção do fuzil IA2 da IMBEL⁷¹.

Recentemente, o MD editou a Portaria Normativa nº 1.851/MD, de 24 de julho de 2014, esta portaria tem por escopo dar *diretrizes para a formulação, a tramitação, a execução e o acompanhamento dos projetos de parcerias público-privadas (PPP)*. Essas diretrizes incluem uma lista de temas prioritários para formulação de projetos de PPP: (i) manutenção, integração, adestramento, balanceamento e profissionalização das Forças Armadas; (ii) estruturação dos Comandos das Forças Armadas em torno de capacidades; (iii) produção científica e tecnológica; (iv) desenvolvimento e suporte de produtos e serviços de defesa; (v) desenvolvimento do potencial de logística de defesa e de mobilização nacional; (vi) logística de manutenção de equipamentos de defesa; (vii) fortalecimento dos setores espacial, cibernético e nuclear; (viii) estruturas de apoio ao pessoal; (ix) delegação de tarefas executivas ao setor privado, com a finalidade de concentrar as atribuições do Ministério da Defesa, inclusive no âmbito dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica e de seu pessoal, no planejamento, na execução e na fiscalização de atividades finalísticas dos respectivos órgãos.

2.13 Normas sobre produtos controlados

Muitos dos produtos a serem classificados como PRODE, PED e SD senão sua maioria são concomitantemente produtos controlados, isto é, produtos cuja fabricação, comercialização, transporte, armazenamento e utilização sofrem um influxo restritivo da regulação estatal, em função do interesse público envolvido nessas atividades. A Lei nº

⁷¹ Estes projetos encontram-se em diferentes fases de modelagem. O CEFAN e o Colégio Militar de Manaus já possuem seus estudos de modelagem contratados no âmbito do Projeto BRA/06/016 PNUD decorrente da cooperação técnica entre Governo Federal e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Os projetos dos PNR do Complexo Naval de Itaguaí e AGEFROT já possuem Termo de Autorização nº1/2013/CGP, DOU, Seção 3, de 22 de maio de 2013 e nº2/2013/CGP, DOU, Seção 3, de 28 de junho de 2013 respectivamente) para que as empresas Rockbuilding Brasil Participações LTDA e Queiroz Galvão Tecnologia em Defesa e Segurança S/A, no primeiro, e KPMG Structured Finance S/A e LRX Administração e Empreendimentos LTDA, no segundo, realizem as respectivas modelagens. Os projetos do Arsenal da Marinha e do Fuzil IMBEL não possuem ainda manifestações oficiais do CGP a respeito.

12.598/2012, no seu art. 13, é explícita em dispor que o regime por ela definido não derroga o controle eventualmente exercido sobre estes produtos⁷².

O regime jurídico dos produtos controlados possui uma matriz constitucional que pode ser averiguada a partir de competências da União para *autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico* (CF 1988, art. 21, VI) e para legislar privativamente sobre material bélico (art. 22, XXI). Também, está embutida, na Ordem Econômica e Financeira, que estabelece que o *exercício de qualquer atividade econômica é livre, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei* (art. 170, parágrafo único).

No âmbito infraconstitucional, a principal norma sobre produtos controlados é o Decreto nº 24.602, de 6 de julho de 1934, recepcionado como lei pela Constituição de 1934. Este decreto dispõe sobre a *instalação e a fiscalização de fábricas e o comércio de armas munições, explosivos, produtos químicos agressivos e matérias correlatas*. Utilizando terminologia em desuso, o decreto atribui ao Governo Federal a competência para regular especificamente os produtos controlados. Por sua vez, o Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, é o que estabelece o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105) e especifica a terminologia, a sistemática do controle e os respectivos produtos controlados em extensa lista de anexos.

2.14 Compromissos internacionais na área de defesa e diretrizes da política externa

O regime atual preconiza a observância dos compromissos internacionais e das diretrizes da política externa nas contratações de defesa, especialmente as atinentes às salvaguardas (Lei nº 12.598/2012, art. 14). Estas consistem em técnicas de defesa comercial, ramo do Direito Internacional Econômico, contra atos ou políticas comerciais consideradas leis, portanto, não se confundem com práticas de defesa comercial para combater ilícitos concorrenciais e *dumping*⁷³. A definição de salvaguardas é eminentemente doutrinária, portanto, carece de um suporte legal. O que a doutrina faz é referir a

⁷² Assim está redigido o art. 13: *o disposto nesta Lei não exclui o controle e as restrições à importação, à exportação, à fabricação, à comercialização e à utilização de produtos controlados*.

⁷³ Ana Carla Bliacheriene, Defesa Comercial, 2007, p. 38.

alguns mecanismos de defesa comercial contidos no GATT/1994 como sendo técnicas de salvaguarda. Gilvan Damiani Brogini define as salvaguardas como: “Mecanismos excepcionais, previstos pelo ordenamento da OMC, por meio dos quais é conferida a um Membro a possibilidade de suspensão de suas obrigações [...], durante um período limitado de tempo que se faz necessária para que esse Membro possa proteger sua economia ou seus produtores nacionais, que estão sofrendo ou em vias de sofrer algum tipo de prejuízo”⁷⁴ Note-se que, dentre as técnicas de defesa comercial chamadas salvaguardas pela doutrina, estão as do art. XXI do GATT/1994 relativas à segurança nacional⁷⁵.

2.15 Aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93

É disposição expressa da Lei nº 12.598/2012 que a Lei nº 8.666/93 se *aplica de forma subsidiária aos procedimentos licitatórios e aos contratos* por ela regidos (art. 15). Esta aplicação subsidiária não é, todavia, exclusiva, e nem faria sentido que fosse, no sentido de impedir a aplicação dos procedimentos licitatórios contidos na Lei nº 10.520/2002 e na Lei nº 12.462/2011, leis do Pregão e do RDC, respectivamente.

O pregão é uma modalidade de licitação muito mais atrativa e justificável do ponto de vista do princípio da eficiência para a aquisição de bens e serviços que não envolvam alta complexidade tecnológica e, portanto, não requeiram para escolha da proposta mais vantajosa a avaliação competitiva da técnica empregada, mas a mera conformação aos requisitos técnicos mínimos esposados no instrumento convocatório, como por exemplo *fardamentos, munições e materiais de uso individual ou coletivo* (tópico 2.2). Essa atratividade em relação às demais modalidades da Lei nº 8.666/93 se dá principalmente em razão dos seguintes mecanismos: utilização de meios de TI para maior celeridade (Lei do pregão, art. 2º, § 1º); possibilidade explícita de negociação das

⁷⁴ Apud, op.cit., 2007, p. 44.

⁷⁵ Op.cit., 2007, p. 44. Vale a pena a transcrição do dispositivo: Article XIX. Security Exceptions. Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests: (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived; (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; (iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or (c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

propostas de valores (art. 4º, XI, XVI e XVII); possibilidade de lances sucessivos para cobertura da oferta de menor preço (art. 4º, VIII); habilitação posterior à qualificação para maior celeridade (art. 4º, XII); concentração da fase recursal (art. 4º, XVIII).

Com relação ao RDC, o regime de execução *contratação integrada* foi especialmente desenhado para gerar maiores incentivos à seleção da proposta mais vantajosa nos casos que envolvam *inovação tecnológica, possibilidade de execução com diferentes metodologias e possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado* (art. 9º, I, II e III). Esses casos são compatíveis com contratações que tenham por objeto produção, desenvolvimento, aperfeiçoamento ou inovação de PED e SD. A atribuição da elaboração do projeto básico ao contratado permite que a Administração ao invés de condicionar a contratação a soluções já estabelecidas, se beneficie de soluções inovadoras que o contratado possa desenvolver. Além de outros fatores, o RDC na contratação integrada permite expressamente uma alocação de riscos mais eficiente, por meio da repartição de riscos objetiva entre contratante e contratado, de modo que os riscos sejam alocados de acordo com a parte que pode melhor geri-los⁷⁶. Trata-se de uma circunstância bem distinta da prefigurada na Lei nº 8.666/93 cuja repartição de riscos se baseia na teoria da imprevisão, gerando insegurança jurídica e incerteza factual, fatores que, em geral, provocam a elevação dos custos da contratação.

Enquanto a utilização do RDC não é estendida definitivamente às contratações da Administração Pública de modo geral, as contratações de defesa podem ser efetivadas na forma do RDC quando estejam contempladas nas *ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)* (Lei do RDC, art. 1º, IV). Nos últimos anos, foram contemplados no PAC os seguintes projetos e programas relacionados ao setor de defesa: (i) o Programa de Desenvolvimento de Submarinos (PROSUB), fruto do Acordo Estratégico entre Brasil e França; (ii) desenvolvimento do cargueiro militar KC-390 sob a liderança da Embraer; (iii) o programa HX-BR de desenvolvimento dos helicópteros EC-725 pela Helibras com parceria francesa; (iv) aquisição de veículos Guarani produ-

⁷⁶ André Pachioni Baeta, auditor de controle externo do TCU, explica: “Para que a utilização da contratação integrada em obras públicas mostre-se vantajosa e eficaz, é fundamental que os diversos tipos de riscos associados ao empreendimento sejam elencados e analisados. (...) A alocação objetiva de riscos é fundamental em qualquer contrato, pois tem como objetivo garantir maior eficiência ao processo de contratação pública, evitando que o contratado assumira riscos que seriam melhor geridos pela Administração Pública, à medida que o princípio geral da alocação de risco estabelece que o risco deve ser atribuído a quem tem melhor capacidade de gerenciá-lo. Na contratação integrada, tal providência toma maior significância em virtude da complexidade do empreendimento”. (Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aplicado às licitações e contratos de obras públicas, 2013, p. 149).

zidos pela Iveco; (v) aquisição de viaturas produzidas pela Avibras no âmbito do Projeto Estratégico Astros 2020⁷⁷.

Ponto interessante e sugestão para estudos futuros é o da aplicação de regimes de execução contratual alternativos aos já existentes nos casos das contratações de defesa. A Lei nº 12.598/2012 não definiu regimes contratuais. Ponto interessante, porque, por vezes, o gerenciamento da execução de projetos de alta complexidade pode envolver soluções heterodoxas e inovadoras. Especial atenção poderia se dar a essa possibilidade, mormente à contratação de produtos de defesa sob o regime da *administração contratada* ou, na doutrina estrangeira, *cost-plus*. Esse regime de execução, conforme lição de Carlos Ari Sunfeld, seria legítimo quando não se sabe ao certo as quantidades a executar, as quais são determinadas no curso da execução⁷⁸. Menciona-se os contratos de *cost-plus* em razão de esses serem na experiência internacional no setor de defesa bastante utilizados e em projetos de desenvolvimento, que, naturalmente, envolvem altíssimo risco para o contratado, e.g., o desenvolvimento do *multirole fighter* de quinta geração Lockheed Martin F-35 Lightning II⁷⁹.

⁷⁷ Virgínia Silveira. Governo inclui quatro projetos militares no PAC, 23/05/2013. In: Valor Econômico.

⁷⁸ Carlos Ari Sunfeld *apud* Hely Lopes Meirelles (Licitação e Contrato Administrativo, 2010, p. 371). Este regime de execução contratual existia no revogado Decreto-Lei nº 2.300/86 e apesar de ter sido incluído no projeto de lei que resultou na Lei nº 8.666/93, foi vetado pelo Presidente da República à época. Hely Lopes Meirelles observa que: “No regime de administração contratada o valor da obra [ou serviço] é apenas estimado e o pagamento é ajustado com base nos custos do material e da mão-de-obra, geralmente fornecidos pelo contratado. Trata-se de sistema em que os riscos correm todos por conta da Administração, pois a remuneração do contratado é proporcional aos custos diretos, relacionados com os materiais, equipamentos, pessoal e respectivos encargos, suporte administrativo do empreendimento, com a captação de recursos financeiros e com o pagamento de tributos. Além disso, o contratado é indenizado de todas as denominadas despesas reembolsáveis, vale dizer, as que, não se incluindo nos indiretos, tenham sido feitas com autorização da Administração contratante, para a cabal execução da avença. [...] Entre nós a denominação de contrato *cost-plus* era comumente usada nas contratações de serviços técnicos especializados, tais como elaboração de projetos e acompanhamento de sua execução, consultorias e assessoramentos”. (Idem, 2010, p. 271-272).

⁷⁹ Cfr. nota do Center for Strategic & International Studies dos EUA avalia a possibilidade de *cost overrun* neste tipo contratual, mas considera sua essencialidade sobre certas circunstâncias: “The government often has difficulty predicting the cost of large scale projects. Michael Sullivan, GAO’s director of acquisition and sourcing management, argues that contractors would simply not bid on high-risk endeavours, such as R&D projects, if they were operated under fixed-priced contract structures. Broken down by product or service codes, the research sector is dominated by cost-plus contracts as expected for the less predictable task of research”. (Defense Industrial Initiatives Current Issues: Cost-Plus Contracts, 2008, p. 1).

3 CONTRATAÇÃO LICITADA

A Administração *poderá* realizar procedimento licitatório em circunstâncias especiais para a contratação de PRODE e SD (Lei nº 12.598/2012, art. 3º, § 1º, I, II e III). É de se observar que a lei não obrigou que as contratações de PRODE e SD se realizassem mediante licitação, ou seja, não derogou as hipóteses de dispensa de licitação e inexigibilidade aplicáveis às contratações de defesa. Para os casos não enquadráveis nas hipóteses de dispensa e, portanto, sujeitos à licitação, o que a lei fez foi facultar à Administração a adoção de condições especiais que efetivam sua política de fomento à BID.

Essas condições são a realização de procedimento licitatório: *destinado exclusivamente à participação de EED quando envolver fornecimento ou desenvolvimento de PED* (art. 3º, § 1º, I); *destinado exclusivamente à compra ou à contratação de Prode ou SD (i) produzido ou (ii) desenvolvido no País ou (iii) que utilize insumos nacionais ou (iv) com inovação desenvolvida no País, e, caso o SD envolva PED, com participação exclusiva de EED* (art. 3º, § 1º, II); *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* (Art. 3, § 1º, III).

No primeiro caso, trata-se da realização de licitação que pode ter como participantes somente as empresas credenciadas como EED (ver conceito de EED acima e suas implicações) e somente para contratação de PED. A intenção de se fazer uma licitação neste caso é incentivar a competitividade entre empresas do próprio país, sem a influência de eventuais competidores forasteiros, ou pelo menos, de, caso a contratação seja suficientemente atrativa, incentivar que competidores estrangeiros se associem na forma de consórcios liderados pelas EED para participarem do certame (v. tópico 3.2 e 3.2.1). Em todo caso, é possível constatar que as contratações de objetos classificados como PED são tipicamente consideradas como geradoras de risco para a segurança nacional (Lei nº 8.666/93, art. 24, IX) ou envolventes de alta complexidade tecnológica e interesse para a defesa nacional (art. 24, XXVIII). Sendo assim, será sempre possível à Administração optar pela dispensa, lembrando que a adoção de dispensa não significa

ausência de competição e pode mesmo promover contratações mais eficientes, pois permite a adoção de mecanismos alternativos como a negociação simultânea com diversos proponentes de todos os aspectos das propostas.

No segundo caso, os licitantes participantes podem ser controlados por estrangeiros ou brasileiros, mas são condições não cumulativas – como evidencia o uso da conjunção “ou” pela lei – de participação que o objeto PRODE ou SD seja conforme segue.

- (i) Produzido no Brasil. Isso significa que o PRODE ou SD deve ter sua cadeia produtiva, fabricação ou industrialização majoritariamente dentro do país, ainda que utilize insumos, peças ou seu projeto sejam de origem estrangeira.
- (ii) Desenvolvido no Brasil. Neste condição, o desenvolvimento do PRODE ou SD é que precisa ter origem nacional, não sendo necessário que sua produção, industrialização, montagem ou fabricação sejam realizadas em território brasileiro ou com matérias primas ou peças produzidas no país.
- (iii) Utilize insumos nacionais. Essa condição tem por escopo a agregação de conteúdo nacional mínimo (nacionalização, v. tópico 2.11). Não requer que a produção ou o desenvolvimento sejam nacionais, portanto, uma empresa estrangeira poderá participar desde que atenda ao requisito de agregação de conteúdo nacional, conforme definido no edital. A ideia subjacente é que a empresa adquira insumos no mercado interno, fomentando a BID.
- (iv) Utilize inovação produzida no país. Este caso admite a produção *extra muros*, assim como o desenvolvimento estrangeiro, desde que seja incorporado ao projeto inovação produzida no Brasil. Subjaz aqui o fomento à inovação tecnológica da BID.

O fato de a redação legal ter dado cunho alternativo à escolha entre as condições não é impeditivo de que a autoridade contratante, no uso de sua discricionariedade durante a fase interna de elaboração, opte por cumular as condições, produzindo a contratação com os efeitos estratégicos ou de fomento mais adequados ao caso concreto.

O terceiro caso tem por escopo submeter a contratada, empresa brasileira ou estrangeira, à transferência de tecnologia do PRODE contratado para uma *empresa nacio-*

nal ou ICT ou à participação destas na cadeia produtiva do PRODE contratado. A expressão *empresa nacional* é infeliz, pois não foi definida pela Lei nº 12.598/2012 nem por sua regulamentação. É preciso, portanto, integrá-lo por meio de interpretação. Tomando a lógica da lei, parece que o significado da expressão não é o mesmo que *empresa brasileira* (EB), isto é, *empresa constituída sob as leis brasileiras e que possua sede e administração no País* (CF 88, revogado art. 171, I), pois não faria sentido, do ponto de vista do fomento à BID, exigir a transferência de tecnologia ou a participação na cadeia produtiva para empresas cujos acionistas controladores fossem estrangeiros. Não obstante, não parece razoável que se entenda *empresa nacional* por EED, uma vez que, existindo este conceito plenamente delimitado na lei, esta não o empregou. Neste caso, parece mais interessante interpretar o termo *empresa nacional* por analogia ao conceito de *empresa brasileira de capital nacional* (EBCN), isto é, *aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades* (CF 88, rev. art. 171, II).

Esta é apenas uma sugestão interpretativa, em face da omissão legal. Já a sua aceitabilidade do ponto de vista constitucional pode ser fundamentada pelos mesmos argumentos de constitucionalidade do conceito de EED já dados anteriormente (tópico 2.3.1), especialmente: conforme se evidencia da intenção do poder constituinte derivado, a revogação da distinção entre EB provocada pela EC nº 6/95, teve o condão de proibir a distinção entre EB e EBCN, exceto nos casos que envolvessem interesse da defesa nacional.

3.1 Centralização da decisão de licitar no Ministério da Defesa e Termo de Licitação Especial (TLE)

As licitações planejadas segundo as circunstâncias especiais já mencionadas (Lei nº 12.598/2012, art. 3º, § 1º, I, II e III) e as importações de PRODE ou SD que envolvam *offset*, assim como as importações em que fique demonstrada a impossibilidade de

realizar *offset* devem ser autorizadas pelo MD, ouvida a Comissão Mista da Indústria de Defesa (Decreto 7.970/2013, arts. 15 e 16, parágrafo único). Essa opção administrativa tem o condão de centralizar no Ministério da Defesa a decisão de contratar.

Em todo caso, a licitação que contenha as circunstâncias especiais deve ser veiculada pelo chamado Termo de Licitação Especial (TLE). Este documento deve conter necessariamente a descrição clara e precisa do objeto e a análise custo-benefício da opção tomada dentre as do § 1º do art. 3º da Lei nº 12.598/2012 (Decreto nº 7.970/2013, art. 12, § 1º. Essa análise *cost-benefit*, embora o decreto não detalhe, deverá apresentar, em cada caso, a avaliação dos custos presentes e futuros da contratação e os impactos projetados sobre produção, comércio, mercado de trabalho da BID, aquisição de tecnologias críticas etc. A intenção é de que esta análise funcione, não como mero formalismo, mas como verdadeira motivação da escolha sob as circunstâncias especiais e descreva com concisão a racionalidade por de trás da decisão e a coerência desta com o alcance dos objetivos colimados por uma política de fomento à BID.

São outros componentes do TLE, quando for o caso: *percentual mínimo de agregação de conteúdo nacional* (art. 12, § 2º, I); *capacidade inovadora exigida* (art. 12, § 2º, II); *contribuição para aumentar a capacidade tecnológica e produtiva da BID, esperada como resultado da contratação* (art. 12, § 2º, III); *sustentabilidade do ciclo de vida do PRODE* (art. 12, § 2º, IV); *garantia de continuidade das capacitações tecnológicas e produtivas a serem exigidas* (art. 12, § 2º, V); *possíveis condições de financiamento* (art. 12, § 2º, VI); e *parâmetros para valoração da relação entre benefício e custo* (art. 12, § 2º, VII).

3.2 Regras especiais de participação de consórcios

A participação de consórcios nas licitações conforme os critérios do § 1º, do art. 3º da Lei 12.598/2012 ocorre segundo normas especiais definidas na própria lei e no Decreto nº 7.970/2013. Deste modo, as empresas podem participar em consórcio e na forma de Sociedade de Propósito Específico (SPE), desde que a constituição destes seja formalizada antes da celebração do contrato (Lei 12.598/2012, art. 3º, § 4º).

A previsão da faculdade de se participar na forma de SPE, que é regra para as PPP, é louvável, pois o formato de SPE tem o condão de segregar os riscos do empreendimento na pessoa da sociedade, permitir uma gestão mais transparente do empreendimento e facilitar o seu controle por parte dos órgãos de fiscalização⁸⁰.

Em todo caso, sempre que a contratação envolver PED, a liderança do consórcio ou SPE deve ser atribuída à EED (art. 3º, § 4º, I). O significado de liderança para fins de participação em consórcio, segundo o professor Egon Moreira Bockmann, está relacionado com a cláusula essencial do contrato de consórcio que define *normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver* (Lei nº 6.404/76, art. 279, VI)⁸¹. Nas SPE, essa cláu-

⁸⁰ Sobre as SPE, os especialistas Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal Ribeiro fazem comentário exemplar: “Os objetivos principais de se exigir a constituição de uma SPE são a segregação de riscos e a ampliação da transparência da gestão. Uma mesma empresa atua, não raramente, em mais de um setor da economia. E, num mesmo setor, é provável que esteja à frente de negócios bastante diferentes entre si. Há um risco sério de governança. Isso porque riscos de negócios distintos da concessão poderiam vir a contaminá-la. Imagine-se, por exemplo, uma empreiteira que tenha diversos contratos de obra em andamento e um de concessão. A falta de pagamentos nos contratos de obra poderia afetar a prestação dos serviços concedidos e a capacidade de realização dos investimentos, na medida em que o caixa e a contabilidade não fossem específicos para cada negócio. Suponha-se, ao lado disso, que ações judiciais movidas contra a empreiteira sejam julgadas procedentes, com a condenação no pagamento de valores vultosos. Seria tentador ao parceiro privado utilizar recursos antes previstos para investimentos na concessão, para o cumprimento da decisão judicial. Também sob o ângulo do parceiro privado, quanto à gestão de riscos, a constituição de uma SPE apresenta-se conveniente. Muitas vezes o licitante vencedor é um consórcio, constituído de diversas empresas. A SPE permite organizar os interesses dos sócios e, ainda mais importante, torna sua responsabilidade limitada ao capital subscrito. Os demais negócios dos controladores da SPE não são afetados, em tese, pelos resultados da concessão. Diz-se “em tese” porque muitas vezes os financiadores e o próprio Poder Público exigem que os controladores se comprometam juntamente com a SPE, evitando que a responsabilidade permaneça limitada. Em todo caso, cumpre ressaltar a maior transparência de gestão viabilizada por meio da utilização de SPEs. A publicação de balanços específicos e a gestão separada dos demais negócios dos controladores permitem ao Poder Público, aos financiadores e à sociedade em geral visualizar com muito mais facilidade as condições econômico-financeiras da concessionária ao longo de toda a duração do contrato. A capacidade de fiscalização é, assim, bastante superior”. (op.cit., 2010, p. 244).

⁸¹ O autor tem ocasião de detalhar o conceito em razão de sua existência no art. 33 da Lei nº 8.666/93: “A previsão não diz respeito à necessidade de ser estabelecida uma relação de subordinação entre as empresas consorciadas – o que seria antagônico à própria *ratio* dos consórcios. Nem “liderança” nem “responsabilidade” dizem respeito à definição de um controle interno ao consórcio. A norma vale-se dos termos no sentido de *representação* do consórcio frente à Administração. A exigência relaciona-se com a previsão do art. 279 da Lei 6.404/76, significando uma ‘personalidade judicial e negocial, que se expressa pela existência de uma representação e de uma administração, com capacidade negocial e processual, ativa e passiva’ (Modesto Carvalhosa). À empresa líder é outorgado um mandato por todas as consorciadas, com específicos poderes de administração e representação do consórcio perante terceiros. O *consórcio* (e não as empresas consorciadas) é representado pela empresa líder”. (Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005, p. 8).

sula constará do Estatuto Social. Ademais, o edital poderá fixar condições específicas de liderança dentro do consórcio ou SPE.

As empresas organizadas em consórcio ou SPE devem observar algumas exigências, dentre elas: comprovar a constituição do consórcio (Decreto nº 7.970/2013, art. 14, I); indicar a participante líder, conforme as condições fixadas no edital (art. 14, II); apresentação dos documentos exigidos no instrumento convocatório quanto a cada participante, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos (art. 14, III); comprovação de qualificação econômico-financeira por cada consorciado do atendimento aos requisitos contábeis definidos no instrumento convocatório (art. 14, IV); não participação na mesma licitação, em mais de um consórcio, SPE ou isoladamente, por meio de subsidiárias, coligadas ou outras empresas que pertençam ao mesmo grupo empresarial (art. 14, V). Sobre esta última exigência é feito comentário mais estendido no próximo tópico (3.2.1).

O Poder Público contratante poderá exigir responsabilidade solidária dos consorciados ou acionistas da SPE. Essa exigência constará em cláusula no compromisso de constituição do consórcio e no contrato objeto da licitação (art. 14, § 1º, I e II). Também, nos casos de consórcios ou SPE em que participem empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá sempre às empresas brasileiras.

3.2.1 Participação de empresas coligadas e com sócios em comum em consórcios diferentes

A Lei nº 12.598/2012, ao tratar da participação de consórcios, assim como ocorre com a Lei nº 8.666/93, não cria restrições à participação de coligadas⁸² de um consórcio em outro ou isoladamente. Todavia, o Executivo ao editar Decreto 7.970/2013 estabeleceu *impedimento de participação de consorciado na mesma licitação, em mais de um consórcio ou isoladamente, por meio de suas subsidiárias, coligadas ou outras*

⁸² O conceito de sociedades coligadas está na Lei nº 6.404/76 para as SA. Para a caracterização de que uma sociedade é coligada a outra é mais importante a constatação de fato de que uma possui influência significativa na outra. Essa influência é determinada pelo poder de participar nas decisões de política financeira e operacional e é presumida quando a sociedade investidora possuir 20% do capital votante da outra sociedade.

empresas que pertençam ao grupo empresarial do consorciado (art. 14, V). A seguir, faz-se considerações no sentido de demonstrar a ilegalidade da disposição regulamentar.

Segundo a sistemática geral das licitações, o procedimento deve observar o princípio da competitividade (Lei 8.666/93, art. 3º) de modo a permitir a participação do maior número possível de interessados. As eventuais restrições só são válidas se possuírem previsão legal ou se guardarem razoabilidade e proporcionalidade para a consecução do objeto licitado, sendo vedado: *cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo com circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato* (art. 3º, I)⁸³.

A razoabilidade e a proporcionalidade das restrições são aferidas da seguinte maneira⁸⁴. A razoabilidade afere-se por um juízo de adequabilidade entre meios e fins e de necessidade entre condições e resultados. É razoável se: (i) a restrição é meio adequado para selecionar propostas que atendam ao objeto licitado; e se (ii) é meio necessário para selecionar propostas que atendam ao objeto licitado, isto é perguntar, se sem a

⁸³ Conforme Marçal Justen Filho: “O inc. I contempla em elenco exemplificativo de discriminações reputadas ilícitas. Antes de passar à sua análise, é relevante destacar que é perfeitamente cabível o ato convocatório adotar cláusulas restritivas da participação. Não há impedimento à previsão de exigências rigorosas nem impossibilidade de exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. O que se veda é a adoção de exigências desnecessárias ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares. Portanto, a inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objetivo da licitação e com os critérios de seleção da proposta mais vantajosa. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (“(...) o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração”. (op.cit., 2014, p. 93-94).

⁸⁴ Sobre a razoabilidade e a proporcionalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello comenta que: “Este princípio (proporcionalidade) enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. (...) Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Conforme expressões de Canotilho, a adequação “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins subjacentes”; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível” e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é “entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.” (op.cit., 2013, p. 113-114).

restrição poderiam ser selecionadas propostas insuficientes ou de qualidade insatisfatória. A proporcionalidade é o aspecto quantitativo da razoabilidade. É desproporcional se a restrição: (i) é quantitativamente insuficiente a ponto de ser desnecessária; ou se (ii) é quantitativamente excessiva a ponto de restringir desnecessariamente o rol de possíveis participantes supostamente aptos à atender o objeto licitado⁸⁵.

Não há previsão legal expressa de restrições à participação de coligadas e de empresas com sócios em comum em certames licitatórios na Lei nº 8.666/93 nem na Lei nº 12.598/2012. A jurisprudência do TCU é consolidada no sentido de que a participação de sociedades coligadas e sociedades com sócios em comum, por si só, não é causa de ilegalidade (Informativo de Licitações e Contratos nº 176/2013). A ilegalidade existiria nos casos em que: (i) indícios vários conduzissem à conclusão de fraude à competição (art. 90), tais como empresas com mesmo endereço, mesmos prepostos, ajustes, ações coordenadas, venda de bens de propriedade da outra, ou no caso de controladas e controladora participarem do mesmo certame em consórcios distintos ou isoladamente, onde a quebra de sigilo das propostas é presumida; (ii) a participação de empresas com sócios em comum ou coligadas puder impedir a participação de outros possíveis concorrentes, o que ocorre, especificamente, no caso do convite (pois são convidados um número restrito de proponentes e a participação de empresas com sócios em comum exclui necessariamente o convite a empresas com quadro societário distinto); e (iii) o sócio comum ou coligada da licitante for também autor do projeto básico⁸⁶. Esse entendimen-

⁸⁵ Consoante Joel Menezes Niebuhr: “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são fundamentais para o controle da discricionariedade concedida em favor dos agentes administrativos. (...) Registre-se que os significados dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade despertam debates jurídicos calorosos. Há quem entenda, por exemplo, Luís Roberto Barroso, que os princípios têm o mesmo significado, a razoabilidade seria o termo consagrado pela jurisprudência estadunidense e a proporcionalidade pela germânica. A quem defenda que os princípios gozam de significados distintos, como anotam Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila.

Sem aprofundar a controvérsia, que demandaria uma publicação só para si, o princípio da proporcionalidade depende de três juízos, de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, para ser proporcional, qualquer exigência prevista no edital deve:

- a) Ser adequada para os fins a que se propõe;
- b) Ser necessária para curar do interesse público ou, dito de outra forma, a finalidade pretendida com a exigência não pode ser satisfeita por outro meio menos gravoso; e
- c) Os benefícios trazidos por ela devem ser superiores aos malefícios. A razoabilidade apresenta significado mais aberto, exigindo a harmonização da norma geral ao caso individual, “a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal”. (op.cit., 2013, p. 58-59).

⁸⁶ No Informativo de Licitações e Contratos nº 176/2013 o TCU consignou que: “Inobstante a participação de sociedades coligadas em dado certame não constitua, por si só, a ocorrência de ilícito, anotou o relator que o caso em tela diz respeito à violação do disposto na LC 123/06, por desrespeito às restrições de enquadramento capituladas no art. 3º, §4º, cujo objetivo, anota o relator, é “evitar que empre-

to tem robusto suporte doutrinário nas lições de Hely Lopes Meirelles e Egon Moreira Bockman⁸⁷.

Deste modo, restrições editalícias nas modalidades concorrência, tomada de preços, leilão e pregão à participação de empresas coligadas ou com sócios em comum: (i) careceriam de suporte legal expresso; e (ii) gerariam, restrição à participação do maior número possível de licitantes, sem, por qualquer motivo, guardarem razoabilidade e proporcionalidade com o objeto da licitação uma vez que: (ii.i) não são meio adequado para influir na seleção de proposta mais adequada, antes restringem o rol de participan-

sas não enquadráveis nos critérios da lei complementar afirmam seus benefícios de forma indireta”. Trazendo à baila que devem ser coligidos outros elementos para que se caracterize uma fraude tais quais os que descreve: “A ilegalidade fora evidenciada pelo compartilhamento de endereços, parentesco entre sócios, nomeações de procuradores e representantes comuns, contadoria comum, dentre outros, incluindo a oferta de lances a partir de um mesmo computador”. Outros julgados do TCU foram no mesmo sentido, como é o caso do excelente Acórdão nº 2.978/2013, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler: “De rigor, a participação de sociedades coligadas em um mesmo certame licitatório não constitui, por si só, a ocorrência de ato ilícito. Deve, sim, ser avaliado em cada caso concreto se houve a intenção de frustrar o caráter competitivo da disputa. São pertinentes nesse sentido as seguintes ponderações constantes do voto condutor do Acórdão 526/2013, Plenário. A respeito da participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação, vale frisar que nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação. A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes”. Além destes, os seguintes: Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, Acórdão 526/2013-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Acórdão nº 2.341/2011, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Acórdão nº 775/2011, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, Acórdão nº 1793/2011-Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Acórdão nº 206/2010, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

⁸⁷ Para Hely Lopes Meirelles: “Vê-se, pois, que a proibição do regulamento é de que o mesmo concorrente (pessoa física ou jurídica) participe mais de uma vez em uma mesma licitação, isoladamente e em consórcio, ou integrando mais de um consórcio. O dispositivo regulamentar não impede que pessoas jurídicas distintas, ainda que tenham alguns acionistas comuns, participem da mesma licitação. O que a norma veda – repita-se – é que a mesma pessoa se apresente mais de uma vez na mesma licitação. Se isto ocorresse, caso seria de inabilitação da concorrente que diversificou a sua proposta, repartindo-a em mais de uma oferta. Mas isto não ocorreu. O que teria havido foi a participação de pessoas jurídicas distintas (sociedades anônimas) que têm algumas acionistas em comum, fato corriqueiro na vida monetária moderna que não desnatura a empresa, nem lhe tira a característica de pessoa jurídica distinta de seus sócios.” (Estudos e Pareceres de Direito Público, Vol III, 1981, p. 208-209). E conforme Egon Moreira Bockmann: “Outra dimensão assume a participação através de propostas diversas (em consórcios ou individualmente) de empresas coligadas, pertencentes ao mesmo grupo econômico. Nas coligadas existe um vínculo de capital entre as empresas, sem a dependência ou hierarquia que caracterizam as relações de controle. O art. 243, § 1º, da Lei 6.404/76 dispõe que são coligadas “as sociedades quando uma participa, com 10% ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”. A riqueza da imaginação da atividade de planejamento empresarial é tão grande que se torna próximo do impossível uma avaliação, *in abstracto* e exaustiva, quanto à concorrência entre empresas coligadas. Porém, certo é que haverá hipóteses de organização horizontal de empresas em que não tenha incidência o inc. IV do art. 33. Para ADILSON DALLARI, “não há identidade de situações na participação de uma empresa com duas propostas e na participação de duas empresas de um mesmo grupo econômico”, pois “se duas empresas de um mesmo grupo econômico fazem propostas distintas, isso pode decorrer das peculiaridades de cada uma delas”. Afinal de contas, “cada empresa integrante de um grupo econômico tem personalidade jurídica própria.” (op.cit., 2005. p. 14).

tes que poderiam fornecer proposta adequada; (ii.ii) não sendo meio adequado, também não é meio necessário e, forçosamente, não é meio proporcional. Caso, portanto, o edital venha estabelecer esse tipo de restrição poderá ser impugnado.

Ademais, assim como editais de licitação, decretos regulamentadores são atos administrativos. Sendo ato administrativo, o decreto se sujeita ao princípio da legalidade e ao controle judicial, não podendo impingir obrigações, limitações ou discriminações não previstas em lei ou desnecessárias para a adequada efetivação da lei⁸⁸. Deste modo, uma vez que o art. 14, V, do Decreto nº 7.970/2013 desborda dos limites da Lei nº 12.598/12 e da Lei nº 8.666/93, ao criar restrição à participação de particulares coliga-

⁸⁸ Em louvável citação de Pontes de Miranda, Celso Antônio aponta: “Disse Pontes de Miranda: “Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica. Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrário à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico.”(...) Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento. Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.” (op.cit., 2013, p. 358-359). E no mesmo sentido, coletando ampla doutrina, o professor Carlos Ari Sundfeld explica: “O princípio da legalidade, somado à literalidade da própria norma constitucional – para quem a edição de regulamentos serve apenas à fiel execução das leis -, permite a imediata constatação de que, no sistema brasileiro, não há espaço senão para regulamentos de execução. São estranhos ao nosso Direito os chamados regulamentos autônomos, produzidos pelo Executivo em matérias não reservadas ao legislador. Entre nós, todas as matérias devem ser tratadas em lei, cumprindo à Administração apenas aplicá-la. (...) Luciano Ferreira Lei segue a mesma trilha. Após definir o regulamento como um ato administrativo “restritivo em relação à lei”, afirma que seu conteúdo decorre: “a) de discricionariedade localizada no comando legislativo, restringindo a lei e determinando às autoridades administrativas, de forma específica, o seu modo de agir; b) de discricionariedade decorrente de regra de competência que não determina as condições de fato do agir administrativo; c) de discricionariedade fundada na existência de conceitos de valor, contidos na hipótese legal, obrigando a autoridade a se valer de processo subjetivo para proceder à restrição regulamentar”. Também Geraldo Ataliba, em obra fundamental de nosso direito público, aponta o poder hierárquico como fundamento do poder regulamentar: “O regulamento não pode criar obrigações para terceiros, que não os subordinados hierárquicos do Chefe do Poder Executivo que o editou. O regulamento emanado do Presidente da República obriga só os servidores da União. Não obriga os Estados nem os Municípios, nem os administrados da própria União, que só são obrigados pela lei”. Da mais abalizada doutrina nacional se extrai, portanto, a regra de que o regulamento é dirigido aos agentes públicos subordinados hierarquicamente a quem o editou, não aos particulares. Logo, só pode restringir a atividade da própria Administração, pela compressão que produz no âmbito de discricionariedade deixado pela lei, não as atividades privadas”. (Direito Administrativo Ordenador, 2003, p. 32-33).

dos nas licitações, restrição não prevista nas leis, está eivado de ilegalidade, podendo ser impugnado judicialmente ou ser anulado no exercício do poder de autotutela que a Administração tem de seus próprios atos (STF, Súmula nº 473/99 e Lei nº 9.784/99, art. 53).

Por afim, apenas observe-se que o TCU, apesar do entendimento consolidado sobre cláusulas restritivas da competitividade, em julgado sobre as concessões de aeroportos e, apesar de no mesmo julgado ministros terem se insurgido contra a falta de motivação, considerou como expressão legítima do poder discricionário da Administração disposições editalícias que restringiam a participação nas licitações de consórcios com coligadas das empresas que já titulavam ou faziam parte de consórcios que titulavam outros contratos de concessão aeroportuária (Acórdão nº 3.026/2013, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz). No caso, o TCU apenas recomendou que não houvesse limitação. A situação, todavia, é bastante distinta, pois a coligação não era entre empresas participantes simultaneamente da licitação, mas entre empresa participante da licitação e empresa concessionária de aeroporto o que poderia provocar eventual dominação de mercados com restrição à entrada de novos *players*.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo oferecer um subsídio para a análise mais profunda das formas jurídicas que compõem o regime atual das contratações de defesa. Sem a pretensão de ser exaustivo, coisa que fugiria ao propósito de um trabalho de conclusão de curso, buscou-se delimitar o âmbito de aplicação do regime atual de contratações de defesa, assim como explicar os principais institutos que o compõem. Nesse sentido, os problemas de interpretação e aplicação encontrados foram evidenciados e buscou-se solucioná-los de acordo com os elementos que a hermenêutica, a teoria geral do direito e a teoria geral das licitações oferecem.

Sobre o âmbito de aplicação do regime atual, entendeu-se haver um problema de redação legal no bojo da Lei nº 12.598/2012 que inclui como sujeitos subordinados ao regime os órgãos de Estados, Municípios, seus entes e empresas privadas. A redação tal qual elaborada pode levar a interpretação inconstitucional, portanto avaliou-se que o problema poderia ser resolvido mediante uma interpretação conforme à Constituição, na qual: (i) os Estados e Municípios se subordinariam às normas de aquisição de produtos de defesa, concomitantemente às normas sobre produtos controlados da União, deste modo aqueles produtos cujo uso é reservado às Forças Armadas permaneceriam reservados, sem que Municípios ou Estados possam adquiri-los; (ii) as empresas privadas se subordinariam ao regime como contratadas pela Administração Pública. Os objetos do regime, como ficou consignado, são as contratações de produtos de defesa. Estes são de três espécies, como foi definido: PRODE, PED e SD.

Os conceitos essenciais para compreender o regime são os de ED e EED, estes conceitos foram definidos segundo o disposto na mencionada lei e no Decreto nº 7.970/2013. Ademais, traçou-se uma argumentação baseada na *mens legis* e na *mens legislatoris* para concluir pela constitucionalidade do requisito de que as EED tenham em seus atos constitutivos garantia de que o total de votos de acionistas estrangeiros não sejam superior a 2/3 dos votos exequíveis por acionistas brasileiros em cada assembleia geral, em face da alteração promovida pela EC nº 6/95 que banuiu o conceito de EBCN do ordenamento. Dentro do que foi argumentado, a disposição não feriria a intenção do

constituente derivado, pois fica evidenciado dos documentos instrutores da PEC respectiva que o legislador abriu ressalva expressa para os casos de segurança nacional.

Comentou-se a obrigação de que os PRODE, PED e SD sejam catalogados e explicou-se, em linhas gerais, o funcionamento do sistema de catalogação OTAN ao qual o Brasil adere. Também foram analisados os processos de credenciamento de ED e EED e o de classificação de produtos como PRODE, PED e SD, tudo a partir das instruções de funcionamento do SisCaPED.

Na sequência, falou-se das normas de compensação ou *offset* como uma prática internacional comum na indústria de defesa e abordou-se o seu conceito, as disposições legais e regulamentares sobre *offset* no Brasil. Comentou-se a opção da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 12.598/2012 por adotar o *offset* no bojo de uma licitação e dos inconvenientes dessa opção, considerando que a compensação é uma prática desenvolvida em ambiente de ampla negociação. Por fim, explicou-se a metodologia por detrás do *offset* e mostrou-se os principais normativos sobre o assunto no âmbito das Forças Armadas singulares.

Sobre os poderes administrativos para alteração de PED e para a capacitação de terceiros em tecnologia de PED, comentou-se a sua correlação com as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e possíveis interpretações para seu conteúdo. Além disso, delimitou-se a sua aplicação à exaustiva definição colocada no edital, como forma de mitigar riscos e velar pela segurança jurídica.

A respeito das condições de financiamento, explicou-se a sua possibilidade nas contratações licitadas da Lei nº 8.666/93 e nas contratações diretas, fazendo-se uso da jurisprudência do TCU. Por fim, concluiu-se que a expressa permissão de se incluir nas propostas condições de financiamento, dada pela Lei nº 12.598/2012, poria fim à controvérsia sobre a possibilidade de exigir dos licitantes o financiamento da contratação.

Por sua vez, falou-se da possibilidade de segregação de áreas reservadas no bojo dos contratos de defesa e concluiu-se por analogia ao Direito Aduaneiro que a segregação de áreas consistia na separação física de espaços por diversos meios com acesso restrito a pessoas e autoridades autorizadas, como forma de assegurar o sigilo de informações classificadas de interesse para a segurança nacional.

Ao tratar-se das PPP aplicadas ao setor de defesa na forma de concessões administrativas comentou-se os aspectos gerais das parcerias público-privadas, as vantagens e desvantagens do modelo como configurado na legislação pátria, além dos projetos de defesa cuja modelagem jurídica se pretende fazer na forma de PPP. Especial destaque se deu sobre a redação da Lei nº 12.598/2012 que evidenciou a possibilidade de se aplicar dispensa de licitação em razão de risco para a segurança nacional no caso das PPP de defesa.

As normas sobre produtos controlados, sua base constitucional, legal e infralegal, sem aprofundamentos. A respeito dos compromissos internacionais e medidas de defesa comercial, explicou-se o sentido das salvaguardas a partir da doutrina e do GATT/1994. E tratou-se da aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, comentando-se que não impediria a utilização da modalidade Pregão nem do RDC quando estas opções fossem as mais adequadas e, no caso desta última, quando os projetos a serem contratados estivessem incluídos no PAC.

Ao tratar-se da contratação licitada foi visto que o regime atual não revogou as hipóteses de dispensa de licitação aplicáveis ao setor de defesa, mas facultou ao Poder Público realizar licitações segundo condições especiais de participação. Essas condições foram analisadas e esmiuçadas nas suas especificidades. Ademais, foi informado que a licitação segundo as condições especiais deve ser veiculada por meio de um Termo de Licitação Especial (TLE) e destacou-se a necessidade de aprovação do MD. Os elementos constitutivos e motivadores do TLE também foram analisados.

Por fim, as regras de participação de consórcios receberam atenção e mostrou-se que tanto a Lei nº 12.598/2012 quanto o Decreto nº 7.970/2013 trouxeram normas especiais. Demonstrou-se que as normas do regulamento que proibiam a participação de empresas coligadas em consórcios distintos careciam de fundamento legal, constituindo inovação no ordenamento, e que isso as tornava eivadas de ilegalidade, além de atentar contra o princípio da proporcionalidade e da competitividade.

5 Referências

AFFONSO, José Augusto Crepaldi. **A política de offset da Aeronáutica no âmbito da Estratégia Nacional de Defesa. Concurso de Artigos sobre o Livro Branco de Defesa Nacional.** Ministério da Defesa. Assessoria de Planejamento Institucional. In: <http://goo.gl/p1rYJQ>. Acessado em 06/11/2014.

BAETA, André Pachioni. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aplicado às licitações e contratos de obras públicas.** 1ª Ed. São Paulo: Pini, 2013.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual,** Tomo I. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BLIACHERIENE, Ana Carla. **Defesa Comercial.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Centro de Catalogação das Forças Armadas. Curso de Catalogação para o SISMICAT, 2007. In: <http://goo.gl/7Gbqb0>. Acessado em: 06/11/2014.

_____. Centro de Catalogação das Forças Armadas. Manual do Sistema Militar de Catalogação (SISMICAT). 2ª Ed. 2003.

_____. Comando da Aeronáutica. Portaria nº 921/GC3, de 2 de setembro de 2004. Nomeia Comissão Interna com a competência para examinar e emitir parecer sobre dispensa de licitação para as compras de materiais e equipamentos utilizados pelo Comando da Aeronáutica.

_____. Comando da Aeronáutica. Portaria nº 1.395/GC4, de 13 de dezembro de 2005. Aprova a edição da Política e Estratégia de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica da Aeronáutica (DCA-360-1).

_____. Comando da Aeronáutica. Portaria nº 1.397/GC4, de 13 de dezembro de 2005. Aprova a edição da Instrução que dispõe sobre Preceitos para a Negociação de Acordos de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica na Aeronáutica (ICA-360-1).

_____. Comando da Marinha. Gabinete do Comandante da Marinha. Portaria nº 59/CM, de 18 de fevereiro de 2010. Aprova as Diretrizes para a Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica da Marinha do Brasil.

_____. Comissão Mista da Indústria de Defesa, Ata da 4ª Reunião, de 30 de outubro de 2013. In: <http://goo.gl/BCMCTa>. Acessado em 07/11/2014.

_____. Comissão Mista da Indústria de Defesa. Ata da 11ª Reunião, de 30 de julho de 2014. In: <http://goo.gl/BCMCTa>. Acessado em: 06/11/2014.

_____. Conselho Gestor de Parceria Público-Privada. Resolução nº 3, de 14 de dezembro de 2011. DOU, Seção 1, de 27 de agosto de 2012.

_____. Conselho Gestor de Parceria Público-Privada. Termo de Autorização nº1/2013/CGP, DOU, Seção 3, de 22 de maio de 2013.

_____. Conselho Gestor de Parceria Público-Privada. Termo de Autorização nº2/2013/CGP. DOU, Seção 3, de 28 de junho de 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

_____. Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013. Aprova a Política Nacional de Defesa, a Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa Nacional.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências.

_____. Decreto nº 24.602, de 6 de julho de 1934. Dispõem sobre instalação e fiscalização de fábricas e comércio de armas munições, explosivos, produtos químicos agressivos e matérias correlatas.

_____. Decreto nº 98.345, de 30 de outubro de 1989. Promulga o Acordo de Cooperação Econômica, Industrial e Tecnológica, entre a República Federativa do Brasil e o Governo da Suécia.

_____. Decreto nº 892, de 12 de agosto de 1993. Define orientação para o processo de implantação do Sistema de Vigilância da Amazônia.

_____. Decreto nº 976, de 9 de novembro de 1993. Define orientação para o processo de aquisição do Sistema Tático de Guerra Eletrônica SITAGE.

_____. Decreto nº 2.295, de 4 de agosto de 1997. Regulamenta o disposto no art. 24, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

_____. Decreto nº 3.046, de 5 de maio de 1999. Promulga o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo de República Italiana.

_____. Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105).

_____. Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

_____. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Aprova a Estratégia Nacional de Defesa.

_____. Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010. Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

_____. Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011. Regulamenta o disposto nos §§ 5o a 12 do art. 3o da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas.

_____. Decreto nº 7.970, de 28 de março de 2013. Regulamenta dispositivos da Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, que estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa.

_____. Decreto nº 7.974, 1º de abril de 2013. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Defesa.

_____. Decreto nº 8.122, de 16 de outubro de 2013. Regulamenta o Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa – Retid.

_____. Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

_____. Estado-Maior do Exército. Portaria nº 201/EME, de 26 de dezembro de 2011. Normas para gestão de acordos de compensação comercial, industrial e tecnológica no exército brasileiro.

_____. Exposição de Motivos Interministerial nº 37/MJ/MF/MPOG/MPAS/MARE/MME, de 16 de fevereiro de 1995.

_____. Exposição de Motivos Interministerial nº 104/MP/MF/MEC/MCT de 18 de junho de 2010.

_____. Exposição de Motivos Interministerial nº 211/MD/MDIC/MCT/MF/MP, de 11 de agosto de 2011.

_____. Lei Complementar nº 95, de 16 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

_____. Lei Complementar nº 97, 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.

_____. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

_____. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão.

_____. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

_____. Lei nº 12.349, 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1o do art. 2o da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006.

_____. Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010. Dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização, no Brasil, da Copa das Confederações Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014.

_____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

_____. Lei nº 12.598, de 21 de março de 2012. Estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa.

_____. Medida Provisória nº 544, de 29 de setembro de 2011. Estabelece normas especiais para as compras, as contratações de produtos, de sistemas de defesa, e de desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa, e dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa e dá outras providências.

_____. Ministério da Defesa. Estratégia Nacional de Defesa, 2012. In: <http://goo.gl/GVPT3d>. Acessado em: 06/11/2014.

_____. Ministério da Defesa. Instruções para Classificação de Produtos e Credenciamento de Empresas de Defesa, de outubro de 2014. In: <http://goo.gl/IL13D9>. Acessado em: 07/11/2014.

_____. Ministério da Defesa. Livro Branco de Defesa Nacional, 2012. In: <http://goo.gl/76DBXY>. Acessado em: 07/11/2014.

_____. Ministério da Defesa. Mapeamento da base industrial de defesa ajudará governo a elaborar políticas públicas para o setor, 11 de agosto de 2014. In: <http://goo.gl/aUeKks>. Acessado em: 02/11/2014.

_____. Ministério da Defesa. Política Nacional de Defesa, 2012. In: <http://goo.gl/GVPT3d>. Acessado em: 06/11/2014.

_____. Ministério da Defesa. Portaria Normativa/MD nº 1.888, de 23 de dezembro de 2010. Aprova a Política de Propriedade Intelectual do. Ministério da Defesa.

_____. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 564/MD, de 12 de março de 2014. Aprova os Regimentos Internos dos órgãos integrantes da estrutura organizacional do Ministério da Defesa.

_____. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 1.851/MD, de 24 de julho de 2014. Dispõe sobre as diretrizes para a formulação, a tramitação, a execução e o acompanhamento dos projetos de parcerias público-privadas (PPP) no âmbito do Ministério da Defesa.

_____. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 2.037/MD, de 14 de agosto de 2014. Dispõe sobre a aplicação da Cláusula Contratual de Catalogação.

_____. Ministério da Defesa. Portaria nº 764/MD, de 27 de dezembro de 2002. Aprova a Política e as Diretrizes de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Ministério da Defesa.

_____. Ministério da Defesa. Portaria nº 1.017/MD, de 23 de abril de 2014. Credencia Empresas Estratégicas de Defesa – EED.

_____. Ministério da Defesa. Portaria nº 1.346/MD, de 28 de maio de 2014. Classifica Produtos Estratégicos de Defesa – PED.

_____. Ministério da Defesa. Portaria nº 1.635/MD, de 27 de junho de 2014. Classifica Produtos Estratégicos de Defesa – PED.

_____. Ministério da Defesa. Portaria nº 2.028/MD, de 13 de agosto de 2014. Credencia Empresas Estratégicas de Defesa – EED.

_____. Ministério da Defesa. Portaria nº 2.056/MD, de 15 de agosto de 2014. Credencia Empresas de Defesa – ED.

_____. Portaria Interministerial/MPOG/MC/MD, nº 141, de 02, de maio de 2014. Dispõe sobre a aplicação do Decreto nº 8.135, de 4 de novembro de 2013.

_____. Projeto de Emenda Constitucional nº 5, de 16 de fevereiro de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

_____. Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 3.518, de 30 de setembro de 2011. Estabelece requisitos e procedimentos para o alfandeamento de locais e recintos e dá outras providências.

_____. Secretaria Geral da Marinha. SGM-102. Normas sobre licitações, acordos e atos administrativos (NOLAM), de 18 de agosto de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rp. 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 15/04/1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 19/04/1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ. 28.05.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ. 17/02/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 6.597/MS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, DJ 14/04/1997.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 206/2010, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 775/2011, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.341/2011, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.287/2011, Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 526/2013, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.787/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.978/2013, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.024/2013, Plenário, Benjamin Zymler.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.026/2013, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2952/2013, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.067/2014, Plenário, Walton Alencar Rodrigues.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.049/2014, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 806/1996, Plenário, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 215/1999, Plenário, 2º Rev. Min. Adhemar Paladini Ghisi.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 910/1999, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira.

_____. Tribunal de Contas da União. Informativo de Licitações e Contratos nº 176/2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Informativo de Licitações e Contratos nº 192/2014

_____. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública. Transferência de Tecnologia - Programa de Desenvolvimento de Submarinos (Prosub) e Projeto H-XBR: sumário executivo, 2014

_____. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 270/2010.

DEFESANET. Prosub – os desafios da nacionalização. 03/10/2014. In: <http://goo.gl/J4VqWz>. Acessado em 01/11/2014.

EMBRAER. Estatuto Social. Aprovado pela Assembleia Geral Extraordinária de 8 de março de 2013. In: <http://goo.gl/KwcwR0>. Acessado em: 06/11/2014.

FIESP. Análise COMDEFESA – Offset: Conceito, Entraves E Possibilidades, 19/07/2012. In: <http://goo.gl/vZLQ4d>. Acessado em: 07/11/2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Lei 8.666/93. 16ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)**. 1ª Ed. São Paulo: Dialética, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 39ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, Vol III. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15ª Ed. Atualizada por BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; e FRANCHINI, Luís Fernando Pereira. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública, A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Eco-

nômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. In: <http://goo.gl/k2dfIA>. Acesso em 06.11.2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

NATO, NATO Standardization Agency. STANAG 3151 – Codification – Uniform System of Supply Classification. 9ª Ed. 1956. In: <http://goo.gl/tE2Q1p>. Acessado em: 07/11/2014.

_____. NATO Standardization Agency. STANAG 4177 – Codification – Uniform System of Supply Classification. 5ª Ed. 2007. in: <http://goo.gl/gHHAp5>. Acessado em: 07/11/2014.

_____. NATO Support Agency. NCS Brochure, jan. 1, 2014. In: <http://goo.gl/jd9UUE>. Acessado em: 07/11/2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3ª Ed. Revista e Atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV, Direitos Reais. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Renovar, 2009.

PRADO, Lucas Navarro; GAMELL, Denis. **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**, Revista de Contratos Públicos. RCP. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 4, set. 2013/fev. 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parcerias Público-Privada**. Fundamentos Econômico-Jurídicos. 1ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

STANDISH GROUP. CHAOS Report, 2004. West Yarmouth, Massachusetts. In: <http://goo.gl/LohulP>. Acessado em: 07/11/2014.

SILVEIRA, Virgínia. **Governo inclui mais quatro projetos militares no pac**. In: Valor Econômico, 23/05/2013. In: <http://goo.gl/psojZT>. Acessado em 01/11/2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1ª Ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. De Acordo Com As Leis 8.666/93 e 8.883/94. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

UNITED STATES OF AMERICA. Bureau of Industry and Security. Impact of Offsets in Defense Trade. In: <http://goo.gl/fZDqTG>. Acessado em 07/11/2014.

_____. Center for Strategic and International Studies. Defense Industrial Initiatives Current Issues: Cost-Plus Contracts, 16 de outubro de 2008. In: <http://goo.gl/d7CIHK>. Acessado em: 09/11/2014.

_____. Center for Strategic and International Studies. Major Defense Acquisition Programs (MDAPs). Cost and Time Overruns for Major Defense Acquisition Programs, de 17 de maio de 2011. In: <http://goo.gl/Y9hrAR>. Acessado em: 07/11/2014.

_____. Department of Defense. Military Housing Privatizations, FAQs. In: <http://goo.gl/XjwTsj>. Acessado em: 07/11/2014.

UNITED KINGDOM. Ministry of Defence. Future Strategic Tanker Aircraft (FSTA). In: <http://goo.gl/8Z3hFR>. Acessado em: 07/11/2014.

_____. Ministry of Defence, Welcome to the UK Military Flying Training System Website, 2005. In: <http://goo.gl/rPnxIS>. Acessado em: 07/11/2014.