# SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

# SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

## Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

# TERMO DE LICITAÇÃO ESPECIAL: A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO NA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E SISTEMAS DE DEFESA

## SPECIAL BIDDING TERM: THE REGULATORY FUNCTION OF THE BIDDING IN ACQUISITION OF PRODUCTS AND DEFENSE SYSTEMS

**Lenilton Duran Pinto Corrêa** [1]
**Bruno Costa Marinho** [2]

**Resumo**

A "função regulatória da licitação", recentemente exercitada pelo Estado brasileiro em políticas públicas como a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas e o estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados, agora se encontra presente em nosso ordenamento jurídico por meio das normas para aquisição de produtos e sistemas de defesa, publicadas pela Lei 12.598 /2012 e regulamentadas pelo Decreto 7.970/2013. O presente trabalho visa caracterizar o Termo de Licitação Especial como mecanismo de regulação, através do estudo de seu objeto.

**Palavras-chave:** Termo de licitação especial, Função regulatória, Políticas públicas, Produtos e sistemas de defesa

**Abstract/Resumen/Résumé**

The "regulatory function of the bidding," recently exercised by the Brazilian government in publics policies such as the promotion of sustainable national development, differentiated treatment for micro and small businesses and the establishment of margin of preference for manufactured products, now is present in our legal planning through the rules for the acquisition of defense products and systems, published by Law 12.598/2012 and regulated by Decree 7.970/2013. This study aims to characterize the Special Bidding Term as a regulatory mechanism, through the study of its object.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Special bidding term, Regulatory function, Publics policies, Products and defense systems

[1] Mestrando em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

[2] Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas, especialista em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá e em Gestão da Inovação pela Universidade de Linköping (Suécia).

## INTRODUÇÃO

A utilização de instrumentos de contratação pública, como os certames licitatórios, com a finalidade de implementação de políticas, tanto no Brasil quanto em outros países, constitui importante ferramenta para intervenção no domínio econômico, o que levou Souto (*apud* Garcia, 2016) a cunhar a famosa expressão "função regulatória da licitação".

Neste sentido Garcia (2016, p. 93) anota que

> a premissa é utilizar a contratação pública não apenas para adquirir bens e serviços a menor custo, mas para servir de instrumento para o atendimento de outras finalidades públicas definidas no ordenamento jurídico constitucional. Vários são os exemplos de políticas setoriais que recorrem ao poder de compra do Estado para concretizar outros valores.

Dentre tais exemplos, podemos citar o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, instituído pela LC nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). Por este diploma legal, foi assegurada, como critério de desempate, a preferência de contratação para tais empresas que adotem estas formas societárias (art. 44). Esta preferência considera "empate ficto" as propostas iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada, para as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8666/1993 [1] (§ 1º) e de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço, para a modalidade de pregão da Lei nº 10.520/2002 (§ 2º).

Tais disposições legais constituem uma forma de atender a um dos princípios gerais da atividade econômica que é o de dispensar "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País" (art. 170, inciso IX, da CF).

Outro mecanismo de implementação de políticas públicas, através da função regulatória da licitação, é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Conforme as disposições da Lei nº 12.349/2010, foi alterada a base principiológica da Lei de Licitações, passando a redação do art. 3º a vigorar da seguinte forma

> A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável(...)* (grifos nossos).

1 Conforme o art. 22, da Lei nº 8666/1993, as modalidades de licitação são: Concorrência, Tomada de preços; Convite: Concurso e Leilão.

Desta forma, buscou-se atender outro princípio geral da atividade econômica, qual seja: a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (art. 170, inciso VI, da CF).

Por sua vez, há o estabelecimento de margem de preferência para os bens e serviços “produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País” (art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei nº 8666/1993), alteração também operada pela Lei nº 12.349/2010.

Esta última disposição vai ao encontro dos artigos 218 e 219, da CF, que tratam da Ciência, Tecnologia e Inovação, os quais ganharam importância com a nova redação conferida pela Emenda Constitucional nº 85/2015.

Uma característica presente em todos os exemplos acima citados é a opção política que o Estado toma ao abrir mão do “menor preço” em função de outra finalidade constitucionalmente prevista.

Outro ponto em comum é o fato de que todas estas situações constituem políticas horizontais, ou seja, privilegiam todos os setores da economia indiscriminadamente.

Entretanto, ao promulgar as normas para aquisição de produtos e sistemas de defesa, por meio da Lei nº 12.598, de 21 de março de 2012, regulamentada pelo Decreto nº 7.970, de 28 de março de 2013, o legislativo e o executivo brasileiros decidiram por implementar políticas verticais para impulsionar o setor de defesa nacional e segurança.

Neste contexto, o presente trabalho visa caracterizar o instituto do Termo Especial de Licitação (TLE) como mecanismo de regulação, através do estudo das principais características de seu objeto.

## DESENVOLVIMENTO

A possibilidade de realizar procedimento licitatório específico para as compras, contratações e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa foi prevista pela Lei

12.598/2012, sendo o Termo de Licitação Especial (TLE) regulamentado por intermédio do Decreto 7.970/2013.

Em suma, o TLE tem por finalidade preceder contratações cujo objeto contemple: produtos de defesa (Prode); sistemas de defesa (SD); e produtos estratégicos de defesa (PED).

De acordo com o art. 2º, da Lei nº 12.598/2012, são considerados:

> I - Produto de Defesa - PRODE - 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;
> II - Produto Estratégico de Defesa - PED - todo Prode que, pelo conteúdo tecnológico, pela dificuldade de obtenção ou pela imprescindibilidade, seja de interesse estratégico para a defesa nacional, tais como:
> a) recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais;
> b) serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico;
> c) equipamentos e serviços técnicos especializados para as áreas de informação e de inteligência;
> III - Sistema de Defesa - SD - conjunto inter-relacionado ou interativo de Prode que atenda a uma finalidade específica (BRASIL, 2012)

Inicialmente, cumpre ressaltar que a comercialização de tais produtos ou sistemas possui características que as diferenciam das demais aquisições no cenário nacional e internacional.

Em relação especificamente aos Produtos Estratégicos de Defesa (PED), um estudo realizado sob a coordenação da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) e da Secretaria de Ensino, Logística, Mobilização, Ciência e Tecnologia do Ministério da Defesa (SELOM), ressalta algumas de suas particularidades: (i) são demandados por fatores estratégicos e geopolíticos, relegando a segundo plano questões econômicas; (ii) incorporação crescente de inovações tecnológicas no “estado da arte”; e (iii) o Estado, na quase totalidade dos casos, é o principal ou único comprador, conformando este mercado como oligopsônio (poucos compradores) ou mesmo monopsônio (único comprador). (BRASIL, 2011)

Desta forma, quando se trata dos Produtos Estratégicos de Defesa (PED), podemos dizer que estes encontram no poder de compra do Estado o seu primeiro e principal cliente, o que se amolda aos conceitos econômicos de oligopsônio e monopsônio destacados pelo referido estudo.

Neste ponto, é que se encontra a razão de ser da norma disposta no art. 3º, § 1º, da Lei 12.598/2012: “O poder público poderá realizar procedimento licitatório: I - destinado exclusivamente à participação de EED quando envolver fornecimento ou desenvolvimento de PED” (BRASIL, 2012).

A norma legal impõe, portanto, face às características geopolíticas, tecnológicas e econômicas ínsitas aos PED, que o procedimento licitatório seja exclusivo quando houver necessidade de fornecimento ou desenvolvimento de tais produtos.

Além disso, o comando legal reserva o certame à participação da Empresa Estratégica de Defesa (EED), a qual, segunda a letra da lei (art. 2º, inciso IV), é

> toda pessoa jurídica credenciada pelo Ministério da Defesa mediante o atendimento cumulativo das seguintes condições:
> a) ter como finalidade, em seu objeto social, a realização ou condução de atividades de pesquisa, projeto, desenvolvimento, industrialização, prestação dos serviços referidos no art. 10, produção, reparo, conservação, revisão, conversão, modernização ou manutenção de PED no País, incluídas a venda e a revenda somente quando integradas às atividades industriais supracitadas;
> b) ter no País a sede, a sua administração e o estabelecimento industrial, equiparado a industrial ou prestador de serviço;
> c) dispor, no País, de comprovado conhecimento científico ou tecnológico próprio ou complementado por acordos de parceria com Instituição Científica e Tecnológica para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, relacionado à atividade desenvolvida, observado o disposto no inciso X do caput;
> d) assegurar, em seus atos constitutivos ou nos atos de seu controlador direto ou indireto, que o conjunto de sócios ou acionistas e grupos de sócios ou acionistas estrangeiros não possam exercer em cada assembleia geral número de votos superior a 2/3 (dois terços) do total de votos que puderem ser exercidos pelos acionistas brasileiros presentes; e
> e) assegurar a continuidade produtiva no País (*Op. Cit.*)

Neste sentido, a Lei 12.598/2012 institui a figura da empresa estratégica de defesa (EED), a qual será beneficiária de um regime diferenciado em seu relacionamento com o Poder Público, admitindo-se a possibilidade de certames com participação restrita as tais empresas, precedidas do competente Termo de Licitação Especial (JUSTEN FILHO, 2014).

Ainda em relação ao objeto do TLE, o referido art. 3º, § 1º, da Lei 12.598/2012 preconiza outras duas situações:

> § 1º O poder público poderá realizar procedimento licitatório:
> II - destinado exclusivamente à compra ou à contratação de Prode ou SD produzido ou desenvolvido no País ou que utilize insumos nacionais ou com inovação desenvolvida no País, e, caso o SD envolva PED, aplica-se o disposto no inciso I deste parágrafo; e

> III - que assegure à empresa nacional produtora de Prode ou à ICT, no percentual e nos termos fixados no edital e no contrato, a transferência do conhecimento tecnológico empregado ou a participação na cadeia produtiva.

Em relação ao inciso II, estão previstas duas hipóteses. A primeira trata dos Prode ou SD que possuam, alternativamente, uma dentre as três características seguintes: (i) ser produzido ou desenvolvido no País; ou (ii) utilizar insumos nacionais; ou, ainda, (iii) ter o processo de geração da inovação desenvolvido no País.

O objetivo claro da lei, nesta hipótese, é o de favorecer as empresas domésticas. Neste sentido, LONGO e MOREIRA (2013) sugerem que a Lei 12.598/2012 representa um esforço estatal de atuar no marco regulatório buscando estimular o empreendedorismo nativo em indústrias nacionais antes inexistentes, abrindo perspectivas de resultados positivos.

A segunda hipótese do inciso II é relativa ao sistema de defesa que se inter-relacione ou interaja com um produto estratégico de defesa. Em tais casos, deve ser aplicada a norma legal do inciso I, ou seja, o sistema de defesa em questão terá o mesmo tratamento destinado aos PED.

Por fim, o inciso III trata de uma situação estratégica de aplicação do TLE ao objetivar “a transferência do conhecimento tecnológico empregado” ou “a participação na cadeia produtiva” de organizações brasileiras.

Nestes casos, vislumbra-se o TLE como instrumento para alcançar os referidos objetivos, “no percentual e nos termos fixados no edital e no contrato”, pelas empresas nacionais produtoras de Prode ou pelas Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT). [2]

## CONCLUSÃO

Uma das principais características do mercado de produtos de defesa são as suas “tendências monopsônicas” (LESKE, 2016), uma vez que não se imagina que um carro de combate ou uma arma de guerra possam ser comercializados para qualquer pessoa física ou jurídica sem qualquer tipo de intervenção estatal.

2 Recentemente, o “Novo marco legal para a C,T&I” (Lei 13.243/2016) atualizou o conceito de ICT da “Lei de Inovação” (Lei 10.973/2004) para: “Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT): órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos”.

Neste sentido, são os próprios Estados quem regulam este mercado, determinando se os produtos podem ou não ser exportados, se as compras serão realizadas através de fábricas nacionais ou se a opção será pela importação de produtos de países desenvolvidos. No referido setor, portanto, a Base Industrial de Defesa (BID) fica dependente das políticas públicas, uma vez que não pode simplesmente desistir de vender para o Governo sem ser obrigada a fechar as portas.

De outro lado, pode-se argumentar que muitas das tecnologias, inicialmente desenvolvidas para fins militares, por apresentarem uso dual, acabaram migrando para o mercado civil, como foi o caso da internet e do GPS. No entanto, nem sempre é possível esta migração e, mesmo quando possível, nem sempre ocorrerá na mesma indústria, o que também pode ocasionar sérios prejuízos às empresas.

Neste sentido, a recente aprovação de políticas relativas ao setor de defesa nacional motiva uma reflexão mais aprofundada, em especial, no que diz respeito ao instituto jurídico do “Termo Especial de Licitação”.

Conclui-se, portanto, que os dispositivos da Lei nº 12.598/2012, regulamentada pelo Decreto 7.970/2013, veiculam medidas que exprimem a legítima “função regulatória da licitação” no âmbito das compras, contratações e desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa.

Tais normas visam à manutenção da soberania (art. 1º, inc. I da CF) e, ainda, o objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II da CF).

Por fim, conclui-se, ainda, que há necessidade de ampliar os estudos sobre o TLE, mormente a respeito das condições necessárias para a participação dos potenciais licitantes e, ainda, sobre os pontos de contato existentes entre este instituto e outras normas previstas pela Lei 8666/1993, *v.g.*, as hipóteses de contração direta relacionadas ao setor de defesa.

**Referências**

BRASIL. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. Diagnóstico: Base Industrial de Defesa (BID) Brasileira. Org: FERREIRA, Marcos José Barbieri; SARTI, Fernando. Campinas: ABDI, NEIT-IE-UNICAMP, 2011. 54p.

_____. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Constituição (1988).

_____. Congresso Nacional. Decreto nº 7.970, de 28 de março de 2013. Regulamenta dispositivos da Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012. Brasília: 2013.

_____. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Brasília: 2015.

_____. Congresso Nacional. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília: 2006.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 10.520, de 7 de julho de 2002. Institui o pregão. Brasília: 2002.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília: 2004.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 12.349, de 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. Brasília: 2010.

_____. Congresso Nacional. 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. Brasília: 2012.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. Brasília: 2016.

GARCIA, F. A. **Licitações e contratos administrativos**: casos polêmicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LESKE, A. D. C. **Armas e munições leves e pesadas e explosivos**. *In*: Mapeamento da Base Industrial de Defesa. Brasília: ABDI, Ipea, 2016. 740p.

LONGO W. P. e; MOREIRA W. de S. Tecnologia e inovação no setor de defesa: uma perspectiva sistêmica. **Revista da Escola de Guerra Naval**, Rio de Janeiro, v.19, n. 2, p. 277 - 304, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.egn.mar.mil.br/ojs/index.php/revistadaegn/article/view/46/20142.pdf>. Acesso em: 28 agosto 2016.