



ESCOLA DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS

CAP INT JOÃO GUTEMBERG LEMOS SOARES

**AQUISIÇÕES DE PRODUTOS DE DEFESA DE ALTA COMPLEXIDADE E
DE BAIXA COMPETITIVIDADE: A NECESSIDADE DA REGULAMENTAÇÃO**

**Rio de Janeiro
2019**



ESCOLA DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS

CAP INT JOÃO GUTENBERG LEMOS SOARES

**AQUISIÇÕES DE PRODUTOS DE DEFESA DE ALTA COMPLEXIDADE E
DE BAIXA COMPETITIVIDADE: A NECESSIDADE DA REGULAMENTAÇÃO**

**Rio de Janeiro
2019
MINISTÉRIO DA DEFESA**

**EXÉRCITO BRASILEIRO
DECEx - DESMil
ESCOLA DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS
(EsAO/1919)**

DIVISÃO DE ENSINO / SEÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autor: **Cap Int JOÃO GUTEMBERG LEMOS SOARES**

Título: **AQUISIÇÕES DE PRODUTOS DE DEFESA DE ALTA COMPLEXIDADE
E DE BAIXA COMPETITIVIDADE**

Trabalho Acadêmico, apresentado à Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, como requisito parcial para a obtenção da especialização em Ciências Militares, com ênfase em Gestão Operacional, pós-graduação universitária lato sensu.

APROVADO EM _____/_____/_____ CONCEITO: _____

BANCA EXAMINADORA

Membro	Menção Atribuída
CHARLES DAVIDSON SOARES BITENCOURT - Maj Cmt Curso e Presidente da Comissão	
WAGNER SANTANA DA COSTA - Maj 1º Membro e Orientador	
JOÃO PAULO DE VASCONCELLOS ACCIOLI DA SILVA - Cap 2º Membro	

JOÃO GUTEMBERG LEMOS SOARES – Cap
Aluno

AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE DEFESA DE ALTA COMPLEXIDADE E DE BAIXA COMPETITIVIDADE: A NECESSIDADE DA REGULAMENTAÇÃO

João Gutemberg Lemos Soares*

Wagner Santana da Costa**

RESUMO

Este estudo tem como objetivo analisar as medidas implementadas em legislações nos EUA, Reino Unido e Canadá sobre a contratação de produtos de baixa competitividade. A preocupação com a transparência nas contratações e sobretudo com preço justo não é recente naqueles países, que há anos vêm aperfeiçoando suas leis de forma a garantir a equidade na relação contratante e contratado quanto a formação do preço e dos custos dos produtos que não possuem mercado competitivo. A exploração dos principais aspectos dessas leis visou sugerir medidas básicas para a elaboração de um regramento brasileiro que imponha aos contratantes a obrigação de fornecer os dados necessários para assegurar a auditoria do processo de formação de preço, objetivando garantir a proteção do erário no impedimento do sobrepreço.

Palavras-chave: Baixa competitividade, Custos, Preço, Sobrepreço

ABSTRACT

This study aims to analyze the measures implemented in the US, UK and Canada legislation regarding the procurement of low competitiveness products. Concern about transparency in hiring and especially at fair prices is not recent in those countries, which for years have been improving their laws to ensure fairness in the contractor and contractor relationship regarding the formation of the price and costs of non-market products. Competitive. The exploration of the main aspects of these laws aimed to suggest basic measures for the elaboration of a Brazilian rule that imposes to the contractors the obligation to supply the necessary data to assure the auditing of the pricing process, aiming to guarantee the protection of the purse in order to prevent overpricing.

Keywords: Low Competitiveness, Costs, Price, Overprice

** Major do Serviço de Intendência. Bacharel em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN) em 2003. Pós-Graduado em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (EsAO) em 2011.

* Capitão do Serviço de Intendência. Bacharel em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN) em 2009.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil na década de 1980 chegou a alcançar a posição de oitavo maior exportador de produtos de defesa no mundo, um mercado que atualmente representa cerca de 1,5 Trilhão de Dólar a cada ano. Nesse contexto, tem sido tomadas medidas para que essa posição perdida ao longo dos anos seja retomada.

Com esse objetivo o Ministério da Defesa tem introduzido iniciativas como o Plano de Articulação e Equipamento de Defesa (PAED) e a lei 12.598/12, marco legal amplamente favorável para o investimento privado no setor, de forma a fomentar a Base Industrial de Defesa.

No entanto, esse cenário favorável de investimentos no setor de defesa alimenta a preocupação quanto a transparência na formação do preço e dos custos praticados nas contratações desse setor, uma vez que trata-se de materiais complexos e de baixa competitividade.

A lei 12.598/12, apesar de representar o marco legal do fomento no setor de defesa, não inovou quanto as exigências em relação aos dados a serem fornecidos pelas contratadas, sobretudo no que tange a formação de preços.

Em geral as aquisições governamentais são fruto da competição entre fornecedores e, salvo raras exceções, essa é uma condição essencial para a obtenção do melhor valor em troca do preço pago por um produto ou serviço. Porém, algumas circunstâncias podem inviabilizar a competição, não tendo o poder público outra opção que não seja negociar com um único fornecedor. (UNCITRAL, 2014)

O elevado valor, a alta complexidade tecnológica, questões de soberania nacional, entre outros fatores são circunstâncias que contribuem para o baixo índice de competição em aquisições de no setor de defesa. (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016)

A proliferação de altos números de compras de fonte única é uma parte de um ambiente geralmente opaco que caracteriza o setor de defesa, contribuindo para sua percepção como um dos três setores internacionais mais corruptos (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016).

A TI (UK) publicou um guia para o risco de corrupção nas fases específicas do

processo de aquisição de defesa (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016).

A Transparência Internacional, entidade não-governamental criada com a finalidade de combater a corrupção global, criou um ranking (*Government Defense Anti-Corruption Index*) que avalia especificamente os controles instituídos por instituições de defesa para combater a corrupção. Esse ranking é organizado em seis classificações, denominadas bandas, as quais ordenam as avaliações, sendo as melhores classificadas na banda “A” e as piores na banda “F”. Em 2015, o Brasil foi classificado na banda E, risco muito elevado –, com uma nota de 29%. Especificamente na dimensão de aquisições (*Procurement*), o Brasil foi classificado na banda D, risco elevado, com amparo na existência de “evidências que militares frequentemente contornam as leis de licitação e a maioria das compras são destinadas a fornecedores únicos, de forma não competitiva, opaca.” (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2015)

1.1 PROBLEMA

A ausência da regulamentação no que se refere às compras de produtos de alta complexidade e de baixa competitividade, além de proporcionar um ambiente para atos de corrupção, força os agentes públicos a buscarem nas legislações existentes o amparo que se mostra insuficiente para as aquisições com tais características.

A legislação brasileira não oferece instrumentos específicos para lidar com situações em que não existem produtos similares no mercado. O art. 25 da Lei 8.666/1993 estabelece que a licitação, procedimento administrativo para aquisição de bens ou serviços pelos entes da administração direta ou indireta, é inexigível quando houver inviabilidade de competição. O art. 26, inciso III, da Lei 8.666 de 1993 estabelece que processos de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos com justificativa de preços, mas não descreve procedimentos que devam ser adotados pelo gestor para avaliar se o preço proposto pelo fornecedor é justo e razoável quando o produto não tem similares no mercado.

Portanto, partindo das premissas de que o gestor público, sobretudo o do Setor de Defesa, não possui legislação específica que proporcione a segurança jurídica necessária para a aquisição de Produtos de Defesa de baixa competitividade, bem como sendo esse cenário propício para atos de corrupção, chegamos ao problema a

ser solucionado: Quais são as principais medidas a serem implementadas em uma legislação para aquisição de Produtos de Defesa de alta complexidade e com baixa competitividade?

1.2 OBJETIVOS

A fim de demonstrar a necessidade da elaboração de legislações específicas para a contratação e aquisição de materiais de alta complexidade e baixa competitividade, o presente estudo pretende analisar as legislações e o benefícios de sua implementação em outros países que possam nortear a elaboração de uma possível legislação brasileira.

Para viabilizar a consecução do objetivo geral de estudo, foram formulados os objetivos específicos, abaixo relacionados, que permitiram o encadeamento lógico do raciocínio descritivo apresentado neste estudo:

- a) Estudar as principais legislações de aquisições de Produtos de Defesa no mundo;
- b) Identificar os benefícios trazidos pela implementação dessas legislações;
- c) Analisar o cenário no momento da elaboração dessas legislações;
- d) Demonstrar a importância da existência de Leis específicas para compras de baixa competitividade no setor de Defesa;

1.3 JUSTIFICATIVAS E CONTRIBUIÇÕES

A elaboração de regramento referente às aquisições de Produtos de Defesa de alta complexidade e baixa competitividade, além de permitir maior transparência da contratação, possibilitaria exigir a abertura de custos dos produtos pretendidos, conhecendo o preço justo a ser praticado;

No Brasil, alguns produtos de defesa são produzidos por um único fornecedor, em que não havendo uma legislação amparadora para a aquisição de produto de baixa competitividade, a administração encontrar-se-á em desvantagem de negociação junto ao fornecedor detentor do monopólio.

A legislação brasileira não oferece instrumentos específicos para lidar com situações em que não existem produtos similares no mercado. O art. 25 da Lei 8.666/1993 estabelece que a licitação, procedimento administrativo para aquisição de bens ou serviços pelos entes da administração direta ou indireta, é inexigível

quando houver inviabilidade de competição. O art. 26, inciso III, da Lei 8.666 de 1993 estabelece que processos de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos com justificativa de preços, mas não descreve procedimentos que devam ser adotados pelo gestor para avaliar se o preço proposto pelo fornecedor é justo e razoável quando o produto não tem similares no mercado.

Em contraste com o ordenamento jurídico brasileiro, a legislação de diversos países prevê mecanismos que mitigam a assimetria de informações entre o poder público e fornecedores de produtos de defesa, os quais visam assegurar que o preço contratado seja justo e razoável para ambas as partes.

O Ministério da Defesa, entre todos os legitimados a participar do processo de elaboração de leis, é o órgão mais indicado para liderar as ações iniciais necessárias para tratar o risco existente pela ausência de regulação da contratação de produtos de alta complexidade e baixa competitividade, pois, além de ser matéria afeta à sua área de atuação, detém competência atribuída por lei para dispor sobre política nacional de compra, contratação e desenvolvimento de produtos de defesa.

Com a edição do Decreto 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabeleceu-se, por meio do art. 17, que os riscos com potencial de impactar o alcance dos objetivos organizacionais devem ser devidamente mapeados e tratados.

Nesse sentido, o presente estudo se justifica por promover uma pesquisa a respeito de um tema atual e de suma importância para a mitigação do risco da contratação com sobrepreço dos produtos em que não haja a competitividade para regular o preço justo a ser praticado.

O trabalho pretende, ainda, apresentar medidas adotadas em outros países que se mostraram positivas com o intuito de poderem basear os estudos necessários para a elaboração de legislações similares no Brasil.

2. METODOLOGIA

Para colher subsídios que permitissem formular uma possível solução para o problema, o delineamento desta pesquisa contemplou leitura analítica e fichamento das fontes, apresentação das soluções nas diversas legislações implantadas, argumentação e discussão de resultados.

O presente estudo será realizado dentro de um processo científico com intuito

de demonstrar a importância e a necessidade da implementação de uma legislação específica para aquisição de bens de alta complexidade e baixa competitividade no Setor de Defesa. A pesquisa terá início na revisão teórica do assunto, através de consulta bibliográfica e legislações já concebidas em diversos países no mundo.

Trata-se de estudo bibliográfico que, terá por método a leitura exploratória e seletiva do material de pesquisa, bem como sua revisão integrativa, contribuindo para o processo de síntese e análise dos resultados dos estudos.

Quanto ao objetivo geral a seleção das fontes na modalidade de pesquisa **exploratória** será baseada em publicações de domínio público com as seguintes prioridades: Livros; Artigos de Revistas; Legislações e Portais de notícias na internet.

Quanto à forma de abordagem do problema, utilizaram-se, principalmente, os conceitos de pesquisa **descritiva**, pois as referências tratam-se de legislações em vigor em outros países e de estudos a respeito do benefícios trazidos por elas.

Na pesquisa descritiva realiza-se o estudo, a análise, o registro e a interpretação dos fatos do mundo físico sem a interferência do pesquisador. São exemplos de pesquisa descritiva as pesquisas mercadológicas e de opinião (BARROS e LEHFELD, 2007)

2.1 REVISÃO DE LITERATURA

Iniciamos o delineamento da pesquisa com a definição de termos e conceitos, a fim de viabilizar a solução do problema de pesquisa, sendo baseada em uma revisão de literatura no período de jan/1960 a jan/2019. Essa delimitação baseou-se no aparecimento de legislações e de estudos sobre contratação de produtos de baixa competitividade nos diversos países no mundo.

O limite anterior foi determinado almejando incluir as análises sobre o caso inglês. Desde a década de 1960, o Reino Unido dispunha de sistema instituído especificamente para verificar se contratos de defesa não-competitivos estavam dentro de parâmetros de custo e, sobretudo, lucro aceitáveis. Depois de diagnosticar que esse sistema estava defasado e apresentava uma série de deficiências, o governo britânico lançou um novo estatuto (Single Source Contract Regulations, mais conhecido como The Regulations) para lidar com contratos celebrados com fornecedor exclusivo. (REINO UNIDO, 2017)

Foram utilizadas as palavras-chave compras, procurement, single source price regulations, non competitive procurement, produto de defesa, governança, transparência, custos, sobrepreço correlatos em português, inglês, espanhol e francês, em sítios eletrônicos de procura na internet, na base de dados da biblioteca de monografias da Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (EsAO), Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), sendo selecionados apenas os artigos em português, inglês, espanhol e francês.

2.1.1 REINO UNIDO

O setor de Defesa por apresentar a concentração de contratações, de baixa competitividade ou sem competitividade de elevados valores em um pequeno número de contratos, com pouca transparência, torna-se susceptível ao risco de corrupção, como também o de realizar contratações com sobrepreço. (AGUADO, 2016)

A não competitividade no setor de Defesa pode ser um desafio aos agentes públicos, pois não há parâmetros e métodos para avaliar se o preço proposto pelo fornecedor é razoável e justo, restando a administração sujeita e refém do fornecedor exclusivo, uma vez que não há informações disponíveis no mercado. A relação entre fornecedor e administração torna-se assimétrica, permanecendo com o primeiro o monopólio das informações relevantes sobre a precificação do produto. Dessa forma, há um risco elevado de se contratar com sobrepreço. (REINO UNIDO, 2017)

Os contratos de fonte única são atualmente regidos pelo *Yellow Book*, chamado Livro Amarelo.

O Livro amarelo data de 1968 e assume a forma de um acordo entre o Tesouro de Sua Majestade (HM Treasury) e a Confederação da Indústria Britânica (CBI), supervisionado pelo Conselho de Revisão para Contratos Governamentais. O Livro Amarelo é a única reserva do Ministério da Defesa e seus contratantes. Nele é previsto a "Igualdade de Informações" no momento da contratação, um conceito muito mais limitado do que o padrão de arranjos de livros abertos em colaborações estratégicas entre empresas do setor privado. Há também uma provisão para pós-custeio que permite ao Ministério da Defesa examinar os números ex post tanto para informar os preços subsequentes quanto para revelar qualquer falha no cumprimento da Igualdade de Informação. Também permite que sejam reivindicados

"lucros irreconhecíveis" por meio de negociação ou por meio de uma rota contratual envolvendo o Conselho de Revisão. No entanto, provar uma violação do requisito de Igualdade de Informação após a passagem de muitos anos é muito difícil (como um caso recente antes do Conselho de Revisão ter ilustrado). (CURRIE, 2011)

Depois de diagnosticar que esse sistema estava defasado e apresentava uma série de deficiências, o governo britânico lançou um novo estatuto (Single Source Contract Regulations, mais conhecido como The Regulations) para lidar com contratos celebrados com fornecedor exclusivo.

Em 2014, foi elaborado um novo estatuto, o *Single Source Contract Regulations* com a finalidade de solucionar as deficiências apresentadas no antigo método. (REINO UNIDO, 2014)

O novo estatuto fora lançado em 2014 como parte da lei de reforma da defesa naquele país e, para implementá-lo, foi estabelecido um órgão específico, o "Escritório para Regulação de Contratos de Única Fonte" (em inglês, Single Source Regulations Office, SSRO). Com a aplicação do novo estatuto, o Ministério da Defesa britânico espera economizar cerca de 1.7 bilhão de libras esterlinas ao longo de um período de dez anos. (REINO UNIDO, 2014)

O Departamento tem um objetivo mais detalhado de economizar £ 637 milhões dos Regulamentos até 2020. Está sendo realizado um trabalho adicional para garantir que as reduções sejam identificadas corretamente e para entender melhor se é provável que as economias sejam realizadas dentro do prazo necessário para atingir a meta. O alcance real dessas economias dependerá do gerenciamento dos contratos em tempo e custo. Foram relatados cerca de £ 3 milhões conforme alcançado até o momento. (REINO UNIDO, 2014)

Pode ser observado que o governo britânico busca a todo tempo a mensuração da efetividade e eficiência de suas leis de modo a alcançar a meta estabelecida.

No que se refere às regras da *The Regulations*, destacamos:

a) previsão de cobertura de 100% dos contratos não-competitivos com valor superior a cinco milhões de Libras, excetuando-se apenas circunstâncias excepcionais;

b) linha de base para a taxa de lucro baseada em uma taxa de lucro comparável para o setor estabelecida anualmente, usando um grupo de referência definido pela SSRO e uma metodologia padrão.

c) a SSRO estabelece orientação sobre itens de custo aceitáveis. O Ministério da Defesa determina os custos aceitáveis, não-aceitáveis e parcialmente aceitáveis.

d) contratadas têm a obrigação legal de fornecer uma decomposição exaustiva (full breakdown) dos custos e demonstrar que eles são aceitáveis, e esses são escrutinizados e discutidos pela equipe de negociadores do projeto.

2.1.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Assim como o Reino Unido, os Estados Unidos estabeleceram um sistema específico para contratos de defesa não-competitivos na década de 1960. A nova legislação (*Public Law 87-653, Truth in Negotiations Act*, conhecido como TINA), foi lançada como resposta a uma série de auditorias do GAO, *Government Accountability Office*, Entidade de Fiscalização Superior dos Estados Unidos, que havia desvendado diversos contratos de defesa com sobrepreço em razão da não disponibilização, por parte das empresas contratadas, para os negociadores governamentais de informações fidedignas sobre os custos. (WILLIAMS, 1970)

Em 1994, o congresso norte-americano decidiu estender as regras da TINA para todos os tipos de contrato não-competitivos, e não apenas de produtos de defesa.(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010)

Atualmente, o estatuto prevê que o dirigente máximo do órgão contratante deve exigir que ofertantes, contratadas e subcontratadas forneçam dados de custo e de precificação para contratos (ou suas alterações) que ultrapassem U\$\$ 2.000.000, se firmados após 30 de junho de 2018; e US\$ 750.000, para contratos firmados.(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010)

Entre as regras previstas na TINA, ressalta-se:

a) previsão de circunstâncias em que não é cabível a solicitação dos dados de custo e precificação:

I.) preço baseado em competição adequada ou definido por lei ou regulamento;

II.) aquisição de item comercial;

III.) casos excepcionais; e

IV.) casos específicos relacionados a acordos de *offset* e vendas de sistemas de armas para o exterior;

b) provisão contratual obrigatória de que o preço contratado será ajustado para excluir qualquer quantidade significativa que o dirigente máximo do órgão impute à empresa contratada em razão da submissão de dados de custo e preço incorretos; e

c) para o propósito de avaliar a precisão, completude e atualidade dos dados de custo e precificação submetidos, o dirigente máximo do órgão deverá ter o direito de examinar os registros da empresa contratada.

A aplicação da TINA é detalhada pela Federal Acquisition Regulations que descreve procedimentos de análise de custos que os negociadores governamentais podem usar para avaliar os dados de custo e precificação submetidos pela empresa contratada, além de prescrever regras para o estabelecimento da taxa de lucro em contratos não-competitivos.

Cumprido esclarecer que, segundo a TINA, dados de custo e precificação compreendem todos os fatos que, à época da data da definição do preço de um contrato (ou de uma alteração contratual) ou em outra data acertada entre as partes, um comprador ou vendedor prudente iria razoavelmente esperar que afetasse as negociações de preço significativamente. Como a norma não define o que seria um “impacto significativo”, tem-se considerado na prática que quase todo dólar é considerado significativo, ou seja, nenhuma quantidade é pequena demais para se investigar.

2.1.3 CANADÁ

No Canadá, a legislação federal de licitações já prevê regras específicas para a justificativa de preço de contratos não-competitivos, como a obrigação do licitante de fornecer qualquer documentação de suporte requisitada pelo governo canadense. (CANADÁ, 2007)

Em não havendo a possibilidade de comparação de preços no mercado, os fornecedores, no Canadá, ficam obrigados a demonstrar um detalhamento de preços mostrando o custo da mão-de-obra direta, materiais diretos, itens comprados, despesas gerais de engenharia e instalações, despesas gerais e administrativas, transporte, etc. e lucro; ou qualquer outra documentação de apoio solicitada pelo Canadá. (CANADÁ, 2007)

A estrutura de preços canadense é composta pelos princípios de custos

contratuais do Canadá e pela política de lucros do Public Services e Procurement Canada. (CANADÁ, 2016)

O Canadá busca parceiros em todo mundo, que possuam uma abordagem semelhante, para compartilhar informações e realizar auditorias em contratos de fornecedores canadenses. A globalização dos negócios militares e o envolvimento do setor de defesa Canadense torna esse processo cada vez mais importante. (CANADÁ, 2016)

Em novembro de 2013, a Associação Canadense de Indústrias de Defesa e Segurança (CADSI) publicou um relatório sobre políticas governamentais. O relatório destacou a necessidade de examinar mais amplamente questões sobre como precificar contratos não competitivos e considerar abordagens alternativas para a contratação. (CANADÁ, 2016)

A estrutura de preços do Canadá não é aplicada de forma consistente a contratos militares por funcionários públicos de compras dos Serviços Públicos e da Procurement Canada. Não há conhecimentos técnicos suficientes, como o de especialistas industriais militares, para validar o processo de produção ou outras questões técnicas que determinam custos e riscos. (CANADÁ, 2016)

Devido esses fatores buscou-se apontar as deficiências no processo de aferição do preço justo e possíveis soluções.

Alguns termos específicos na seção 3.1031-2 do Manual de Cláusulas e Condições de Aquisição Padrão, que trata da formação do preço, devem ser alterados e mais instruções sobre a aplicação devem ser fornecidas. Pesquisar e identificar elementos de custo que exijam um entendimento comum, o que pode resultar em alterações na seção 3.1031-2. (CANADÁ, 2016)

Deverá ser desenvolvido material de orientação e ferramentas para explicar como aplicar a precificação baseada em custo para garantir que ela seja aplicada de forma consistente. (CANADÁ, 2016)

Pesquisar, identificar e atualizar material de orientação para melhor reconhecer e recompensar a transferência de risco na precificação baseada em custo, comparando as práticas internacionais e considerar ajustes como uma medida provisória para determinar o lucro. (CANADÁ, 2016)

Devido a ausência de militares especialistas, a Public Services and Procurement Canada contratou um especialista independente para prestar assessoria sobre a Estratégia Nacional de Construção Naval. (CANADÁ, 2016)

As regras para os custos permitidos no SACC 1031-2 são sensatas e exigiram apenas algumas pequenas alterações para esclarecer a interpretação. As divergências apresentam-se quanto ao cálculo da taxa de lucro, que é vista como rígida e excessivamente prescritiva no conteúdo (e na aplicação). Principalmente, os intervalos de taxa de lucro identificados não estão vinculados a nenhuma informação de mercado (como no Reino Unido) e são vistos como arbitrários. (CANADÁ, 2016)

A validação técnica de soluções geralmente não envolve especialistas industriais militares que possam precificar a especificação do governo, como a indústria identificará um "custo" das variações propostas pelos licitantes e avaliará a eficácia dos arranjos da cadeia de suprimentos. Como resultado, o Canadá está confiando nos licitantes para fornecer os custos e informações técnicas, sem escrutínio imparcial. (CANADÁ, 2016)

As regras atuais, no Canadá não fornecem orientação sobre o uso de contratos baseados em desempenho, que está sendo usado cada vez mais no Reino Unido e na Austrália. A contratação baseada em desempenho não considera lucro, mas sim preço, valor e incentivo. Em termos de aplicação, entende-se que a orientação central deve ser baseada em princípios para proporcionar uma flexibilidade sensata para a interpretação. (CANADÁ, 2016)

2.1.4 BRASIL

Algumas legislações já em vigor no Brasil chamam a atenção para a adoção de providências para a mitigação e superação dos riscos na contratação, podendo ser verificado o que prescreve o artigo 17 do Decreto 9.203/2017 sobre os deveres da alta administração das organizações da administração pública federal direta, devendo estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, avaliação ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação estratégica e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional. (BRASIL, 2017)

A existência de óbices legais que impedem o acesso às informações de custos para justificar a razoabilidade do preço contratado, aponta de fato um risco crítico ao alcance de objetivos estabelecidos para a atuação da administração pública, como a observância aos princípios da eficiência, da economicidade e da

transparência. O artigo 4º, inciso IX, do Decreto 9.203/2017 estabelece como diretriz de governança a edição e revisão de atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realização de consultas públicas sempre que conveniente. (BRASIL, 2017)

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O estudo envolveu uma revisão da orientação por escrito em jurisdições semelhantes. Embora as suítes de documentação e linguagem variassem, os princípios relacionados aos custos permitidos eram semelhantes e seriam aplicados a arranjos de origem única e concorrentes. Uma diferença notável entre as jurisdições está na aplicação da contratação de preço fixo. Nas demais jurisdições revisadas, os preços fixos são negociados com base em uma revisão rigorosa dos custos pro forma.

No Canadá, menos rigor é aplicado; no entanto, o preço é ajustado após o fechamento do contrato, de forma que qualquer lucro acima do nível negociado seja recuperado. Uma segunda diferença notável refere-se aos cálculos da taxa de lucro. A taxa de lucro no Reino Unido começa com uma amostra de mercado e se ajusta a isso, usando etapas lógicas que poderiam considerar a transferência de risco em um nível de contratação baseado no desempenho.

Os Estados Unidos têm orientação abrangente e taxas de lucro definidas por tipo de contrato, mas há latitude sobre como isso é aplicado, conforme exercido pelo executivo contratante. Os Estados Unidos e o Reino Unido têm mecanismos claros de incentivo, e isso nunca é apenas para atender aos requisitos básicos, como entendemos que podem acontecer no Canadá. No Reino Unido, o incentivo está ligado a uma necessidade específica, como cumprir o cronograma.

Além disso, existem algumas diferenças específicas, como o uso pelo Reino Unido de um regulador independente (Single Source Regulations Office) para julgar litígios e fornecer relatórios de conformidade, se solicitado pelo governo ou pela indústria. O Reino Unido usa parcerias público-privadas (PPP) para soluções de defesa (PPPs são usadas no Canadá, mas não para defesa) e sempre precisaram de orientações que possam lidar com esse modelo de entrega (que é uma forma avançada de desempenho). com base em contrato). Se o Canadá quiser usar

diferentes tipos de modelos de entrega para defesa, a orientação precisa ser modificada para cobrir essas estruturas de contrato.

Ainda que haja especificidades nas legislações de cada país, resta demonstrada a tentativa de buscar a transparência nas compras públicas, de modo que as relações entre contratante e contratado mantenham-se equivalentes.

A implementação de legislação específica para compras de baixa competitividade e a preocupação com a transparência nas contratações desse tipo não são ações recentes, datando desde o final da década de 60, em países como EUA e Reino Unido. Em contraste, o Brasil não apresentou até os dias atuais uma legislação que institísse força ao setor público e que obrigasse as empresas a responsabilizarem-se pela prestação dos dados de formação de preço e custos, ou mesmo que impusesse como condição de contratação a demonstração desses dados.

Apesar de apresentar um avanço no que tange a responsabilidade na contratação, pautada na governança e gestão de riscos, o decreto 9.203/2017 é ainda bastante vago sobre as contratações de baixa competitividade e não abarca as práticas a serem realizadas e nem mesmo estabelece obrigações quanto à responsabilização nos dados de formação de preços.

O presente trabalho verificou que é possível a implementação de legislações no tema sugerido e que o aperfeiçoamento das mesmas é algo necessário e natural.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de iniciar as considerações finais, cabe rememorar o problema que norteou este trabalho: Quais são as principais medidas a serem implementadas em uma legislação para aquisição de Produtos de Defesa de alta complexidade e com baixa competitividade?

A revisão da literatura permitiu concluir que a implementação de legislação referente às contratações de baixa competitividade e alta complexidade não é recente, bem como é um produto de constante atualização. Ela foi implementada em países como: EUA, Reino Unido, Canadá.

A análise das legislações específicas implementadas nesses países possibilitou responder o problema implicado, restando sugeridas as seguintes ações

a serem implementadas em possível legislação a ser constituída pela República Federativa do Brasil:

- Estabelecimento de uma linha base para a taxa de lucro praticada, comparável para o setor, atualizada anualmente, pelo Ministério da Defesa, contendo uma metodologia padrão.
- O Ministério da Defesa determina os custos aceitáveis, não aceitáveis e parcialmente aceitáveis.
- As contratadas tem a obrigação legal de fornecer uma decomposição exaustiva dos custos.
- Provisão contratual obrigatória com a finalidade de garantir qualquer prejuízo referente à submissão de dados de custo e preço incorretos pela contratada.
- Estabelecer a obrigatoriedade da participação de especialistas industriais militares para validar o processo de produção e outras questões técnicas que determinam custos e riscos.

As medidas mencionadas são parte coincidente dessa pesquisa, reforçando a mensagem de que é possível estabelecer ações com o objetivo de garantir ao poder público a equidade, entre contratante e contratado, no momento da contratação de materiais de baixa ou nenhuma competição no mercado.

As ações aqui sugeridas são parte inicial de um estudo a ser aprofundado, mas que já evidencia um caminho necessário a ser trilhado, visando a eficiência do emprego do erário em contratações de Produtos de Defesa, sobretudo no estabelecimento da obrigatoriedade da apresentação dos dados de formação de preço e custo por parte da contratada.

A ingerência estatal sobre a atuação dos agentes econômicos privados é, tradicionalmente, justificada pelas ideias de poder de polícia, de império e da primazia, a priori, dos interesses da coletividade sobre os direitos meramente individuais, em benefício “dos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade” (DI PIETRO 2008)

Dessa forma, o poder do estado deve ser utilizado de forma a buscar o

interesse público da contratação, sobretudo no que tange o preço praticado. A lacuna de leis que obriguem ao fornecedor demonstrar com transparência a estrutura de formação de preço é um obstáculo a ser superado pelo Brasil.

Conclui-se, dessa forma, que é necessária a implementação de uma legislação que permita ao poder público estabelecer uma relação transparente, no que tange a formação dos preços ofertados pela contratadas, quando da contratação de produtos de baixa competitividade e alta complexidade.

REFERÊNCIAS

AGUADO, José; LÓPEZ, Antonio; VERA, Simón. Auditing defence procurement contracts in the European context: an inter-country analysis (p. 661)

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL.

BRASIL. DECRETO Nº 9.204, DE 22 de novembro de 2017. A política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm. Acesso em: 20/03/2019

CANADÁ. *Price Support – Non- competitive Bid Clause (ID: C0008T). Standard Acquisition Clauses and Conditions*. Disponível em: <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/standard-acquisition-clauses-and-conditions-manual/5/C/C0008T/5>
Acesso em: 20/03/2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2008. p. 108.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Code Title 10 2306a: Cost or pricing data: truth in negotiations. Disponível em: [http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title10-section2306a\(h\)\(1\)&num=0&edition=prelim](http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title10-section2306a(h)(1)&num=0&edition=prelim). Acesso em: 20/03/2019

REINO UNIDO. NAO. National Audit Office. Improving value for money in non-competitive procurement of defence equipment. (p. 14-15). Disponível em: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2017/10/Improving-value-for-money-in-non-competitive-procurement-of-defence-equipment.pdf>. Acesso em: 20/03/2019

REINO UNIDO. NAO. *Improving value for money in non-competitive procurement of defence equipment*. (p. 19). Disponível em: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2017/10/Improving-value-for-money-in-noncompetitive-procurement-ofdefence-equipment.pdf> . Acesso em: 20/03/2019

REINO UNIDO. Defence Reform Act 2014 (Item 13. Single Source Regulations Office (or “SSRO”; Schedule 4 – Single Source Regulations Office). Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/20/pdfs/ukpga_20140020_en.pdf Acesso em: 20/03/2019

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Single Sourcing – A Multi-Country Analysis of

Non- Competitive Defence Procurement. Corruption Risks Series. (p. 11). Disponível em: <http://ti-defence.org/wp-content/uploads/2016/03/140910-Single-Sourcing.pdf>. Acesso em: 20/03/2019

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Results G20 – Government Defence Anti-Corruption Index (p. 11). Disponível em: <http://government.defenceindex.org/countries/brazil/>. Acesso em: 20/03/2019

UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement (p. 39; p. 220-223, Conditions for use of single-source procurement). Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>. Acesso em: 20/03/2019

WILLIAMS, Ward T. The Truth-in-Negotiations Act: The Need for Both Truth and Fairness, 16 Vill. L. Rev. 108, 1970 (p. 108-110). Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1888&context=vlr>. Acesso em: 20/03/2019