
PARCERIA PARA A INOVAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA E A LEI FEDERAL DE INOVAÇÃO BRASILEIRA

*INNOVATION PARTNERSHIP IN EUROPEAN UNION AND
THE BRAZILIAN FEDERAL INNOVATION ACT*

Caio Márcio Melo Barbosa

*Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica
do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação*

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (Unifor)

SUMÁRIO: Introdução; 1 O poder de compra do Estado no incentivo à inovação; 2 Parceria para a inovação na União Europeia; 3 Encomenda tecnológica; 4 Vantagens do modelo europeu de parceria para a inovação sobre as encomendas tecnológicas do Brasil; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo estabelece análise comparativa entre a parceria para a inovação, um procedimento específico de contratação contido na Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e o tipo contratual previsto no art. 20 da Lei nº 10.973/2004 (Lei Federal de Inovação), conhecido no Brasil por encomenda tecnológica. O artigo se inicia com a explicitação dessas duas modalidades contratuais, suas finalidades e contornos gerais. Em seguida, demarca as principais vantagens do modelo europeu, de maneira a apontar deficiências na atual regulação dos contratos públicos de encomenda tecnológica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Inovação. Contratos públicos. Parceria para a Inovação na União Europeia. Lei Federal de Inovação.

ABSTRACT: This study establishes comparative analysis between the innovation partnership, a specific procedure for procurement contained in Directive 2014/24/EU, of the European Parliament and of the Council, and the contractual provision of article 20 of Law 10.973/2004 (Federal Innovation Act), known in Brazil for technological order. The article begins with the explanation of these two contractual arrangements, its goals and general outlines. Then it demarcates the main advantages of the European model, in order to propose improvements in the regulation of the technological orders.

KEYWORDS: Innovation Law. Public Procurements. Innovation Partnership in European Union. Federal Innovation Act.

INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, a União tem tentado fazer bom uso do seu poder de compra para estimular a inovação produtiva, mas tem esbarrado na inadequação das normas federais sobre licitações e contratos administrativos. Com a aprovação da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (Lei Federal de Inovação), tentou-se superar esse gargalo jurídico, mas de forma incompleta.

O objetivo maior deste estudo é apontar as principais deficiências da regulação do contrato de encomenda tecnológica, previsto no art. 20 da Lei Federal de Inovação, a partir da análise comparativa com a parceria para a inovação, um procedimento específico de contratação contido na Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

Somente após a identificação dos erros é possível aperfeiçoar o atual marco regulatório da ciência, tecnologia e inovação do Brasil. O presente artigo também se presta, de certa maneira, a esse propósito de aperfeiçoamento, ainda mais porque a literatura jurídica a respeito do tema é quase inexistente.

O estudo está dividido em cinco partes além desta introdução. A primeira seção trata do uso do poder de compra do Estado para incentivar a pesquisa e o desenvolvimento científico e tecnológico. A segunda seção apresenta a parceria para a inovação e os procedimentos para a sua celebração. A terceira discorre sobre aspectos gerais do contrato de encomenda tecnológica. A partir de estudo comparativo, a quarta seção apresenta as vantagens do modelo europeu de parceria para a inovação, de maneira a apontar deficiências na atual regulação das encomendas tecnológicas. A última seção conclui o trabalho com propostas de aperfeiçoamento do atual marco regulatório da ciência, tecnologia e inovação.

1 O PODER DE COMPRA DO ESTADO NO INCENTIVO À INOVAÇÃO

As inovações revolucionárias do último século – da aviação aeroespacial à biomedicina, da internet à biotecnologia, da energia nuclear à nanotecnologia – somente se tornaram possíveis graças à atuação do Estado, sobretudo no estágio inicial da pesquisa básica e durante o chamado *Vale da Morte*, que corresponde à arriscada fase do processo de inovação que ocorre entre a validação de um conceito e a realização de testes com protótipos e sua aprovação, quando muitas empresas sucumbem antes de tornar o produto comercialmente viável.¹

1 Sobre o tema, conferir MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, passim.

Como exemplo disso, a Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), criada em 1958 para dar superioridade tecnológica aos Estados Unidos no contexto do pós-guerra, incentivou a produção de tecnologias de defesa que, posteriormente, tiveram variadas aplicações comerciais, as quais impulsionaram a prosperidade econômica. Seus investimentos foram fundamentais para a revolução nos campos da eletrônica e da comunicação que remontam às décadas de 1960-70. A própria internet teve origem no projeto da DARPA de desenvolver uma rede de comunicação que não deixasse o país vulnerável na hipótese de ataque nuclear.

Também o Reino Unido financiou tecnologias hoje com múltiplas utilidades comerciais, muitas vezes em parceria com universidades e laboratórios nacionais. O filme *O Jogo da Imitação* (2014), que conta a biografia de Alan Turing, considerado o pai da ciência da computação e da inteligência artificial, ilustra como o governo britânico custeou uma equipe de pesquisadores com o objetivo de decifrar os códigos que o comando militar nazista usava para enviar mensagens aos submarinos alemães durante a Segunda Guerra Mundial. A engenhoca construída por Turing no filme foi uma precursora dos computadores modernos.

A atuação dos Estados não se limita a estimular o setor de pesquisa e desenvolvimento (P&D) por meio de empréstimos, subvenções (de natureza não reembolsável), benefícios fiscais e criação de agências governamentais de pesquisa. Todas as nações, em especial aquelas que logo cedo compreenderam o papel estratégico do Estado nos sistemas de inovação, valem-se do seu poder de compra para induzir o surgimento de novas tecnologias, a fim de enfrentar problemas que ainda não são equacionados pelas soluções disponíveis no mercado.

Estima-se que as compras públicas são responsáveis por cerca de 15% do Produto Interno Bruto do Brasil. Algo similar é observado nos outros países. Por ser o maior consumidor interno, é natural que os Estados empreguem seu poder de compra para fomentar mercados ou mesmo criar novos mercados, induzindo, com isso, o desenvolvimento sustentável e a inovação tecnológica.

Nos Estados Unidos, um importante mecanismo de estímulo à inovação consiste nas políticas de contratos públicos. Segundo Mazzucato², o mercado da energia solar, por exemplo, foi criado com forte apoio governamental. As primeiras grandes oportunidades para a tecnologia solar fotovoltaica foram proporcionadas pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos e pela National Aeronautics and Space Administration

2 MAZZUCATO, op. cit., p. 206.

(NASA), quando encomendaram células solares produzidas por empresas americanas para os satélites espaciais.

Este trabalho busca revelar algumas das modelagens contratuais que a União Europeia (UE) e o Brasil têm utilizado na realização de compras governamentais voltadas para a inovação. Para entender tais modelagens, devemos desde já pontuar que as aquisições de P&D possuem especificidades que os distinguem bastante dos contratos públicos tradicionais. Dentre as especificidades dos contratos de P&D, menciono quatro:

- i) O ente estatal nem sempre é capaz de descrever previamente e com precisão aquilo que ele deseja contratar e qual o preço justo da remuneração, porque, em matéria de inovação, às vezes só se pode exigir da autoridade pública adjudicante a indicação da sua necessidade, não os meios técnicos e financeiros aptos para alcançar a solução do problema. Essa impossibilidade não advém de falha ou falta de preparo técnico da Administração, e sim da complexidade intrínseca do objeto que torna inviável a predefinição antecipada de todos os aspectos técnicos e financeiros envolvidos no projeto. Em outras situações, o ente estatal até é capaz de descrever os aspectos técnicos e financeiros, mas não de definir sem ajuda do mercado qual das várias possíveis soluções é a mais adequada à satisfação de suas necessidades. Ninguém será capaz de descrever o processo de produção da vacina contra o câncer – e quanto ela custa – até que a vacina esteja pronta e acabada. Mas, até que a vacina seja descoberta, inúmeros investimentos públicos são necessários;
- ii) É preciso que sejam criados mecanismos que permitam que o desenvolvedor da nova tecnologia possa também produzir ou fabricar, ainda que sem exclusividade, o produto (obra, serviço ou bem) resultante dessa tecnologia, o que contraria a lógica tradicional que veda que o autor do projeto básico/executivo fique responsável pela execução do serviço, da obra ou pelo fornecimento do bem;
- iii) É conveniente que exista a possibilidade de o ente estatal contratar simultaneamente com duas ou mais empresas o desenvolvimento e a fabricação do novo produto, a fim de evitar que um único fornecedor tenha domínio completo sobre a tecnologia e o processo de fabricação; e

- iv) O não alcance integral do resultado almejado não significa necessariamente fracasso e nem sempre decorre da culpa de qualquer das partes celebrantes, o que conflita com a ideia corrente de que os pagamentos devem ficar condicionados à entrega do exato objeto contratado.

Nas próximas seções, será visto como tais especificidades agem no direito comunitário e, também, no nosso sistema jurídico.

2 PARCERIA PARA A INOVAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

A Diretiva 2014/24/UE ocupou-se da disciplina dos contratos públicos em geral que tenham por escopo a execução de obras, a prestação de serviços e o fornecimento de bens em favor das administrações dos Estados-Membros.³ Ela revogou a Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004.

Anote-se, por oportuno, que as diretivas são atos legislativos aprovados na esfera da UE que, embora vinculantes, não tem aplicação automática, porque precisam ser transpostos para o direito interno para se tornar eficazes nos Estados-Membros. Nos termos do seu art. 90, os países da UE devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Diretiva 2014/24/UE, inclusive promovendo as modificações nas normas nacionais eventualmente conflitantes, até 18 de abril de 2016.⁴

Dentre as principais novidades trazidas pela Diretiva 2014/24/UE, destaca-se o propósito da UE de incentivar a inovação por meio de contratos públicos que possam gerar o desenvolvimento de soluções que ainda não existem no mercado, a exemplo de novos fármacos, dispositivos eletrônicos ou armamentos.

Para tanto, a novel diretiva instituiu um novo procedimento específico de contratação denominado *parceria para a inovação*, por meio do qual o ente estatal busca firmar um contrato de longo prazo que tem por objeto o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras (estágio de P&D) e a posterior aquisição dos bens, serviços ou obras daí resultantes (estágio

3 A versão na língua portuguesa (de Portugal) está disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em: 11 ago. 2015. Salvo expressa disposição em contrário, os artigos e preâmbulos referidos nesta seção pertencem à Diretiva 2014/24/UE.

4 Os atos legislativos da UE dividem-se em três tipos principais: regulamentos, diretivas e decisões. Os *regulamentos* se distinguem bastante das *diretivas* na medida em que são atos legislativos diretamente aplicáveis e vinculativos a todos os Estados-Membros, que por isso mesmo não precisam transpô-los para o direito interno, embora este possa ter que ser alterado para evitar conflitos normativos. As decisões dizem respeito a questões concretas e são aplicáveis apenas à pessoa ou entidade a que se destinam.

comercial), sem haver necessidade de um procedimento de contratação separado para a aquisição.

Antes de focar nossa análise no procedimento específico das parcerias para a inovação, convém esclarecer, neste momento, que a Diretiva 2014/24/UE prevê cinco tipos de procedimentos na adjudicação de contratos públicos que estão para o direito comunitário assim como as modalidades de licitação (concorrência, convite, pregão, etc.) estão para o direito brasileiro. Os cinco procedimentos da diretiva são os seguintes: concurso aberto (art. 27), concurso limitado (art. 28), procedimento concorrencial com negociação (art. 29), diálogo concorrencial (art. 30) e parcerias para a inovação (art. 31). Existe, ainda, o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso (art. 32), que seria algo equivalente às nossas contratações diretas por dispensa e inexigibilidade de licitação.

O procedimento específico das parcerias para a inovação, embora baseado no procedimento concorrencial com negociação, possui regras somente aplicáveis às parcerias para a inovação, o que bem evidencia a compreensão da UE sobre as especificidades dos contratos de P&D, a ponto de dedicar-lhes normas próprias.

O procedimento concorrencial com negociação, o diálogo concorrencial e o procedimento específico das parcerias para a inovação têm em comum o fato de que advêm de uma convicção formada na UE de que, em muitas situações, é imprescindível que as autoridades adjudicantes possam negociar o conteúdo das propostas com os potenciais fornecedores, sob pena de não se conseguir gerar resultados satisfatórios. O direito brasileiro não prevê esse tipo de negociação; pelo contrário, desestimula-o.

Enquanto o Brasil tem caminhado no sentido da aplicação extensiva de modalidades licitatórias fundadas em critérios de adjudicação exclusivamente voltados para o menor (pregão) ou maior preço (leilão) – com obsolescência dos tipos de licitação que prevejam o exame da *técnica* e com a negação de qualquer fase de negociação –, na Europa existe uma clara tendência de se outorgar aos entes governamentais maior flexibilidade na escolha de procedimentos de contratação que combinem elementos de competição com fases de negociação.

Com efeito, a Diretiva 2014/24/UE (Preâmbulo 90 e art. 67.2) incentiva que os Estados-Membros sejam autorizados a proibir ou restringir apenas a certos tipos de contrato a utilização do preço ou do custo como único critério de adjudicação, como forma de orientar a contratação pública para a qualidade.

As negociações têm por objetivo melhorar as propostas, de modo que a Administração Pública possa adquirir obras, bens e serviços perfeitamente adaptados às suas necessidades específicas. Os procedimentos

com negociação têm se mostrado especialmente úteis nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem predefinir adequadamente as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas (Preâmbulos 42 e 45).

Os procedimentos de negociação são geralmente usados quando preenchidos um ou mais dos seguintes critérios: i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis no mercado; ii) os bens ou serviços incluem a concepção de algo novo ou soluções inovadoras; iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associados; e iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante (art. 26.4).

Tais procedimentos não devem ser utilizados nos casos de serviços ou produtos imediatamente disponíveis que possam ser fornecidos por muitos operadores de mercado (Preâmbulo 43).

Passo, doravante, a expor os aspectos mais relevantes do procedimento específico das parcerias para a inovação.

Antes de tudo, fique claro que o procedimento concorrencial com negociação não é uma contratação direta. Cabe ao ente estatal divulgar um anúncio de concurso (edital) que descreva:

a) as necessidades da autoridade adjudicante por bens, serviços ou obras inovadoras não disponíveis no mercado, de forma suficientemente precisa de modo a permitir que os interessados identifiquem a natureza da solução necessária;

b) os requisitos mínimos que todos os interessados devem preencher, que correspondem às condições e características – nomeadamente de ordem física, funcional e jurídica – que qualquer proposta deverá satisfazer ou possuir; e

c) os critérios de adjudicação e a ponderação relativa atribuída a cada um desses critérios.

Em anexo ao anúncio de concurso, devem ser inseridas as especificações técnicas do objeto a ser contratado, as quais definem as características exigidas do bem, serviço ou obra, em termos, por exemplo, de desempenho ou exigências funcionais. Consoante será visto um pouco mais adiante, os requisitos mínimos não podem ser posteriormente alterados, mas as especificações podem.

As especificações técnicas devem ser elaboradas de modo a não restringir injustificadamente a concorrência. Bem por isso, deverão

possibilitar a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas. Nas parcerias para a inovação, isso adquire especial relevância, pois o Estado deve ficar aberto para soluções que não existem ou que, até então, não foram sequer pensadas.

Depois da divulgação do anúncio, os fornecedores interessados devem apresentar pedido de participação que contenha as informações para efeitos de seleção qualitativa. Os critérios de seleção qualitativa equivalem, *grosso modo*, às exigências de habilitação e aos impedimentos de participar previstos nas normas brasileiras de licitação. A fim de que possam prosseguir no certame, os interessados devem comprovar, por exemplo, que não estão inadimplentes no pagamento de impostos (art. 57.2) ou impedidos de participar de licitações públicas (art. 57.6). Devem, ainda, preencher requisitos de capacidade econômica e financeira (art. 58.3) e de capacidade técnica e profissional (art. 58.4).

Após avaliação das informações acima, a autoridade adjudicante convida para a fase de negociação apenas os fornecedores que tiverem passado pelo crivo da seleção qualitativa, podendo restringir o número de candidatos convidados a concorrer, que, nas parcerias para a inovação, não pode ser inferior a três (art. 65).

Só os candidatos convidados apresentam uma primeira proposta. Excepcionalmente, desde que previsto no anúncio ou no convite, o objeto pode ser adjudicado somente com base nessas propostas iniciais. No entanto, o normal é que tais propostas sirvam de base às negociações subsequentes.

A fase de negociação deve ser acompanhada de salvaguardas que garantam a observância dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Por causa disso, todas as propostas devem ser apresentadas por escrito e todas as fases do processo deverão ser documentadas. A autoridade adjudicante não pode facultar de forma discriminatória informações que possam conferir vantagens a um participante, tampouco pode revelar a outros participantes as informações confidenciais comunicadas por um candidato, salvo consentimento específico.

Cada competidor negocia com o Estado em separado, sem que a solução proposta por um deles seja de conhecimento dos outros. É também para evitar violação à isonomia que os requisitos mínimos e os critérios de adjudicação não podem ser objeto de negociação nem ser alterados no transcurso da negociação.

A negociação pode desenrolar-se em fases sucessivas, de modo a reduzir o número de participantes a partir da aplicação dos critérios de adjudicação. Ou seja, à medida que ficar claro que dada solução proposta não é a mais adequada à luz dos critérios adjudicatórios, a autoridade

adjudicante pode alijá-la da fase de negociação, permanecendo na fase seguinte apenas as propostas tidas como aptas.

Como as negociações têm por objetivo melhorar as propostas, de modo que o ente estatal possa obter produtos perfeitamente adaptados às suas necessidades, tais negociações podem dizer respeito a todas as características do objeto a ser contratado, incluindo a qualidade técnica, as quantidades, as cláusulas comerciais (preço, garantias, distribuição de riscos, etc.), bem como aspectos sociais, ambientais e inovadores, na medida em que não constituam requisitos mínimos (Preâmbulo 45). Podem alcançar, pois, questões técnicas, financeiras e jurídicas pertinentes à proposta.

Durante a negociação, é possível que o ente estatal perceba que as especificações técnicas originalmente previstas necessitam ser modificadas para que o produto final seja adequado às suas reais necessidades. Afinal, o setor privado detém conhecimento mais preciso sobre sua atividade do que o Estado, de sorte que o diálogo com os fornecedores naturalmente leva a um compartilhamento de informações que faz com que o ente estatal possa mudar algumas concepções iniciais.

Em verdade, no caso de tecnologias novas ou soluções não disponíveis no mercado, não se pode exigir a descrição *ex ante* de especificações técnicas da mesma forma que se exige em contratações tradicionais. Mais do que isso, a incerteza afeta todos os meandros do processo de contratação de P&D, desde a impossibilidade de determinar o seu objeto previamente, com o nível de detalhamento que usualmente se requer do Poder Público, até o estabelecimento do tempo de conclusão da pesquisa. As cláusulas devem ser desenhadas de forma flexível e abrangente o suficiente para que não percam o sentido diante das inevitáveis adaptações impostas pela incerteza.

Nesse diapasão, as especificações podem ser modificadas no curso da negociação, sem que seja necessário reiniciar o processo. Basta que a autoridade adjudicante abra prazo para que os proponentes não eliminados possam apresentar propostas condizentes com as novas especificações técnicas (art. 31.4).

Quando a autoridade adjudicante estiver em condições de identificar a solução que melhor satisfaz às suas necessidades, cabe-lhe concluir as negociações, abrindo prazo comum aos participantes restantes para a apresentação de nova proposta ou proposta revista. Essa proposta final deve conter todos os elementos requeridos e necessários à realização do objeto contratual, à luz das negociações feitas.

O número de proponentes a que se chegar na fase final deve assegurar uma concorrência real (art. 66). Por isso, caso se preveja a eliminação de candidatos em fases sucessivas, convém que no princípio de tudo sejam convidados mais de três participantes.

Nas parcerias para a inovação, os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta com melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com esteio em fatores que incluam aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato, compreendendo, por exemplo, as características funcionais, estéticas ou inovadoras do produto, externalidades ambientais, as qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato, o serviço e assistência técnica pós-venda, prazo de entrega ou de execução, além do custo (art. 31.1 c/c art. 67.2).

Percebe-se que alguns dos critérios listados acima podem já ter sido utilizados pela autoridade adjudicante na forma de requisitos mínimos ou de especificações técnicas, sem qualquer prejuízo de que também sejam considerados para fins de adjudicação. Suponha que o anúncio de concurso tenha por objeto o desenvolvimento de tecnologia de bateria recarregável de lítio para veículos híbridos e elétricos. Que este anúncio estabeleça, como requisito mínimo, que a bateria possua autonomia de, pelo menos, 100 quilômetros. Desde que respeitado esse parâmetro mínimo, essa autonomia também pode ser descrita pelo anúncio como critério de adjudicação, fazendo com que uma proposta que ofereça bateria de 400 quilômetros possa prevalecer sobre outras com menor autonomia.

Ao final da fase de negociação, o ente estatal pode firmar o contrato com um ou vários parceiros. A celebração de parcerias para a inovação com vários parceiros serve para evitar que o desenvolvimento da tecnologia por um só agente tenha o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado. Essa medida também pode ser necessária diante de projeto complexo que requeira a atuação conjunta de empresas com diferentes expertises ou que atuem em mercados complementares.

A execução do contrato de parceria para a inovação – tenha este sido firmado com um ou vários parceiros – deve ser estruturada em fases sucessivas de acordo com a sequência de etapas do processo de desenvolvimento e inovação. Para tanto, o contrato deve fixar metas intermediárias que devem ser alcançadas pelo parceiro e prever o pagamento da remuneração de forma fracionada (art. 31.2). O valor pago para o fornecimento dos bens, para a prestação do serviço ou para a execução da obra daí resultante não pode ser desproporcional em relação ao investimento exigido para o respectivo desenvolvimento (art. 31.7).

No final de cada fase, incumbe à autoridade adjudicante decidir pôr termo à parceria ou, no caso de um ajuste com vários parceiros, reduzir o número deles pondo termo a contratos individuais (art. 31.2). É que o ente estatal pode avaliar, no final de cada fase, que a continuidade do processo de P&D não irá gerar os resultados almejados ou, pelo contrário, pode

chegar à conclusão de que sua necessidade já foi satisfeita antes mesmo do término de todas as etapas antevistas.

Fazendo um paralelo com o que disse Andre Martins Bogossian⁵ a respeito das vantagens do diálogo concorrencial, também no procedimento específico das parcerias para a inovação pode-se afirmar que a solução obtida por meio da negociação é uma solução qualificada pelo consenso.

A eficiência aqui não reside nos custos ou prazos reduzidos, mas no fato de que vale a pena para o setor público investir na negociação com os particulares para chegar a uma solução que se presume a melhor, aquela que elimina assimetrias de informação, atende às necessidades da Administração e traz resultados efetivos.

Esses são os aspectos mais relevantes do procedimento específico de contratação das parcerias para a inovação, na forma regulada pela Diretiva 2014/24/UE. No próximo tópico, será examinado o tipo contratual previsto no ordenamento jurídico brasileiro que mais se assemelha às parcerias para a inovação.

3 ENCOMENDA TECNOLÓGICA

Nesta seção, farei um breve resumo dos pontos de maior interesse do contrato de encomenda tecnológica, com o propósito de, na seção seguinte, apresentar suas desvantagens em comparação com a parceria para a inovação europeia e, com isso, propor melhorias na regulação do assunto na Lei Federal de Inovação.

Estabelece o art. 20 da Lei nº 10.973, de 2004:

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.

§ 1º-Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o caput deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até 2 (dois) anos após o seu término.

5 BOGOSSIAN, Andre Martins. O diálogo concorrencial. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, v. 26, n. 4, abr. 2010, p. 445.

§ 2º-Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.

§ 3º-O pagamento decorrente da contratação prevista no caput deste artigo será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas.

Esse dispositivo legal foi regulamentado pelo art. 21 do Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005 (com redação dada pelo Decreto nº 7.539, de 2 de agosto de 2011).

Muito embora a letra da Lei de Inovação não o mencione por expresse, o termo *encomenda tecnológica* é usualmente empregado pela comunidade científica para se referir ao tipo contratual acima, tanto que foi, mais recentemente, usado textualmente no Decreto nº 8.269, de 25 de junho de 2014 (que instituiu o Programa Nacional de Plataformas do Conhecimento).

Dito isto, é relevante notar que a encomenda tecnológica tem natureza contratual, sendo regida, portanto, pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, salvo disposição em contrário na Lei de Inovação. Havendo antinomia entre as duas normas, prevalece o disposto na Lei de Inovação, dado o critério da especialidade. A Lei nº 8.666, de 1993, prevê que o contrato de encomenda dispensa licitação (art. 24, inciso XXXI) e pode ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses (art. 57, inciso V).

O contrato de encomenda tecnológica visa à realização de atividades de P&D, que envolvam risco tecnológico, para a solução de problema técnico ou obtenção de produto ou processo inovador. André Tortato Rauen⁶ define o instrumento como a contratação “de novos produtos, serviços e/ou sistemas resultantes de desenvolvimento científico e/ou tecnológico para uso ou apropriação do Estado, com o objetivo de atender a demandas sociais específicas”.

Diferentemente da nossa Lei de Inovação, a Diretiva 2014/24/UE não menciona explicitamente a presença do risco tecnológico, mas isso porque o risco é algo inerente às atividades de P&D. No mundo da inovação, o nível de incerteza é tão alto que o capital privado geralmente se concentra apenas na fase de viabilidade comercial do produto. Até chegar

6 RAUEN, André Tortato. Encomendas tecnológicas nos Estados Unidos: possibilidades do regulamento federal de aquisições. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura, Brasília, n. 36, dez. 2014, p. 49.

nesse ponto, a maioria dos produtos fracassa. Sem um Estado ativo que assuma os riscos e seja tolerante com os fracassos, o progresso científico simplesmente não acontece. De acordo com Mazzucato⁷:

No setor farmacêutico, por exemplo, a inovação de um projeto de P&D pode levar até dezessete anos desde o início até o final. Há um custo de aproximadamente 403 milhões de dólares por medicamento, e o índice de fracasso é extremamente alto: apenas um em 10 mil compostos atinge a fase de aprovação do mercado, um índice de sucesso de apenas 0,1%. Quando bem-sucedida, muitas vezes a procura por um produto leva à descoberta de outro completamente diferente, em um processo caracterizado pelo acaso. [...] [Como os investidores privados são avessos ao risco, não surpreende que] quase todos os medicamentos realmente “inovadores”, isto é, novas entidades moleculares com classificação prioritária, são criados em laboratórios financiados com dinheiro público. As empresas privadas se concentram mais nos medicamentos similares (com pequenas variações em relação aos já existentes), no desenvolvimento (incluindo testes clínicos) e no marketing do negócio.

Em face da incerteza da inovação, Denis Borges Barbosa⁸ leciona que a encomenda tecnológica é um contrato aleatório de encomenda de bem futuro e incerto, em que as partes não têm certeza se o resultado pretendido será alcançado. Por isso, aplica-se o disposto no art. 458 do Código Civil:

Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

Bem por isso, o contrato assume uma *obrigação de meio*, cabendo à contratada empreender todos os esforços na consecução do objeto e seguir o projeto previamente aprovado, que deve ser acompanhado sistematicamente por auditoria técnica e financeira nomeada pelo contratante (art. 21, §§1º e 2º, Decreto nº 5.563, de 2005). O monitoramento sistemático permite

7 MAZZUCATO, op. cit., p. 93-94 e 100.

8 BARBOSA, Denis Borges. *Direito da inovação: comentários à lei federal de inovação, incentivos fiscais à inovação, legislação estadual e local, poder de compra do estado (modificações à lei de licitações)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167-168.

a verificação do esforço empreendido pela contratada na busca pelos resultados pactuados, além do aprimoramento contínuo do processo de inovação através da detecção e correção de erros, indicando a necessidade de eventuais ajustes no contrato e/ou no projeto.

Diante dessa explicação, é possível entender a razão pela qual o §2º do art. 20 da Lei de Inovação admite que o contrato seja encerrado mesmo que não seja alcançado integralmente o resultado almejado, sem que desse fato resulte, necessariamente, a punição do contratado.

Já os §§ 4º e 6º do art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, rezam que o projeto de P&D contratado poderá ser descontinuado (encerrado), sempre que verificada a inviabilidade técnica ou econômica do seu desenvolvimento, ou o desinteresse da administração, e que, no caso de descontinuidade, o pagamento ao contratado cobrirá as despesas já incorridas na efetiva execução do contrato. Foi visto que o art. 31.2 da Diretiva 2014/24/UE também contém algo nesse mesmo sentido.

O §3º do art. 21 do mesmo Decreto discorre que, em cada etapa do andamento do projeto, a auditoria técnica e financeiro do ente estatal pode mensurar os resultados alcançados e compará-los aos contratualmente previstos, de modo a permitir a avaliação da sua perspectiva de êxito. A partir dessa avaliação, o contrato pode ser encerrado ou, como prevê o §3º, as partes podem promover ajustes no projeto.

De outra sorte, o §7º do art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, possibilita que o contratado seja remunerado nos termos do contrato mesmo que os resultados obtidos sejam diversos dos almejados. No exemplo acima de Mazzucato, vimos que é comum que a procura por uma solução leve, pelo acaso, à descoberta de outra.

A penicilina talvez seja a mais famosa descoberta científica acidental. Enquanto pesquisava no ano de 1928 substâncias capazes de combater bactérias em feridas, o escocês Alexander Fleming esqueceu na sua mesa de trabalho suas culturas da bactéria *Staphylococcus* e saiu de férias. Quando retornou, observou que uma das culturas estava mofada e que a bactéria não crescia onde o mofo (fungo) havia se desenvolvido. Ao estudar as propriedades desse fungo, identificado como pertencente ao gênero *Penicillium*, Fleming notou que ele fornecia uma substância capaz de eliminar diversas bactérias, que foi batizada de penicilina. Nesse exemplo o acaso foi decisivo, mesmo que reconheçamos, junto com o francês Louis Pasteur – um dos fundadores da microbiologia – que “o acaso favorece apenas as mentes preparadas”.

Por outro lado, existe uma diferença brutal entre a parceria para a inovação e a encomenda tecnológica: a nossa Lei Federal de Inovação não prevê a possibilidade de aquisição pelo ente estatal do produto resultante da

tecnologia desenvolvida no contrato de encomenda tecnológica. Falaremos mais sobre isso no tópico seguinte.

Essa breve explanação dos aspectos principais da encomenda tecnológica nos permite, na próxima seção, demarcar as principais vantagens do modelo europeu de parceria para a inovação sobre seu equivalente brasileiro.

4 VANTAGENS DO MODELO EUROPEU DE PARCERIA PARA A INOVAÇÃO SOBRE AS ENCOMENDAS TECNOLÓGICAS DO BRASIL

A vantagem mais evidente do modelo adotado pela Diretiva 2014/24/UE é que a parceria para a inovação não é uma contratação direta e, por isso, prestigia o princípio da competitividade, favorecendo, por meio da fase de negociação concorrencial, que o Estado possa dialogar com vários fornecedores privados no propósito de obter resultado mais efetivo a partir da comparação de diferentes soluções.

Considerando que as modalidades licitatórias atualmente previstas no ordenamento brasileiro não preveem uma fase de negociação e desestimulam fortemente os critérios de qualidade – sob o pretenso temor de que qualquer flexibilidade outorgada ao gestor aumenta o risco de corrupção e de quebra da isonomia –, nosso sistema jurídico acaba escorregando num paradoxo: o legislador prefere inserir inúmeras situações de dispensa na Lei nº 8.666, de 1993, a permitir que as licitações tenham uma fase de negociação e adotem critérios de adjudicação que vão além do preço.

Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA⁹ mostra que existe um excesso de situações na Lei nº 8.666, de 1993, que permitem ao gestor efetuar uma contratação direta por dispensa e inexigibilidade. Do total de contratações feitas no Brasil, 34,36% se utilizam de alguma modalidade direta contra apenas 14% da UE. Dentre as causas de tanta contratação direta no Brasil, pode-se mencionar:

- (a) a dificuldade de se realizar licitações que atendam a propósitos específicos da Administração Pública, sobretudo ante o fato notório de que a Lei nº 8.666, de 1993, foi concebida sob a lógica das empreitadas de obras, tornando extremamente complexo e moroso qualquer tipo de contratação. Essa dificuldade foi atenuada com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que,

9 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil*: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20438>. Acesso em: 17 ago. 2015.

todavia, só se aplica a bens e serviços comuns, não alcançando contratos complexos nem soluções inovadoras;

- (b) as modalidades de licitação existentes não preveem qualquer fase de negociação que constitua etapa do processo de escolha da proposta vencedora do certame, o que contribui para a maléfica perpetuação da assimetria de informações entre os setores público e privado, fazendo com as aquisições do Estado nem sempre resultem na solução da necessidade estatal; e
- (c) ainda que a Lei nº 8.666, de 1993, estabeleça tipos de licitação fundados na *melhor técnica* e na *técnica e preço*, a verdade incontestável hoje é que o gestor que se aventura na realização de uma licitação que não seja na modalidade pregão eletrônico se arrisca a ter o certame anulado, sofrer multa punitiva dos tribunais de contas e responder ao Ministério Público por ato de improbidade. Por conseguinte, o gestor se sente desestimulado a adotar critérios de adjudicação além do menor preço, prejudicando, com isso, a qualidade do produto contratado.

Na tentativa de contornar esses problemas, os legisladores acabaram produzindo efeito inverso: foram criadas diversas hipóteses de dispensa de licitação, tornando a atuação do gestor muito mais flexível do que o necessário e, ainda, dando um sinal claro para o mercado em desfavor da concorrência. Ao invés de procedimentos de licitação com negociação transparente com diversos fornecedores, as hipóteses de dispensa fazem com que o gestor escolha arbitrariamente e negocie diretamente com um fornecedor privilegiado, sem que nada do que foi negociado fique documentado nos autos processuais. Um traço típico do capitalismo de compadrio ou de laços.

O regime legal adotado no Brasil para as encomendas tecnológicas tem outro inconveniente. É que a mera dispensa da licitação não evita que a celebração do contrato de encomenda esbarre nos demais dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, que sejam contrários à natureza dos contratos de P&D, ou melhor, que não levam em conta as especificidades do mundo da inovação. Cito dois exemplos de ordem prática.

A um, a Lei de Inovação foi omissa a respeito do cálculo do valor estimado da contratação. Como a encomenda tecnológica tem por objeto soluções não disponíveis no mercado, torna-se impossível realizar pesquisa de mercado que atenda aos parâmetros contidos no art. 2º da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014, da Secretaria de Logística e

Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento. Tais parâmetros são insuficientes – ou melhor, *imprestáveis* – quando se está diante de encomendas tecnológicas.

Talvez uma maneira de resolver esse impasse seja a lei prever que o ente estatal proceda à verificação, ainda na fase interna da contratação, do valor máximo que lhe é possível dispor para a realização da encomenda, em vista da impossibilidade de se realizar uma orçamentação prévia visando ao estabelecimento da média de preços, que é aqui substituída pela limitação do montante a pagar. Já na fase externa, a negociação com diversos fornecedores abarcaria – assim como se dá nas parcerias para a inovação – as questões financeiras do contrato, como o preço e garantias.

A legislação poderia, ainda, estabelecer que o pagamento fosse feito por preço fixo, com reembolso de custos ou com prêmio de incentivo, de forma similar ao que é feito pelo Regulamento de Aquisições Federais dos Estados Unidos (*Federal Acquisition Regulation – FAR, part 16*). A definição do modelo remuneratório deve levar em conta, entre outros fatores, o risco tecnológico envolvido e a incerteza de resultados. Quando o nível de incerteza é elevado, o contrato a preço fixo – adotado pela legislação brasileira – causa efeito inibidor, pois o custo da nova tecnologia pode superar bastante o preço previamente orçado.¹⁰

A propósito, Denis Borges Barbosa¹¹ bem aponta que o §3º do art. 20 da Lei de Inovação é um desastre, na medida em que preconiza que o pagamento será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido, convertendo aparentemente o contrato em uma obrigação de resultado e impondo ao contratado o risco tecnológico, o que certamente afugentaria a participação de qualquer empresa sensata.

Em face disso, propõe-se que tal dispositivo seja interpretado no sentido de que como “resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas” se entenda o atendimento do projeto específico a que se refere o §1º do art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005.

A dois, tem-se o fato de que a Lei de Inovação não previu por expresse a possibilidade de o ente estatal contratar simultaneamente com duas ou mais pessoas jurídicas o desenvolvimento da solução. Apenas deixou aberta a participação de consórcios de empresas, o que não é a mesma coisa. O consórcio já está previsto nas normas brasileiras. A novidade – que não veio – consistiria, justamente, na possibilidade de duas ou mais empresas poderem ser contratadas para a realização do mesmo objeto de forma concorrente e simultânea.

10 Sobre os diferentes tipos de contratos e formas de remuneração nas encomendas tecnológicas dos Estados Unidos, conferir RAUEN, op. cit., p. 52-53.

11 BARBOSA, op. cit., p. 170-173.

Portanto, seria preferível que, ao invés de tratar a encomenda tecnológica como mais uma hipótese de dispensa de licitação, o legislador nacional viesse, na verdade, a disciplinar uma nova modalidade licitatória, similar ao procedimento específico das parcerias para a inovação previsto no art. 31 da Diretiva 2014/24/UE, que fosse aplicável para o contrato de encomenda e que disciplinasse todo o processo de licitação, contratação, execução e pagamento.

Outra desvantagem da encomenda tecnológica em comparação com as parcerias para a inovação – já mencionada na terceira seção – consiste na circunstância de que a Lei nº 10.973, de 2004, não permite que o fornecedor responsável pelo desenvolvimento da encomenda tecnológica possa, na mesma relação contratual, produzir em série o produto resultante da nova tecnologia, a pedido do Estado. Pela Lei de Inovação, a contratada pode descobrir como chegar a uma vacina e, naturalmente, realizar uma produção inicial como etapa do desenvolvimento, mas não pode produzi-la em escala.

O Estado encomendante fica com os resultados intelectuais sobre o desenvolvimento. Adquire a titularidade do conhecimento gerado ou, como diz o §9º do art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, os “resultados do projeto, a respectiva documentação e os direitos de propriedade intelectual”. Já o §10 acrescenta que o contrato “poderá englobar a transferência de tecnologia para viabilizar a produção e o domínio de tecnologias essenciais para o País”. Caso o Poder Público deseje efetivar a produção em série, deverá realizar uma aquisição em separado, supostamente antecedida da devida licitação.

5 CONCLUSÃO

O estudo do modelo europeu das parcerias para a inovação nos ajuda a revelar algumas deficiências da regulação dos contratos de encomenda tecnológica na forma da Lei nº 10.973, de 2004.

Não adianta muita coisa apenas dispensar a licitação, mas continuar aplicando as normas gerais de contratação para os ajustes de P&D, porque a Lei nº 8.666, de 1993, ignora completamente as especificidades do mundo da inovação. A regulação trazida pelo art. 20 da Lei Federal de Inovação e, sobretudo, pelo art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, solucionaram alguns pontos, mas de forma insuficiente.

Na verdade, foi visto que a dispensa da licitação para as encomendas tecnológicas apresenta uma grave inconveniência, na medida em que não valoriza o princípio da competitividade. Seria preferível que, ao invés da mera dispensa da licitação, o legislador nacional seguisse o modelo europeu,

por meio da disciplina de um procedimento específico de licitação no qual haja uma fase de negociação concorrencial, com o Estado dialogando com vários fornecedores privados no propósito de obter resultado mais efetivo a partir da comparação de diferentes soluções.

Esse procedimento específico de licitação também deveria tratar de problemas práticos que não foram resolvidos pela Lei Federal de Inovação, tais como:

- (a) a definição do conteúdo mínimo do edital, que leve em conta a impossibilidade – e também a inconveniência – de se descrever com precisão os meios técnicos e a própria solução tecnológica que se deseja contratar;
- (b) a forma de cálculo do valor estimado do contrato de encomenda tecnológica;
- (c) o modelo remuneratório do contratado, que leve em conta, entre outros fatores, o risco tecnológico envolvido e a incerteza do resultado;
- (d) a possibilidade de que o desenvolvedor da nova tecnologia possa também produzir em série, ainda que sem exclusividade, o produto resultante da atividade de P&D; e
- (e) a possibilidade de que o ente estatal possa contratar duas ou mais pessoas jurídicas para a realização do mesmo objeto de forma concorrente e simultânea.

Com isso, pretende-se aperfeiçoar o atual marco regulatório da ciência, tecnologia e inovação, na esperança de que o poder de compra governamental para atividades de P&D se torne um instrumento de prosperidade econômica e social, crescimento sustentável, criação de empregos qualificados e aumento da competitividade da indústria nacional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. *Direito da inovação: comentários à lei federal de inovação, incentivos fiscais à inovação, legislação estadual e local, poder de compra do estado (modificações à lei de licitações)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOGOSSIAN, Andre Martins. O diálogo concorrencial. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 432-448, abr. 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil*: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20438>. Acesso em: 17 ago. 2015.

MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor*: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

RAUEN, André Tortato. Encomendas tecnológicas nos Estados Unidos: possibilidades do regulamento federal de aquisições. *Radar*: tecnologia, produção e comércio exterior. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura, Brasília, n. 36, p. 49-56, dez. 2014.

