

Nota Técnica

COMPRAS PÚBLICAS
DE INOVAÇÕES SEGUNDO
O TEXTO FINAL DO
PL Nº 4.253/2020

Nº 80

Diset

Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais
de Inovação e Infraestrutura

André Tortato Rauen

Fevereiro de 2021



Nota Técnica

**COMPRAS PÚBLICAS
DE INOVAÇÕES SEGUNDO
O TEXTO FINAL DO
PL Nº 4.253/2020**

Nº 80

Diset

Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais
de Inovação e Infraestrutura

André Tortato Rauen

ipea

Governo Federal

Ministério da Economia

Ministro Paulo Guedes

ipea

Instituto de Pesquisa
Econômica Aplicada

Fundação pública vinculada ao Ministério da Economia, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidente

Carlos von Doellinger

Diretor de Desenvolvimento Institucional

Manoel Rodrigues Junior

Diretora de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia

Flávia de Holanda Schmidt

Diretor de Estudos e Políticas

Macroeconômicas

José Ronaldo de Castro Souza Júnior

Diretor de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais

Nilo Luiz Saccaro Júnior

Diretor de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura

André Tortato Rauen

Diretora de Estudos e Políticas Sociais

Lenita Maria Turchi

Diretor de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais

Ivan Tiago Machado Oliveira

Assessor-chefe de Imprensa e Comunicação (substituto)

João Cláudio Garcia Rodrigues Lima

Ouvidoria: <http://www.ipea.gov.br/ouvidoria>

URL: <http://www.ipea.gov.br>

Nota Técnica

**COMPRAS PÚBLICAS
DE INOVAÇÕES SEGUNDO
O TEXTO FINAL DO
PL Nº 4.253/2020**

Nº 80

Diset

Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais
de Inovação e Infraestrutura

André Tortato Rauen

Fevereiro de 2021

ipea

EQUIPE TÉCNICA

André Tortato Rauen

Diretor na Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura (Diset) do Ipea.

DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/ntdiset80>

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos). Acesse: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes>>.

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério da Economia.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte.
Reproduções para fins comerciais são proibidas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DO TEXTO LEGAL	7
3 INOVAÇÃO NOS PRINCÍPIOS DA LEI E GARANTIA DE CONQUISTAS ANTERIORES	8
4 DOS INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO À INOVAÇÃO PELO LADO DA DEMANDA PREVISTOS NO PL	9
REFERÊNCIAS	17

1 INTRODUÇÃO

No momento em que se escreve esta nota técnica (janeiro de 2021), o Projeto de Lei (PL) nº 4.253 de 2020, que cria todo um novo arcabouço legal para licitações e contratos no Brasil, encontra-se aprovado pelo Congresso Nacional e aguarda análise pela Presidência da República.¹ Nesse sentido, é possível que o mesmo sofra vetos e que estes sejam analisados pelo Congresso Nacional. Ou seja, ainda é possível haver mudança, mesmo que através da simples supressão do texto pela Presidência da República.

De qualquer forma, a abrangência da legislação já permite uma primeira análise sobre seu contexto geral e sobre pontos ligados à inovação. Isto porque trata-se de um texto legal de 187 páginas.

Portanto, esta nota técnica tem por objetivo fazer uma primeira análise do texto final do PL nº 4.253/2020 (cuja redação revisada ainda não foi disponibilizada pelo Congresso Nacional) de forma a preparar gestores públicos e operadores do direito no Brasil quanto às novidades relativas ao uso do poder de compra do Estado e sua relação com a legislação em vigor.

Destaca-se que este é um trabalho ainda muito inicial, cujas análises podem sofrer alterações na medida em que novos acontecimentos e novas interpretações ocorram. Inclusive, a própria revisão do texto final pelo Congresso Nacional trazer alguma mudança. Mesmo assim, a análise precisa ser feita dada a quantidade de mudanças possíveis e seus inúmeros impactos potenciais.²

2 DO TEXTO LEGAL

O PL nº 4.253/2020 é em realidade um substitutivo do PL do Senado Federal nº 163 de 1995. Ou seja, o primeiro encerra uma longa discussão legislativa sobre as licitações e contratos no Brasil. De forma geral, essas discussões se pautavam na necessidade de substituir a Lei nº 8.666/93³ em razão de sua rigidez e excessivo formalismo (Fiuza e Medeiros, 2014).

No campo da política de inovação, entre 1995 e 2020 muita coisa aconteceu. No nível federal houve a sanção da Lei nº 10.973, em 2004 (Lei de Inovação);⁴ sua posterior revisão, em 2016 (Lei nº 13.234/2016);⁵ e, finalmente, sua detalhada regulamentação, em 2018 (Decreto Federal nº 9.283/18).⁶

Portanto, o texto final do PL nº 4.253/2020 em parte reflete essas mudanças e mostra certo amadurecimento quanto a necessidade de fazer uso do poder de compra do Estado, também, como instrumento de política de inovação pelo lado da demanda. Isto é, o PL percebe que a demanda pública por bens e serviços privados não precisa ser apenas guiada pela busca do menor preço e dos impactos imediatos de curto prazo, mas ao contrário, deve se orientar pela busca do maior retorno para o Estado e para a sociedade. Daí, o uso estratégico das licitações e contratos como estímulo à inovação.

Nesse sentido é ilustrativo que o sufixo “inova” apareça dezessete vezes no texto. A palavra “inovação” é propriamente dita onze vezes. Considerando-se o plural e o singular, a palavra “tecnologia” é repetida dezenove vezes. Contudo, é evidente que esses termos são marginais, o fato essencial aqui é que a referida legislação trata de forma explícita e implícita da questão da inovação.

Explicitamente tal como descrito nas próximas seções e implicitamente quando considera, em diferentes passagens, seja tratando de procedimentos licitatórios ou da dispensa de licitação, a necessidade de considerar – na aplicação da lei – relativizações destinadas a não desincentivar a inovação. É evidente que, a forma implícita está muito longe de ser perfeita.

Por exemplo: i) a instrução processual para a licitação deve ser guiada não para a simples obtenção de menor preço, mas para gerar a contratação mais vantajosa para a administração (Inciso VIII, art. 18); ii) quando considera que nem sempre será possível prever o preço de aquisições em diferentes casos de inexigibilidade ou dispensa (§ 4º,

1. Na medida em que o texto revisado ainda não se encontra disponível, as análises aqui apresentadas foram baseadas na última versão do texto, disponível em: <<https://bit.ly/3pF7WY9>>.

2. O autor agradece a Caio Melo Barbosa, advogado da União, por sua valorosa revisão, comentários e sugestões, mas o exime de qualquer erro ou esquecimento.

3. Disponível em: <<https://bit.ly/3rga7BQ>>.

4. Disponível em: <<https://bit.ly/3jdo1lq>>.

5. Disponível em: <<https://bit.ly/2YE8v8y>>.

6. Disponível em: <<https://bit.ly/3rh4vHX>>.

art. 23); e iii) a realização de investimento prévio em pesquisa e desenvolvimento (P&D) no país é um dos critérios de desempate numa licitação (art. 59, § 1º, inciso III), o que já era previsto na Lei nº 8.666/93.

Por vários motivos é preciso modular as críticas ao texto final do PL. Ou seja, não se pode esquecer o contexto geral de polarização que vive o país já há algum tempo; o vasto número de interesses envolvidos e expressos na redação final; e os inúmeros escândalos de corrupção que culminaram no forte estímulo a um certo controle prévio das ações dos gestores. Aliás, este último ponto se observa também em instrumentos de inovação, como, por exemplo, os inéditos diálogos competitivos e a recomendação formal para ouvir, previamente, o controle (dificilmente algum gestor se negará a seguir tal recomendação).

É evidente, nesse sentido, que todas as limitações presentes na Lei nº 8.666/93 foram discutidas e culminaram num texto que, apesar de estar longe da unanimidade entre especialistas, gestores, controladores e operadores do direito e a sociedade, é uma clara evolução frente à rigidez e à inadequação da antiga lei para lidar com as modernas demandas e possibilidades do Estado. Se o texto poderia ser melhor, essa é uma outra questão.

3 INOVAÇÃO NOS PRINCÍPIOS DA LEI E GARANTIA DE CONQUISTAS ANTERIORES

Entre os princípios propostos pelo PL para a futura lei está o de promover o “desenvolvimento nacional sustentável” (art. 5º), assim como um dos objetivos do processo licitatório é o de incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável” (art. 11). Ou seja, a lei reconhece o caráter estratégico da compra pública como um instrumento para promover desenvolvimento através de inovações.

Nesse contexto, as compras públicas previstas na Lei de Inovação estão, assim como na Lei nº 8.666/93, dispensadas de licitação e devem seguir regramentos próprios nela já definidos.

Por outro lado, o próprio processo licitatório foi revisto, atualizado e readequado às novas possibilidades tecnológicas e dinâmicas de mercado. Mesmo assim, preservou-se a dispensa de licitação para a maior parte das atividades de pesquisa científica e de desenvolvimento tecnológico, dada a presença da incerteza (chamada de risco tecnológico pela legislação).⁷

Como veremos, o texto do PL preserva o tratamento especial (dispensa de licitação) dado às compras públicas pré-comerciais (em inglês, *pre-commercial procurement* – PPP) e cria grande estímulo às compras públicas de inovação (em inglês, *public procurement of innovation* – PPI) já introduzidas no mercado ou prestes a serem.

É preciso considerar que os procedimentos de dispensa de licitação propostos pelo PL são um tanto distintos daqueles constantes na Lei nº 8.666/1993. As compras públicas previstas na Lei de Inovação dispensáveis de licitação deverão cumprir, no que couber, os procedimentos de dispensa contidos na nova lei, especialmente aqueles descritos no art. 71 do PL nº 4.253/2020.

Entre as compras previstas na Lei de Inovação, a encomenda tecnológica (Etec) – art. 20 – talvez seja a mais poderosa em termos de possibilidades de transformação da economia. Elas continuam dispensadas de licitação e os respectivos processos deverão ser instruídos na forma do art. 71 do PL nº 4.253/2020, mas no geral não se subordinarão ao regime da nova lei, e sim à legislação específica (Brasil, 2020, art. 3º, inciso II). Assim:

Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei:

(...)

II – contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

(...)

Art. 74. É dispensável a licitação:

(...)

V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º -A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, *observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei* (Brasil, 2020, grifo nosso).⁸

7. Segundo o Decreto Federal nº 9.283/18, risco tecnológico é definido como “(...) possibilidade de insucesso no desenvolvimento de solução, decorrente de processo em que o resultado é incerto em função do conhecimento técnico-científico insuficiente à época em que se decide pela realização da ação” (Brasil, 2018). Disponível em: <<https://bit.ly/39LiNDI>>.

8. Assim como na Lei nº 8.666/93 estas aquisições têm prazo máximo diferenciado de dez anos.

Além da preservação da dispensa de licitação para aquisições previstas na Lei de Inovação, o PL mantém as dispensas necessárias para executar as parcerias para o desenvolvimento produtivo (PDPs) da saúde:

(...)

XII – para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante.

(...)

XVI – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do caput deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (Brasil, 2020).

No contexto das dispensas associadas à inovação, ainda estão previstas a aquisição para produtos destinados a P&D (limitada, no caso de serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300 mil) e a transferência de tecnologia promovida por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) quando da exploração de criação protegida. Ambas também já estão previstas na Lei nº 8.666/93.

É digno de nota também o fato de que está mantida a dispensa de licitação para bens tecnologicamente complexos e destinados à defesa nacional.

Nesse contexto, e do ponto de vista das possibilidades da dispensa de licitação, a redação do PL garante que as conquistas legais da sociedade brasileira quanto ao fomento público à inovação sejam mantidas, muito embora devem respeitar, no que couber, um novo rito de dispensa.

Não obstante essas manutenções, a nova redação proposta pelo PL traz uma adição relevante nas possibilidades de dispensa de licitação, que obviamente quer dar sustentação legal à relação entre universidades e suas fundações de apoio:

(...)

XV – para contratação realizada por Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) de instituição brasileira sem fins lucrativos que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que a contratada tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos (Brasil, 2020).

4 DOS INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO À INOVAÇÃO PELO LADO DA DEMANDA PREVISTOS NO PL

Além das questões ligadas à dispensa de licitação, o PL permite quatro outros instrumentos que podem ser usados no sentido de estimular a inovação pelo lado da demanda, quais sejam: i) as margens de preferência adicional; ii) o procedimento de manifestação de interesse restrito a *startups*; iii) o diálogo competitivo motivado pela inovação; e iv) os prêmios para inovação na modalidade de licitação do tipo concurso.

4.1 Margens de preferência adicionais

Assim como na legislação anterior, o legislador manteve a possibilidade de que o comprador estabeleça uma margem de preferência para bens e serviços produzidos no país de até 10% nas licitações. Caso estes sejam resultantes de desenvolvimento e inovações no país a margem pode ser de até 20% frente ao concorrente estrangeiro:

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

(...)

§ 1º A margem de preferência prevista no caput deste artigo:

I – será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, na hipótese do inciso I do caput deste artigo;

II – poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do caput deste artigo;

III – poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.

§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais *resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País*, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o caput deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento) (Brasil, 2020, grifo nosso).

No caso das margens de preferência adicionais – o que não vale para as margens de preferência normais – o Estado pode exercer o papel de primeiro comprador de inovações endógenas. Ao sinalizar a existência de um mercado consumidor para inovações nacionais, mesmo que elas sejam ligeiramente mais caras que os concorrentes estrangeiros, o Estado estimularia, assim, o desenvolvimento e a introdução de inovações por parte de empresas privadas que, de outra forma, poderiam não optar por realizar tais investimentos.

É evidente que tal política deve ser, do ponto de vista setorial, apenas temporária – ou apenas o suficiente para garantir competitividade internacional de inovação e produção nacionais.

Por outro lado, num contexto geopolítico internacional, a atual pandemia do novo coronavírus tem demonstrado que a capacidade produtiva de alta tecnologia é imprescindível para países grandes e vastos como Brasil. O acesso às cadeias de suprimento internacional pode ser rompido em períodos de grave crise e a assimetria de poder pode fazer a diferença na reestruturação destas mesmas cadeias.⁹ Evidentemente, a relação entre margens de preferência e disponibilidade de produtos estratégicos não é simples e linear, mas existe e não pode ser desconsiderada.

Assim, é possível que tais margens se justifiquem, mas ao custo de diminuir a competição e aumentar o preço de aquisição. Por isso, seu uso deve ser parcimonioso e sempre levar em consideração seus reais custos. Ou seja, o sobrepreço deve ser justificado mediante um impacto positivo no fomento ao desenvolvimento tecnológico.

Tal justificativa, que não é trivial no caso das margens de preferência adicionais, é ainda mais problemática no caso das margens normais. De fato, evidências empíricas das últimas avaliações referentes ao uso destas margens pelo governo federal brasileiro não são positivas e nem seriam suficientes para garantir sua preservação atual como faz o texto do PL.¹⁰

Mesmo na ausência de evidências concretas de impactos positivos e do desejo brasileiro de ser signatário do *Agreement on Government Procurement* (GPA), da Organização Mundial do Comércio (OMC),¹¹ o legislador estendeu as margens tradicionais aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios até o limite de 10% para estimular a economia local.

Seja como for, as margens de preferência adicionais, quando empregadas com critérios precisos e com parcimônia – no passado recente o país não conseguiu aplicá-las, mesmo com previsão legal – pode ser um poderoso instrumento de inovação pelo lado da demanda. A questão é como empregá-las. Mesmo com a nova legislação, o Brasil corre o risco de repetir os insucessos do passado e o instrumento permanecer sendo empregado de forma equivocada. Será preciso monitorar de perto sua execução.

Em resumo, enquanto as margens de preferência normais – adicional de 10% derivado apenas da manufatura nacional – são de difícil justificativa econômica, as margens de preferência adicionais – que favorecem produtos desenvolvidos localmente – podem se constituir em importantes instrumentos, muito embora tenham grandes riscos.

Finalmente, é preciso considerar também nessa discussão os recentes movimentos da nova administração federal nos Estados Unidos que procuram estimular a preferência, na aquisição pública, de bens produzidos internamente (*made in America*). Com esses movimentos, as discussões sobre margens de preferência ficaram ainda mais complexas.¹²

9. Por exemplo, o caso das máscaras FFP2: <<https://bbc.in/3oHoe1j>>; e <<https://on.ft.com/3awphME>>. Outro caso ilustrativo é o referente ao bloqueio de exportações de equipamentos médicos: <<https://cnb.cx/39FGV17>>.

10. Disponível em: <<https://bit.ly/3rcedLc>>.

11. Disponível em: <<https://bit.ly/3q0pYnV>>.

12. Disponível em: <<https://bit.ly/3tpSAsX>>.

4.2 Do procedimento de manifestação de interesse (PMI)

O PMI já era previsto em outras legislações, notadamente ligadas a concessões de serviços públicos (art. 21 da Lei nº 8.987/1995).¹³ O art. 80 do PL incorpora tal procedimento nas licitações e contratações administrativas em geral para a busca por soluções inovadoras.

Tal como previsto no PL, o PMI permite que potenciais fornecedores façam, por sua conta e risco, estudos, levantamentos e projetos destinados a demonstrar a viabilidade de uma determinada solução e, principalmente, a viabilidade do modelo de negócios associados a essa solução. Por exemplo, nos casos em que a administração não possui recursos e nem competência técnica para fazer projetos básicos e executivos, que podem ou não envolver obras civis, e que são necessários para uma contratação futura, ela lança mão de um PMI.

O uso do PMI nos estudos preliminares para concessões ou parcerias é extremamente vantajoso para a administração, uma vez que, ela não precisa remunerar o serviço de elaboração do estudo. Mas, caso haja um outro fornecedor vencedor da contratação ensejada pelo PMI, este deve reembolsar o fornecedor autor do estudo. É evidente que apenas entidades dispostas a realizar contratos com a administração seriam estimuladas a realizar estes estudos. No entanto, a realidade mostra que esses casos não são raros.

Do ponto de vista da inovação é interessante perceber a redação do art. 80 do PL que cria o PMI:

Art. 80. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de *soluções inovadoras* que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento (Brasil, 2020, grifo nosso).

Ou seja, na ausência de recursos materiais para a realização de tais estudos e considerando a rápida evolução tecnológica que impacta diretamente atividades de concessões e parcerias público privadas, a administração agora pode se manter atualizada tanto em relação às soluções mais tecnologicamente avançadas quanto nos modelos contratuais e de negócios que estas últimas ensejam.

Consequentemente, o art.80 garante uma saída, economicamente eficiente, do *lock-in* em tecnologias e modelos contratuais antigos e defasados, mesmo que a administração não tenha capacidade de elaboração de projetos a eles relacionados.

Adicionalmente, o § 4º do art. 80 permite restringir o PMI a *startups* e ao fazê-lo apresenta a primeira definição, desde que sancionada pela Presidência da República, deste tipo de empresas na lei brasileira:

(...)

§ 4º O procedimento previsto no caput deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os *microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto*, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da administração (Brasil, 2020, grifo nosso).¹⁴

Do ponto de vista da racionalidade econômica, dificilmente este trecho (§ 4º do art. 80) se relaciona a atividades de concessões e parcerias público-privadas nos moldes tradicionais (microempreendimentos não seriam adequados). O que o legislador parece ter feito foi aproveitar a criação formal do PMI e estender sua utilização para fomentar inovações criadas por *startups* através da redução de assimetrias de informação e de uma difusão maior do potencial desta classe de empresas.

Ou seja, o PMI pode ser empregado para os casos em que a administração queira identificar potenciais soluções inovadoras para problemas concretos, mesmo que o PMI não tenha qualquer comprometimento da administração. A *startup* apresentaria um modelo teórico ou, no máximo, um protótipo inicial, com o objetivo de demonstrar a aplicabilidade da solução e, sobretudo, permitir que a administração tenha elementos suficientes para conduzir um processo de contratação mais realista e, por isso, mais eficiente. Contudo, a realização do PMI não garante que a administração realizará qualquer contratação.

13. Disponível em: <<https://bit.ly/2YDG3Uj>>.

14. Grifo nosso do que pode vir a ser a primeira definição de *startup* na legislação brasileira.

Finalmente, é importante lembrar que no PMI o estudo ou projeto entregue ficará à disposição de quaisquer interessados. Uma maneira interessante de aplicar o PMI no fomento à *startups* seria sua utilização para legitimar alguma forma mais elaborada, detalhada e sem compromissos dos *shark tanks*, *pitchs* ou *hackathons*. Mas, é evidente que é preciso evoluir na compreensão deste instrumento para esse fim.

4.3 Dos diálogos competitivos

O texto do PL apresenta, de forma inédita, uma nova forma de licitação, o diálogo competitivo (DC). De nítida inspiração europeia, tal instrumento de compra pública se destina a situações nas quais a administração julga necessário consultar as melhores soluções disponíveis no mercado ou prestes a estarem disponíveis no sentido de selecionar aquelas que mais gerarão valor ao longo do tempo.

Trata-se, portanto, de situações complexas, nas quais inovações podem trazer retornos sociais superiores frente às formas tradicionais já empregadas em situações passadas. O inciso XLII do art. 6º do PL define assim o DC:

(...) modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (Brasil, 2020).

Por exemplo, um determinado bairro de uma cidade possui uma alta incidência de contaminação com o vírus da Dengue. Formas tradicionais de combate ao mosquito transmissor não têm sido efetivas. Contudo, os efeitos negativos do vírus e sua alta incidência no bairro exigem ações do poder público.

Dada a complexidade do problema e as potenciais múltiplas formas de solução, não se sabe, de antemão, qual é a melhor maneira de solucioná-lo, se através de pastilhas para matar o mosquito, defumador, armadilhas ou qualquer inovação que possa ser introduzida.

Também não se sabe qual é o melhor modelo jurídico de contratação, se através da aquisição de serviços por um longo período, da compra de equipamentos a serem utilizados pela própria administração ou outro formato. É importante destacar que a escolha da solução, em razão de sua tecnologia e forma de emprego, pode determinar um modelo jurídico contratual próprio.

Para evitar cometer um erro de escolha e selecionar uma opção de menor valor, a administração conduz um diálogo com fornecedores pré-selecionados de maneira a construir um edital contendo as definições da melhor solução para aquele caso concreto. Com base nessas definições, a administração faz a seleção do fornecedor. Ou seja, no primeiro momento se dialoga e depois, com base no que foi discutido, se seleciona.

No exemplo, não se sabe de antemão nem qual é a melhor solução do ponto de vista técnico e nem qual é a melhor modelagem jurídica contratual. Essa é basicamente a essência dos diálogos competitivos.

O DC, principalmente na sua fase inicial de diálogo, assemelha-se com o PMI por ambos serem instrumentos de diminuição de assimetrias de informação entre o mercado e a administração. Mas eles não podem ser confundidos, porque o DC já constitui em si uma modalidade licitatória e os fornecedores pré-selecionados para as consultas serão os licitantes aptos a entregar propostas na fase competitiva subsequente. O DC não necessariamente exige a entrega de estudos ou projetos. A seu turno, o PMI é um procedimento auxiliar prévio à licitação e/ou à contratação propriamente dita que se esgota com a realização de estudo, investigação, levantamento ou projeto.

Nada impede que um PMI anteceda a abertura de um DC, pois ambos se destinam a fases distintas do processo de aquisição. Ou seja, os estudos e projetos do PMI podem servir como fonte de informação e debate para as negociações feitas durante os diálogos.

Diferente do caso original europeu, a legislação proposta pelo PL para os diálogos competitivos é mais explícita quanto à necessidade de observar a presença de inovações como potenciais soluções.

O art. 32 do PL permite, então, o uso do DC em três situações: i) quando a resolução do problema pela administração pública exige uma solução inovadora do ponto de vista tecnológico cujas especificações não podem ser definidas antecipadamente com precisão suficiente pela administração (inciso I); ii) quando o problema for de tal natureza que exija ou recomende da administração o diálogo com o mercado para definição e identificação dos melhores meios e alternativas para resolução do problema, com destaque para aspectos como a solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos aptos a concretizar eventual solução já previamente mapeada e a estrutura jurídica ou financeira

do contrato (inciso II); e iii) quando os modos de disputa aberto e fechado não são adequados à análise das soluções propostas pelos licitantes (inciso III).

A primeira situação está ligada ao fomento à inovação destinada a uma demanda concreta. Ela só pode ser aplicada quando nenhuma outra solução – tradicional e conhecida – exista e esteja prontamente disponível no mercado, pois as alíneas do inciso I são condicionantes cumulativas:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I – vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela administração (Brasil, 2020, grifo nosso).¹⁵

No DC fundado no art. 32, *caput*, inciso I, do PL, os fornecedores precisam propor, na fase de diálogo, a criação de inovações destinadas a atender a demanda da administração. Portanto, o que se quer é estimular inovações específicas através do diálogo motivado por um problema complexo.

De forma geral, a sequência lógica dos diálogos competitivos se inicia com o lançamento de um edital com os problemas e necessidades da administração, bem como os critérios objetivos de pré-seleção. Todos os interessados que preenchem estes critérios deverão ser admitidos e ouvidos.

Durante a fase de diálogos, a administração apresenta suas necessidades de forma que estas estimulem novas combinações, adaptações e incrementos a partir de produtos e serviços já disponíveis no mercado. O objetivo é fazer com que inovações possam ser ofertadas com base na demanda pública ou que a melhor solução seja encontrada.

A fase de diálogo poderá ser mantida até que se julgue suficiente e pode acontecer em forma de funil. Ou seja, pode-se selecionar as soluções a serem discutidas ao longo do tempo até que as opções sejam limitadas àquelas que melhor atendam a administração.

A pré-seleção e a participação nos diálogos não garantem qualquer remuneração ou compensação aos potenciais fornecedores. Por isso, qualquer proposta de desenvolvimento ou um eventual gasto com desenvolvimento de novo produto ou serviço destinado a demonstrar a viabilidade da solução por parte de um potencial fornecedor, na fase de diálogo, deve ser custeada pelo próprio fornecedor. No que diz respeito ao fomento à inovação, o diálogo serve, assim, para garantir que novas soluções possam surgir a partir das especificações da demanda da administração.

Diferente da Etec, o DC não financia a P&D. O que se quer do diálogo a que se refere o art. 32, *caput*, inciso I, é a proposição de solução pronta para uso, em escala comercial. Nesta situação, o diálogo serve para criar inovações incrementais a partir de adaptações em soluções já existentes no mercado ou muito próximas de estarem. Ou seja, este instrumento é adequado a inovações incrementais que não dependam de P&D formal de longo prazo com risco tecnológico. A lógica aqui é a de permitir que os fornecedores proponham inovações capazes de serem entregues num curto espaço de tempo.

O objeto de contratação do diálogo competitivo que aqui nos interessa – em particular aquele previsto no art. 32, *caput*, inciso I, do PL – é, então, uma solução já em escala comercial pronta e aprovada para uso, e não o esforço necessário que pode ou não ser adquirido em larga escala como numa Etec. Os diálogos competitivos são instrumentos típicos de PPI; enquanto as Etecs, de PCP.

Uma outra maneira de observar essas diferenças entre Etec e DC é considerar que as inovações possuem fontes distintas de informação e conhecimento. Ou seja, nem sempre as inovações provêm de desenvolvimentos científicos e tecnológicos. De fato, a maior parte das inovações não provêm dessa fonte, mas da observação da demanda, do comportamento dos fornecedores, dos concorrentes etc.

Finalmente, com base nas informações coletadas na fase de diálogo, a administração prepara novo edital, agora com as especificações precisas da solução. Todos os pré-selecionados que participaram da fase de diálogo podem concorrer. A seleção deve ser pautada pelos critérios estabelecidos em edital a partir do conceito de contratação mais vantajosa.

15. Grifo nosso no termo “e” que condiciona o atendimento de todas as alíneas.

Os diálogos competitivos são instrumentos novos que precisam ser debatidos de acordo com as estratégias de uso do poder de compra do Estado e da sua relação com o conceito de eficiência do gasto público. De qualquer forma, o texto do PL já confere as bases legais suficientes para que o diálogo sirva também de instrumento de compra de inovação.

É importante destacar, finalmente, que os DC vão muito além do fomento à inovação e se destinam, sobretudo, a dar tratamento adequado a situações complexas. Acontece que, em meio a tais complexidades, optou-se por, também, estimular a inovação.

4.4 Prêmios para inovação

Os prêmios para inovação acontecem no mundo ocidental há séculos; talvez o caso mais antigo com alguma documentação seja aquele referente ao prêmio oferecido pelo Rei Felipe II, da Espanha, a quem conseguisse encontrar um método confiável para definir a latitude e com isso garantir a hegemonia espanhola na era das grandes navegações.¹⁶

Os prêmios foram muito populares no século XIX e agora, no alvorecer do século XXI, ganham uma nova roupagem enquanto instrumento de fomento à inovação pelo lado da demanda. Os mais famosos no momento são norte-americanos, como o *Google Lunar X Prize* e os *Grand Challenges*, da Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA). De fato, a política de inovação desse país tem apostado consideravelmente em tais instrumentos.¹⁷ É interessante observar que esses prêmios também podem ser oferecidos pela iniciativa privada.

No meio público brasileiro seu uso é restrito e um tanto difuso, com destaque para concursos de obras literárias, peças de arte e, principalmente, projetos arquitetônicos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XXXIX – concurso: modalidade de licitação para escolha de *trabalho técnico, científico* ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;

(...)

Art. 28. São modalidades de licitação:

(...)

III – concurso;

(...)

Art. 30. O concurso observará as regras e condições previstas em edital, que indicará:

I – a qualificação exigida dos participantes;

II – as diretrizes e formas de apresentação do trabalho;

III – as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

Parágrafo único. Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, nos termos do art. 92 desta Lei, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes (Brasil, 2020, grifo nosso).

As possibilidades descritas aqui já eram previstas na Lei nº 8.666/93. Contudo, o PL avança no uso do concurso como instrumento de inovação na medida em que não obriga que o vencedor transfira ou ceda para a administração pública contratante a titularidade dos direitos patrimoniais sobre a criação resultante de atividade de P&D.

O art. 111 da Lei nº 8.666/1993 (que se pretende substituir) dificulta a formação de parcerias entre o poder público e as empresas ou instituições inovadoras, dado que a titularidade da propriedade intelectual é, por lei, da administração. Essa situação se torna especialmente problemática quando a empresa ou instituição já empregou no desenvolvimento de dada tecnologia recursos financeiros e humanos.

16. <<https://bit.ly/2NRIQan>>.

17. <<https://bit.ly/39JwJov>>.

O PL altera a estrutura de incentivos na cadeia de investimentos público-privados em inovação. O § 2º do art. 92 incentiva a participação do setor privado nas contratações públicas de inovação, porque autoriza que as empresas ou instituições contratadas se tornem proprietárias ou licenciadas de tecnologias desenvolvidas por elas com recursos públicos. Nesse sentido, o PL facilitará a utilização dos prêmios públicos para inovação.

Em outras palavras, se na lei anterior o vencedor do concurso tinha de ceder à administração todos os direitos relacionados ao objeto do concurso, agora não mais.

Art. 92. Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (*software*) e a respectiva documentação técnica associada, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.

§ 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o *caput* deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

§ 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o *caput* deste artigo quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (Brasil, 2020, grifo nosso).

A ideia central do instrumento é a de premiar com recursos financeiros aqueles que encontrarem a melhor solução para um determinado problema de interesse do Estado. Isto é, estimular que inventores independentes, empresas e instituições de ensino e pesquisa empreguem recursos próprios já disponíveis na proposição e/ou desenvolvimento de soluções concretas a serem escalonadas em momento posterior.

Trata-se de uma forma de usar uma demanda pública para promover o surgimento, mas não necessariamente a difusão e o emprego, de inovações pelo Estado. Isto porque o PL não faz nenhuma referência a permissão de aquisição de produtos e serviços em escala comercial a partir de uma seleção feita por concurso.

Por exemplo, pode-se realizar um concurso para selecionar um protótipo de instrumento autônomo que equacione determinada demanda da administração. Contudo, a partir do concurso, não parece ser possível comprar vários destes produtos em escala comercial para uso difundido. De fato, a legislação fala em “(...) modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico”. Não existe menção a contratações subsequentes em razão de uma escolha com base em concurso.

Por outro lado, o concurso é importante para financiar o primeiro protótipo ou resultado e garantir visibilidade ao mesmo. Se este resultado já estiver em condições de emprego em larga escala, um outro modelo de compra, talvez os diálogos competitivos ou mesmo a inexigibilidade de licitação, deverão ser utilizados para tanto.

Evidentemente, o instrumento também não é adequado para financiar grandes projetos de P&D em fases sequenciais, uma vez que os interessados devem realizar todo o esforço com recursos próprios. Todo o risco, inclusive tecnológico, é do candidato. Apenas os melhores são remunerados e somente ao final do esforço. Em contrapartida, os prêmios são interessantes para desenvolvimentos pontuais marcados por entregas específicas.

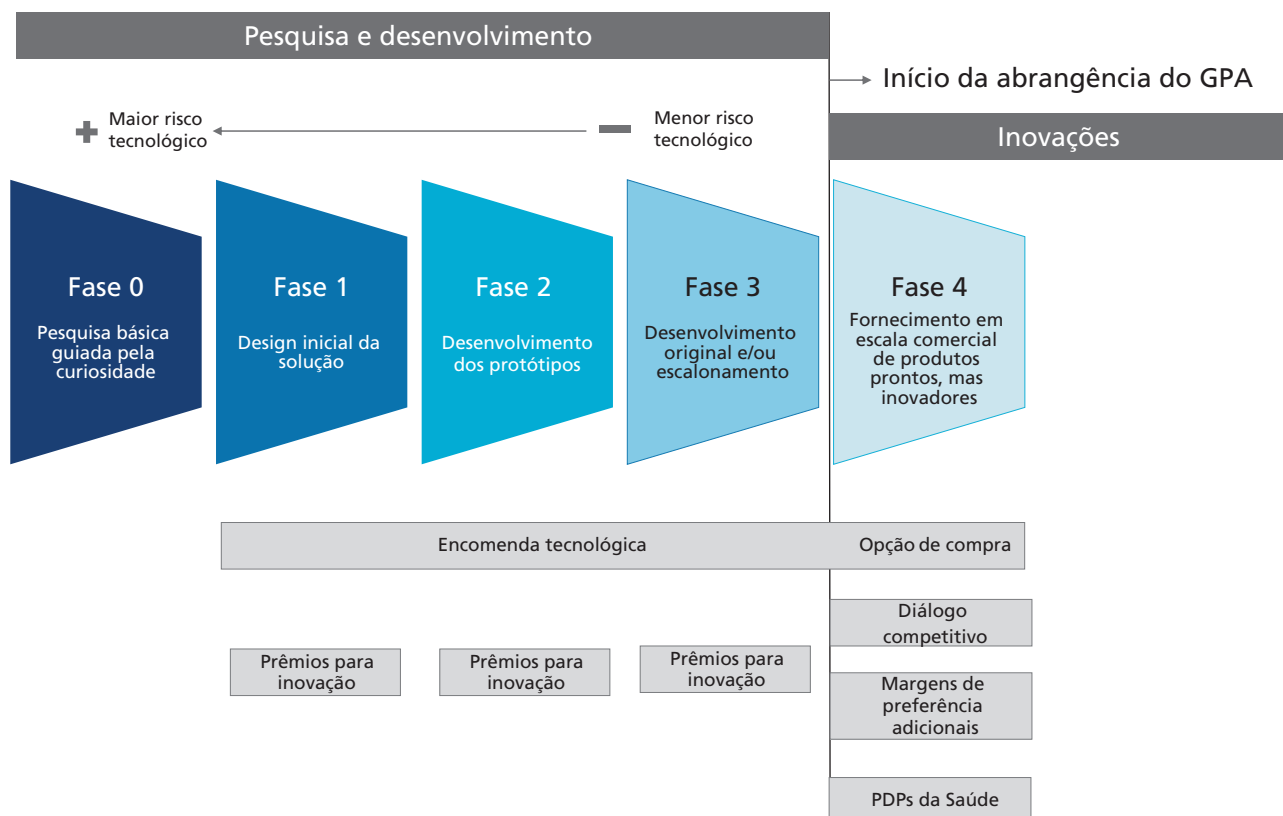
4.5 Compras públicas para inovação segundo a legislação federal de inovação e a redação do PL nº 4.253

Em que pese o PL nº 4.253 de 2020 trazer inúmeros claros avanços quando se trata do uso estratégico das compras públicas para fomentar a inovação, a novidade e a ousadia de alguns instrumentos nele previstos exigirão amadurecimento das discussões. De qualquer forma, já é possível plotar as diferentes possibilidades frente ao processo inovativo e comparar o objeto central de cada um destes instrumentos.

A figura 1 apresenta o objeto contratual de cada instrumento já existente na Lei de Inovação, bem como daqueles propostos no texto do PL. Ou seja, a referida figura foi construída a partir da característica do objeto de aquisição. Assim, enquanto nos DC quer se adquirir produtos prontos, nas Etec o objetivo é a aquisição de serviços de pesquisa e desenvolvimento e/ou prototipagem, por exemplo.

FIGURA 1

Instrumentos de compras públicas para inovação no Brasil segundo a Lei de Inovação e a redação proposta do PL nº 4.253 de 2020, por fase do processo inovativo e objeto de contratação



Elaboração do autor.

A figura 1 é livremente inspirada nos trabalhos seminais da União Europeia sobre compras públicas para inovação e relaciona os instrumentos com base nas fases possíveis, mas não obrigatórias, do processo inovativo.¹⁸ É sempre importante lembrar que o referido processo não é linear e em boa parte das vezes não depende de P&D formal. Acontece que, para inovações de cunho mais disruptivo, pelo menos um robusto esforço de desenvolvimento, prototipagem e escalonamento é necessário.

Os instrumentos estão dispostos na figura de forma a permitir apenas uma boa visualização e, por isso, não refletem qualquer hierarquia. Adicionalmente, é preciso mencionar que o PMI não é retratado por não se enquadrar como um tipo de compra em si, mas sim como um procedimento auxiliar. Nesse mesmo sentido, dispensas de licitação ligadas a aquisição de insumos para P&D ou atividades de ICTs também não são apresentadas, uma vez que estas não têm por objetivo gerar a inovação através da pesquisa, mas garantir o funcionamento adequado de instituições de pesquisa.

Dado o exposto neste texto, são atividades de compras públicas voltadas para inovação já na fase de difusão: os diálogos competitivos; as margens de preferência adicional; e as PDPs da saúde. Nelas, as cláusulas do GPA, do qual o Brasil pretende ser signatário, precisam ser respeitadas.

As Etecs, por sua vez, destinam-se à aquisição de objetos classificados ainda na fase pré-comercial, mas permitem a aquisição de possíveis inovações resultantes (através da opção de compra).

Por sua vez, os prêmios para inovação se destinam a adquirir diferentes resultados da fase de pesquisa, principalmente de desenvolvimento e independente do nível de maturidade. Dada sua configuração legal, são ideais para aquisições específicas e pontuais, por isso, os retângulos descontínuos.

Tem-se assim, o conjunto de instrumentos de compras públicas que podem ser empregados no sentido de fomentar a inovação e o desenvolvimento tecnológico no Brasil, caso o texto do PL seja, de fato, sancionado sem vetos.

Por se tratar de uma análise muito superficial, feita sobretudo para posicionar a comunidade de prática em termos das inúmeras modificações em curso no país, será preciso analisar detalhadamente cada um destes instrumentos de forma a ter uma compreensão mais precisa sobre seus limites e possibilidades.

Contudo, já é possível observar que o PL permitirá criar um *mix* amplo de instrumentos de política de inovação que atuam pelo lado da demanda tão ou mais completo do que aquele que atua pelo lado da oferta (bolsas de pesquisa, crédito, subvenção etc.). A união destes dois conjuntos – pelo lado da demanda e pelo lado da oferta – criará condições muito adequadas para a atuação pública no fomento à inovação no Brasil. Será preciso, agora, definir prioridades nacionais para dar vazão a estas novas possibilidades legais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993.

_____. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004.

_____. Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, o art. 24, § 3º, e o art. 32, § 7º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o art. 1º da Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, e o art. 2º, caput, inciso I, alínea “g”, da Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e altera o Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, para estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 fev. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3rh4vHx>>.

_____. Projeto de Lei nº 4253, de 19 de agosto de 2020. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. **Senado Federal**, Brasília, 19 ago. 2020. No prelo. Disponível em: <<https://bit.ly/3toKaSt>>.

FIUZA, E. P. S.; MEDEIROS, B. A. **A agenda perdida das compras públicas**: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. Brasília: Ipea, ago. 2014. (Texto para Discussão, n. 1990). Disponível em: <<https://bit.ly/3cDXZGK>>.

RAUEN, A. T.; BARBOSA, C. M. M. **Encomendas tecnológicas no Brasil**: guia geral de boas práticas. Brasília: Ipea, 2019.

Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

EDITORIAL

Chefe do Editorial

Reginaldo da Silva Domingos

Assistentes da Chefia

Rafael Augusto Ferreira Cardoso

Samuel Elias de Souza

Supervisão

Camilla de Miranda Mariath Gomes

Everson da Silva Moura

Editoração

Aeromilson Trajano de Mesquita

Anderson Silva Reis

Cristiano Ferreira de Araújo

Danilo Leite de Macedo Tavares

Jeovah Herculano Szervinsk Junior

Leonardo Hideki Higa

Capa

Danielle de Oliveira Ayres

Flaviane Dias de Sant'ana

*The manuscripts in languages other than Portuguese
published herein have not been proofread.*

Livraria Ipea

SBS – Quadra 1 – Bloco J – Ed. BNDES, Térreo

70076-900 – Brasília – DF

Tel.: (61) 2026-5336

Correio eletrônico: livraria@ipea.gov.br

Missão do Ipea

Aprimorar as políticas públicas essenciais ao desenvolvimento brasileiro por meio da produção e disseminação de conhecimentos e da assessoria ao Estado nas suas decisões estratégicas.

ipea Instituto de Pesquisa
Econômica Aplicada

MINISTÉRIO DA
ECONOMIA



PÁTRIA AMADA
BRASIL
GOVERNO FEDERAL