

Título do capítulo	CAPÍTULO 6 – PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO À INOVAÇÃO: O ARTIGO 81 DA LEI Nº 14.133, DE 2021
Autoras	Carolina Mota Mourão Vera Monteiro
DOI	http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2/capitulo6
Título do livro	COMPRAS PÚBLICAS PARA INOVAÇÃO NO BRASIL: NOVAS POSSIBILIDADES LEGAIS
Organizador	André Tortato Rauen
Volume	-
Série	-
Cidade	Brasília
Editora	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)
Ano	2022
Edição	-
ISBN	978-65-5635-046-2
DOI	http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – ipea 2022

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.

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO À INOVAÇÃO: O ARTIGO 81 DA LEI Nº 14.133, DE 2021

Carolina Mota Mourão¹
Vera Monteiro²

1 INTRODUÇÃO

O sucesso de iniciativas de inovação por parte do Estado depende de políticas públicas que estabeleçam adequadamente os temas prioritários e os objetivos almejados, bem como da capacidade de o próprio Estado estruturar arranjos aptos a articular entes públicos e privados em torno de projetos estratégicos e mobilizadores de ações voltadas à ciência, tecnologia e inovação (CT&I) (Bucci e Coutinho, 2017).

Além disso, o processo inovativo requer condições jurídico-institucionais adequadas para a sua realização, as quais devem ser capazes de estimular a inovação e garantir segurança jurídica para arranjos necessários à interação entre governo, instituições de pesquisa e mercado. Isso pode se dar tanto pela criação de novos instrumentos jurídicos quanto pelo uso inovador de instrumentos já adotados em outros contextos, desde que tenham potencialidade para trazer maior agilidade, flexibilidade e interação entre os agentes envolvidos.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), Lei nº 14.133/2021, embora não tenha rompido com a estrutura básica da Lei nº 8.666/1993 (a qual se mostrou excessivamente rígida para as contratações destinadas à inovação tecnológica), e tampouco tenha como foco a contratação de inovação, trouxe oportunidades para o incentivo à inovação, a partir da previsão de novos instrumentos e da incorporação e ampliação do uso de mecanismos anteriormente adotados em outros regimes contratuais. É o caso do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), cujo uso em contratações públicas que envolvam algum grau de inovação é o objeto deste capítulo.

1. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; coordenadora e pesquisadora do Observatório da Inovação e Competitividade do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (OIC-IEA/USP). *E-mail*: <carolinamotamourao@gmail.com>.

2. Professora da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas São Paulo (FGV Direito SP) e da Sociedade Brasileira de Direito Público (sbdp). *E-mail*: <vera.monteiro@fgv.br>.

O PMI não é modalidade de licitação. É procedimento administrativo de colaboração entre a administração pública e a iniciativa privada, útil para que poder público e particulares dialoguem com o objetivo de que estes últimos colaborem, seja na definição de políticas públicas cujas diretrizes já tenham sido definidas pelo Estado, seja no desenvolvimento de soluções inovadoras para problemas de interesse público (Moreno, 2019; Louback, 2020). O PMI tanto pode ser inaugurado por solicitação do agente privado, que pretende levar ideias ao poder público, quanto pode ser iniciativa do próprio Estado, que quer dialogar com o mercado antes de decidir acerca do termo de referência que pautará uma futura contratação.

O PMI precede a contratação. Seu objetivo é trazer insumos para o gestor público desenhar futura contratação, seja uma encomenda tecnológica,³ um contrato público de solução inovadora,⁴ um contrato comum, decorrente de pregão,⁵ ou qualquer outra espécie contratual (precedida ou não de licitação).

Desde sempre, o mercado dialoga com entes públicos. Nem sempre, contudo, de forma estruturada e transparente. Além dos receios inerentes à falta de integridade na interlocução entre o público e o privado, os contratantes supunham ser autossuficientes no desenho dos contratos e, por isso, se fechavam ao diálogo. Desconsideravam, assim, a assimetria de informações. Como resultado, os editais passaram a ser feitos internamente nos órgãos, a partir de soluções preconcebidas, mas nem sempre aderentes aos problemas reais enfrentados pela administração. O importante não era identificar o problema e a melhor forma de resolvê-lo, mas usar termo de referência já testado e com menor risco de questionamento pelo próprio mercado ou por órgãos de controle.

O problema dessa prática é que a solução para eventuais dúvidas na interpretação dos editais era deixada ao Judiciário, que certamente é muito menos apto para solucionar questões de gestão pública que a própria administração. Contudo, o aprendizado advindo do histórico enfrentamento da rigidez nas contratações permitiu que os agentes públicos compreendessem que há muitas contratações complexas e que a administração não tem, por si só, as informações necessárias para refletir e seguir adiante. Aceitamos que o diálogo transparente é elemento importante para contratar melhor, bem como instrumento para frear os indesejáveis riscos morais, decorrentes de interesses e *lobbies* ocultos.

A consolidação do PMI ocorreu nesse cenário. Apesar de, na década de 1960, alguns setores de infraestrutura já se beneficiarem do PMI, foi só em 1995 que uma lei geral passou a regulá-lo. É a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), cujo art. 21 autoriza que particulares apresentem contribuições aos projetos de

3. Ver capítulo 13 desta obra.

4. Ver capítulo 12 desta obra.

5. Ver capítulo 4 desta obra.

concessão (estudos, investigações, levantamentos e projetos), as quais, se úteis, podem ser usadas na licitação a ser realizada pelo poder público para a celebração de contrato de concessão. Este dispositivo, combinado com o art. 31 da Lei nº 9.074/1995, passou a autorizar os autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo a participar, direta ou indiretamente, da licitação para contratos de concessão.

Foi a partir da experiência com o art. 21 da Lei de Concessões que o PMI passou a ser utilizado de forma mais ampla no setor de infraestrutura, em todas as esferas federativas. Em consequência, a esfera federal regulamentou o uso do PMI nos contratos de concessão (via Decreto nº 8.428/2015, depois atualizado pelo Decreto nº 10.104/2019). Este microsistema normativo acabou servindo de inspiração para outras normas que vieram a ser posteriormente editadas por diversos entes federativos, que disciplinaram o alcance e os critérios para a aplicação do PMI em suas próprias esferas. É o caso, por exemplo, do estado de São Paulo, que editou o decreto estadual nº 61.371, em 2015.

A Lei nº 8.666/1993, que trata das licitações e contratos para obras, serviços, compras e alienações (e não de concessões), não tinha nada parecido com o PMI. Aliás, ela vedava qualquer aproximação entre o poder público e particulares, ao impedir o autor do projeto básico ou executivo de participar da licitação para a celebração do contrato. Confira-se o dispositivo a seguir.

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou

responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários (Brasil, 1993).

A NLLC, porém, apesar de seu art. 14, cuja regra é semelhante ao art. 9º da Lei nº 8.666/1993,⁶ expressamente autorizou o PMI, em seu art. 81, e permitiu o diálogo e a atuação colaborativa entre o poder público e o particular nas atividades prévias à licitação, sem gerar impedimento à participação do colaborador na licitação que ele ajudou a conceber. Conforme o *caput* do art. 81, 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, 2021a, grifos nossos).

Logo, a vedação do art. 14 precisa ser interpretada restritivamente. O autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo (de obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados) estará impedido de disputar a licitação se seu projeto trazer solução comum (no sentido de não ser inovadora e não

6. Confira-se o dispositivo:

“Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

I – autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

III – pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

IV – aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;

V – empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;

VI – pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

§ 1º O impedimento de que trata o inciso III do *caput* deste artigo será também aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

§ 2º A critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa a que se referem os incisos I e II do *caput* deste artigo poderão participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.

§ 3º Equiparam-se aos autores do projeto as empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

§ 4º O disposto neste artigo não impede a licitação ou a contratação de obra ou serviço que inclua como encargo do contratado a elaboração do projeto básico e do projeto executivo, nas contratações integradas, e do projeto executivo, nos demais regimes de execução.

§ 5º Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos desta Lei” (Brasil, 2021a).

contribuir com questão de relevância pública) e se for integralmente incorporado como documento da licitação.

Portanto, a NLLC passou a autorizar a publicação de edital de chamamento público que venha a estabelecer regras para a participação de particulares na fase pré-licitatória. Eles poderão realizar estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, “na forma do regulamento”. O papel deste regulamento é um dos temas deste capítulo.

A lei ainda autorizou que o autor do projeto participe “no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade” (Brasil, 2021a, art. 14, § 2º).

Diante desse contexto, é certo que a NLLC avançou muito positivamente ao prever, para a modelagem dos contratos em geral, mecanismo que aproxima administração pública e setor privado. Com isso, ela superou um “erro de origem”⁷ presente na Lei nº 8.666/1993, especialmente quanto a contratos complexos e estruturados. Vale lembrar que a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) já tinha autorizado o PMI no âmbito das contratações destas empresas (Brasil, 2016, art. 31, § 4º).⁸

Este capítulo tem por objetivo analisar a racionalidade do PMI e apresentar recomendações de como operacionalizá-lo em contratações públicas de inovação. Para tanto, o capítulo está dividido em quatro seções, além desta introdução e das considerações finais.

2 QUAL A RACIONALIDADE (ECONÔMICA) DO PMI?

O art. 81, inserido no capítulo dos instrumentos auxiliares das licitações e contratação pública da NLLC (art. 78 e seguintes), passou a admitir que pessoas físicas ou jurídicas apresentem estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, antes da celebração de contratos públicos. Se aceitas as contribuições, elas poderão constar

7. Essa expressão é adotada por Rafael Issa, em sua análise sobre a crise do contrato administrativo no Brasil. Segundo ele, “a legislação possui pouca preocupação com a fase de modelagem dos contratos administrativos. Como os grandes temas que pautaram as discussões sobre contratações públicas na segunda metade do século XX estiveram concentrados sobretudo no que tange à isonomia, ampla competitividade e ao combate à corrupção, a temática da modelagem de contratos esteve praticamente ausente dos grandes debates da matéria. A visão do contrato como mecanismo de contenção da atividade administrativa foi superior à visão de tal instrumento como engrenagem da eficiência estatal” (Issa, 2017, p. 338-339).

8. Confira-se o dispositivo da Lei das Estatais: “a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas” (Brasil, 2016, art. 31, § 4º).

do edital de licitação, e aquele que as formulou não ficará impedido de participar e de celebrar o contrato afinal desenhado com sua colaboração.

Com o PMI, a administração contemporânea passou a contar com um importante instrumento, que é a possibilidade de dialogar com a iniciativa privada, e que pode, legitimamente, ajudá-la a pensar como atingir determinado objetivo. Sai de cena, assim, o pressuposto (que não encontrava base nos fatos) de que a administração, por seus próprios meios, sempre sabia como celebrar o melhor contrato. Entra em cena a administração real, que sabe muito sobre soluções contratuais cotidianas, mas, como qualquer outro agente, se vê diante de dúvidas, impasses e sem informações suficientes para decidir em prol de um certo objeto e de mecanismos contratuais em detrimento de outros. Na verdade, é esperado – dada a ampla forma de atuação da administração pública – que ela não saiba quais as práticas de mercado vigentes, as inovações em curso, em termos de objeto, nem mesmo as novas técnicas contratuais capazes de melhor alcançar o resultado esperado para a administração pública.

Isso fica evidente no contexto de um mercado que funciona de forma cada vez mais complexa (pois é extremamente específico, fragmentado e interdependente) e no qual os agentes econômicos interagem com base em dinâmicas específicas, seja em razão da sua maior (ou menor) competitividade do mercado, seja por causa da variação de seus perfis. Se, por um lado, a ampliação do número de empresas é, em princípio, um fator que influencia positivamente a competitividade e produtividade dos mercados e o desenvolvimento econômico,⁹ por outro, isso resulta em novos desafios para a administração, que passa a ter que se relacionar com empresas que adotam modelos de negócios muito variados. Por essa razão, o PMI é instrumento com capacidade para aproximar a administração dessas novas realidades, que geram impactos tanto no comportamento como na forma de interação entre os agentes econômicos.

Além disso, o desenvolvimento tecnológico acelerado gera impacto considerável na capacidade de contratar da administração: as múltiplas possibilidades para a solução de problemas e a dificuldade de dominar novas tecnologias e tendências tecnológicas ampliam consideravelmente os riscos e incertezas da tomada de decisão. Se a própria rotina econômica já é envolta em grande complexidade, quando a inovação é considerada na análise contratual, essa complexidade ganha contornos ainda mais importantes. De fato, uma das características mais contundentes do processo inovativo e da comercialização de inovações é a existência de forte assimetria de informações. Em geral, um novo produto ou serviço tende a

9. Nesse sentido, aceita-se de modo unânime que as empresas são fundamentais para “o aumento do estoque de conhecimentos úteis, assim como a extensão de suas aplicações”, ocupando lugar central no crescimento e no desenvolvimento econômico (Teece, 2005, p. 147).

carregar grande desconhecimento quanto a sua real *performance* e características de funcionamento.

Por tais razões, ouvir o mercado pode ser bastante útil em contratações difíceis, de natureza tecnológica, ligadas à inovação, em que a administração dispõe de pouca experiência e informação. São casos em que ela precisa solucionar problemas ou desafios tecnológicos específicos para os quais ainda não existe solução disponível ou nem é clara a trajetória de desenvolvimento tecnológico a ser seguida.¹⁰ Neste cenário, o PMI pode ser uma estratégia interessante (não obrigatória) para o desenho de novos arranjos contratuais, como a encomenda tecnológica,¹¹ de que trata a Lei de Inovação (Lei nº 10.973/2004), e o concurso para a inovação, decorrente da leitura combinada do art. 28, inciso III, do art. 30 e do art. 93, § 2º, da NLLC (Brasil, 2021a).¹²

O pressuposto básico do PMI é o de que o agente privado pode apresentar à administração uma solução não conhecida, bem como uma melhor forma contratual de fornecê-la, na expectativa de ser posteriormente selecionada ou, pelo menos, ter os dispêndios de elaboração do PMI reembolsados pelo vencedor do certame (considerando-se que os estudos do PMI foram, de fato, utilizados na confecção dos documentos da contratação). Por isso, é muito importante, como se verá neste capítulo, ter capacidade técnica para avaliar os estudos enviados pelo setor privado, sob o risco de a administração ser excessivamente influenciada pelo mercado.

O PMI é, portanto, instrumento a ser utilizado naqueles casos em que a redução da assimetria de informações entre o público e o privado é condição para uma melhor contratação. Ele tem pouca ou nenhuma utilidade nos casos em que a administração pública sabe o que quer e conhece o caminho para a sua boa contratação. Sua utilidade surge nos casos em que a administração tem dúvidas, conhece o problema, mas não sabe como resolvê-lo.

Em compras públicas para inovação, o PMI tem a função de reduzir as assimetrias de informação entre a administração (contratante) e os potenciais fornecedores (contratados), uma vez que, dada a natureza da moderna economia (específica, fragmentada e interdependente, conforme mencionado anteriormente), não é possível que a administração tenha completa informação sobre as soluções (Mankiw, 2014). De fato, à luz de uma perspectiva mais neoclássica da

10. Segundo Mowery e Rosenberg, "a competência tecnológica de uma empresa ou de um país em qualquer ponto do tempo é moldada pela trajetória que conduziu sua economia ao estado atual. Além disso, esse estado configura a facilidade ou dificuldade com que diferentes trajetórias futuras de desenvolvimento poderão vir a ser exploradas". Ainda assim, mesmo que trajetórias sejam fruto de certas condições previamente existentes, muitas vezes elas também decorrem de decisões governamentais, como ocorreu, por exemplo, com a reestruturação e desregulamentação dos serviços de telecomunicações nos Estados Unidos nos anos 1980, que gerou um forte impulso para o desenvolvimento de novas tecnologias no setor (Mowery e Rosenberg, 2005, p. 191).

11. Para uma caracterização minuciosa das encomendas tecnológicas, ver Rauen e Barbosa (2019).

12. Ver capítulos 13 e 11 desta obra, respectivamente.

economia, essa previsível assimetria de informações cria uma falha de mercado, pois tende a gerar um resultado subótimo, ou seja, impede que seja alcançada a “eficiência de mercado”.

A assimetria de informações, por poder afetar negativamente a organização de certos mercados e causar desequilíbrios em relações comerciais, há muito é estudada por diferentes correntes do pensamento econômico. Por exemplo, Akerlof, Spence e Stiglitz, ganhadores do prêmio Nobel de economia em 2001 por estudos nessa área, avaliaram a incidência da assimetria de informações nos mercados de carros usados (*market for lemons*),¹³ de educação e de seguros, respectivamente.¹⁴ Evidentemente, tal assimetria pode surgir em outros mercados, assim como pode haver muitas estratégias para reduzir os desequilíbrios decorrentes da falha.¹⁵

Porém, o esforço e a alocação de recursos para obter informações por uma das partes de um contrato pode trazer custos (os chamados custos de transação), o que também desafia a eficiência e o funcionamento dos mercados. Na definição de Ronald Coase (1937),¹⁶ são custos que as partes têm na negociação e no estabelecimento de um contrato. Por isso, o PMI precisa ser cuidadosamente planejado e executado, pois tende a gerar “custo burocrático” relevante para o ente público. Ao mesmo tempo que pode ser instrumento propício à superação de uma falha de mercado, há sério risco de que crie entraves adicionais ao já rígido processo de compra pública.

Adicionalmente, existe o risco de o PMI ser empregado para preencher as lacunas de pessoal e de gestão na administração, inclusive de planejamento, e permitir a “captura” do Estado por um ente privado que constantemente envia projetos à administração. Paradoxalmente, essa captura pode elevar (e não diminuir) a

13. A referência feita ao mercado de carros usados por Akerlof se deu de modo exemplificativo, e não necessariamente em razão da importância desse mercado diante da economia como um todo. Nesse sentido, “*the automobile market is used as a finger exercise to illustrate and develop these thoughts. It should be emphasized that this market is chosen for its concreteness and ease in understanding rather than for its importance or realism*” (Akerlof, 1970, p. 489).

14. As implicações da assimetria de informação no mercado foram analisadas inicialmente por Akerlof em seu artigo de 1970, hoje considerado um clássico, *The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism*. Em 1973, Spence publicou um ensaio sobre educação como sinal de produtividade no mercado de trabalho, no qual mostra a “sinalização” como uma resposta dos mercados à assimetria da informação. Por sua vez, em complemento aos dois trabalhos anteriores, Stiglitz produziu uma análise sobre problemas da informação no mercado de seguros – no qual as empresas não possuem informações sobre a situação de risco de seus clientes individuais –, o que permitiu ao economista examinar os comportamentos dos agentes econômicos desinformados, os impactos dessa assimetria no mercado e quais incentivos poderiam ser oferecidos para mitigar os riscos dessa desinformação. Disponível em: <<https://bit.ly/3cZiRui>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

15. O próprio Stiglitz desenvolveu outras análises que chegaram a essa conclusão e que mostraram que as assimetrias de informação e incentivos econômicos não são apenas abstrações teóricas. Disponível em: <<https://bit.ly/3cZiRui>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

16. Ver também Williamson (1985; 1986).

assimetria de informação e criar uma “falha de governo”, principalmente em situações de fragilidade institucional (Pereira, 2011).¹⁷

O fenômeno da captura do poder público pelo setor privado foi intensamente examinado em debates de teoria da regulação, no contexto das relações entre agências reguladoras e empresas reguladas. Como demonstrou George Stigler, em artigo que deu início à “teoria da captura”, grupos de interesse são capazes de influenciar entidades reguladoras, de modo a beneficiar a própria indústria regulada, em detrimento dos consumidores, que dispõem de menos condições para interferir na tomada de decisão (Stigler, 1971). Assim como existem falhas de mercado, a teoria da captura revela a existência de falhas de governo, uma vez que decisões governamentais tendem a ser determinadas pelos interesses das empresas reguladas.

De forma análoga à relação entre regulador e regulado, a captura do setor público pelo privado também pode ocorrer no âmbito das contratações públicas. O PMI pode servir de instrumento para que grupos de interesse se beneficiem indevidamente. Isso acontece quando o poder público não tem capacidade institucional de dialogar com as ideias e propostas, e passa a aceitá-las sem critério. O grande risco está em contratar mal, além do direcionamento em si da licitação e da redução indevida da competição (Camacho e Rodrigues, 2015, p. 22).

A forma de o poder público mitigar os riscos de captura e de redução da competição na futura licitação é investir na sua capacidade institucional, no planejamento de suas contratações, na transparência do processo e na ampla divulgação do PMI, na medida em que permite a participação e a reação de outros agentes econômicos interessados na contratação pública.

Embora os riscos da captura e da redução do nível de competição na contratação subsequente sejam reais, eles não são suficientes para diminuir ou anular as potencialidades do PMI. Não é por outra razão que este item explorou os aspectos centrais relativos à racionalidade econômica desse instrumento. Uma vez estabelecidas diretrizes e feito o planejamento estatal, é melhor o diálogo público-privado ocorrer às claras, via procedimento previamente estruturado, do que permanecer escondido, quando os riscos à integridade pública são ainda maiores.

Portanto, o PMI deve ser empregado quando a assimetria de informações for maior do que o custo de transação gerado, bem como maior do que o risco de captura. Do contrário, é mais eficiente empregar alternativas menos formais de interação com o mercado.

17. Segundo o autor, “é importante ressaltar que o desenho de um PMI específico enfrenta o seguinte conflito de escolha: na medida em que o PMI fornece subsídios para a estruturação mais ágil de um projeto de infraestrutura, o instrumento, por outro lado, tende a ser conduzido e intelectualmente liderado pelo setor privado, o que poderia reforçar a assimetria de informação entre os setores público e privado” (Pereira, 2011, p. 7).

Se, por um lado, o PMI tem potencial para estimular a inovação, na medida em que permite ao Estado interagir com diferentes atores e colocar em prática a oxigenação de ideias, ao mesmo tempo que reduz as incertezas da futura contratação e a assimetria de informações entre o público e o privado, por outro, o PMI não é, por si só, garantia de melhoria na qualidade das contratações públicas (ele pode gerar elevados custos de transação). É um instrumento que, se bem utilizado, tem potencial para gerar ganhos; mas, se utilizado sem clareza quanto aos seus objetivos e racionalidade, pode gerar atraso na contratação pública (em razão do tempo e dos conflitos que o PMI pode causar) e incerteza nos casos em que originalmente não havia.

3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM O PMI VEM DO SETOR DE INFRAESTRUTURA

A história do PMI remete à própria história da modelagem de concessão no Brasil.¹⁸ Não houve um modelo único prevalecente ao longo dos anos. O caminho escolhido para a modelagem de concessão acompanhou os ciclos vividos pelo país – após a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) – de revisão do papel do Estado nos setores da infraestrutura econômica. Segundo Monteiro (2015),

no período iniciado com o programa de Reforma do Estado desenvolvido no Brasil a partir do início da década de 90 do século passado e que teve seu ápice no governo FHC (1994-2002), com a privatização de grandes empresas federais e flexibilização do monopólio de serviços públicos, os setores elétrico, de telecomunicações, de ferrovias, de portos e, no caso dos estados, o de rodovias, foram os que concentraram o maior número de concessões.

(...)

Os estudos foram obtidos por meio de uma combinação entre esforço interno e serviço prestado por consultores contratados pelo poder público. Eram setores predominantemente organizados em torno de empresas estatais cujo corpo técnico, em alguns casos, foi capaz de elaborar os estudos que antecederam as concessões.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) também atuou de forma relevante na modelagem das concessões federais nesse período.¹⁹ Em meados dos anos 2000, uma nova onda de projetos surgiu com o

18. Parcela da pesquisa e das conclusões deste item faz parte de trabalho amplo, realizado entre os anos de 2015 e 2016, sobre a experiência brasileira na modelagem de concessão. Tal estudo foi elaborado por vários autores, no âmbito de projeto contratado pelo International Finance Corporation (IFC), com o apoio da Área de Estruturação de Projetos do BNDES, sendo que o capítulo 7, *Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes*, é de Vera Monteiro (Monteiro, 2015). Disponível em: <<https://bit.ly/3vBTzJ9>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

19. A Lei nº 9.491, de 1997, que tratou do Programa Nacional de Desestatização, trouxe regra própria para a contratação de serviços de consultoria. Segundo o parágrafo único de seu art. 18 (Brasil, 1997), a contratação desses serviços, e de outros especializados necessários à execução das desestatizações, seria objeto de licitação, a qual poderia prever a remuneração do contratado por pagamento fixo ou comissionado.

desafio de serem inovadores, assim qualificados por envolverem serviços novos e formatos contratuais inéditos.

Foram feitas concessões de serviços públicos econômicos que não tinham experimentado o modelo concessório (p. ex., concessões aeroportuárias); foram concedidos serviços públicos econômicos sem que o concessionário tivesse relação direta com o usuário (p. ex., concessão do serviço de esgotamento sanitário); foram feitas concessões de serviços públicos não econômicos (p. ex., concessões hospitalares e de moradias de interesse social); e foram feitas concessões de serviços gerais (p. ex., concessões de estádios de futebol) (Monteiro, 2015).

Nesse período, foram testados vários formatos distintos para a modelagem dos projetos.

O setor elétrico, por exemplo, beneficiou-se da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), criada em 2004 com a finalidade de prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético.²⁰

Esse mesmo setor já utilizava a autorização de estudos para a estruturação de projetos, como revela o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934, com as modificações do Decreto-Lei nº 852/1938), o qual trazia a figura da autorização de estudos para o pretendente de concessões de produção, transmissão e distribuição da energia hidrelétrica. Posteriormente, a Lei nº 6.712/1979 permitiu ao MME expedir autorização para as concessionárias de energia elétrica realizarem estudos relacionados ao estabelecimento de instalações de transmissão de energia elétrica, em tensão nominal igual ou superior a 230 KV, tendo sido reconhecido o direito daquelas empresas às servidões necessárias à elaboração dos respectivos projetos. Mais recentemente, com a edição da Lei nº 9.427, de 1996, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) recebeu essa competência e passou a autorizar a elaboração

20. Com as privatizações iniciadas na década de 1990 e a conseqüente participação de capital privado nas concessionárias elétricas, a atribuição de realização de estudos e planejamento setorial, até então a cargo de um grupo integrado por concessionárias estatais sob coordenação da Eletrobras – Grupo de Coordenação do Planejamento do Sistema de Energia Elétrica (GCPS) –, foi transferida ao MME no ano 2000 – para o chamado Comitê Coordenador do Planejamento Elétrico (CCPE) –, sendo que em 2004 a tarefa foi assumida pela EPE. Assim, alguns estudos de viabilidade de empreendimentos de energia elétrica foram desenvolvidos pela EPE, que contrata, via licitação, estudos cartográficos, de engenharia e socioambientais (é o caso, por exemplo, dos estudos que embasaram os projetos das usinas hidrelétricas – UHEs – da Bacia do Rio Teles Pires, quais sejam, UHE Teles Pires, UHE São Manoel, UHE Sinop e UHE Foz de Apicás). Conforme Rodrigues (2015). Disponível em: <<https://bit.ly/3zsmVe6>>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamento de potenciais hidráulicos (art. 28).²¹

Desde então, a Aneel vem editando resoluções para regular a apresentação de estudos, sendo a mais recente a Resolução Normativa nº 875, de 10 de março de 2020, que estabelece requisitos e procedimentos necessários à aprovação dos estudos de inventário hidrelétrico de bacias hidrográficas, à obtenção de outorga de autorização para exploração de aproveitamentos hidrelétricos, à comunicação de implantação de central geradora hidrelétrica com capacidade instalada reduzida e à aprovação de estudos de viabilidade técnica e econômica de usina hidrelétrica sujeita a concessão.

No setor elétrico, houve, portanto, uma fase antes da CF/1988 em que as autorizações de estudos eram concedidas para interessados que não disputariam licitações para a outorga do empreendimento em si. Ela era dada com intuito de subsidiar o particular, e não o MME, com informações para estruturar projeto de concessão. Os interessados verificavam que o empreendimento poderia ser implementado, montavam o projeto e remetiam-no à administração pública, que, se tivesse interesse, outorgava a concessão, sem licitação. Era uma época em que não se cogitava de ressarcimento pelos estudos realizados. O setor minerário, vale apontar, ainda tem essa lógica, na qual o detentor da autorização de pesquisa de lavra não precisa participar de licitação para ganhar a exploração do bem, segundo o regime do Código de Minas – Decreto-Lei nº 1.985, de 1940, art. 38 e incisos (Gabriel, 2016, p. 88).

A previsão ampla para qualquer setor fazer uso da autorização para a elaboração de estudos surgiu em 1995, no art. 21 da Lei de Concessões, o qual,

21. Confira-se o dispositivo da Lei nº 9.427, de 1996: “Art. 28. A realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos deverá ser informada à Aneel para fins de registro, não gerando direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público.

§ 1º Os proprietários ou possuidores de terrenos marginais a potenciais de energia hidráulica e das rotas dos correspondentes sistemas de transmissão só estão obrigados a permitir a realização de levantamentos de campo quando o interessado dispuser de autorização específica da Aneel.

§ 2º A autorização mencionada no parágrafo anterior não confere exclusividade ao interessado, podendo a Aneel estipular a prestação de caução em dinheiro para eventuais indenizações de danos causados à propriedade onde se localize o sítio objeto dos levantamentos.

§ 3º No caso de serem esses estudos ou projetos aprovados pelo Poder Concedente, para inclusão no programa de licitações de concessões, será assegurado ao interessado o ressarcimento dos respectivos custos incorridos, pelo vencedor da licitação, nas condições estabelecidas no edital.

§ 4º A liberdade prevista neste artigo não abrange os levantamentos de campo em sítios localizados em áreas indígenas, que somente poderão ser realizados com autorização específica do Poder Executivo, que estabelecerá as condições em cada caso” (Brasil, 1996).

combinado com o art. 31 da Lei nº 9.074, também de 1995, compõem o regime aplicável ao instrumento.²²

Como aponta Gabriel (2016), com a CF/1988 e a exigência de licitação para a outorga de serviços e bens de titularidade estatal, o art. 21 foi pensado para auxiliar a própria administração pública na estruturação de projetos (e não o autORIZADO privado, como ocorria no passado, a exemplo do setor elétrico). Contudo, é correto afirmar que a experiência do setor elétrico contribuiu para que a Lei de Concessões prevesse a autorização de estudos, mesmo que o objetivo do art. 21 tenha sido o de subsidiar a administração pública com conhecimentos para ela “não ficar tecnicamente desamparada na elaboração de projetos de concessão” (Gabriel, 2016, p. 89).

Sobre o histórico legislativo do art. 31, Rodrigues (2015)²³ relata que foi inserido na tramitação legislativa da medida provisória que deu origem à Lei nº 9.074/1995. Apesar de não haver relatos expressos nas emendas parlamentares, os debates legislativos da época estavam muito focados no tema das prorrogações dos contratos de concessão do setor elétrico. O fato de o art. 31 estar inserido em norma do setor é um forte indício de que tal regra tem relação com ele. De fato, a Eletrobras, além de historicamente ter centralizado a realização de estudos e o planejamento setorial, é potencial licitante dos empreendimentos. Segundo o autor,

parece inclusive ter motivado a publicação do art. 31 da Lei nº 9.074/1995, o qual permitiu que o autor dos estudos participasse da licitação posterior da concessão. Com esse normativo, ficou claro que o poder concedente poderia utilizar os estudos elaborados pela Eletrobras, sem que isso se tornasse um impeditivo para que ela participasse da licitação do projeto. Considerando a importância histórica no desenvolvimento de estudos de inventário e de viabilidade, a edição desse normativo permitiu conciliar o aproveitamento do conhecimento técnico existente na Eletrobras com a intenção de que ela continuasse participando ativamente na geração de energia elétrica no Brasil (Rodrigues, 2015).²⁴

Na prática, o regime fixado pelo art. 31 da Lei nº 9.074/1995 serviu para executar, especificamente para os contratos de concessão e afins, a regra do art. 9º, inciso I,

22. Confira-se o teor do art. 21 da Lei de Concessões: “Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital” (Brasil, 1995b).

Veja-se o art. 31 da Lei nº 9.074/1995, diploma normativo complementar à Lei de Concessões: “Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços” (Brasil, 1995a).

23. Disponível em: <<https://bit.ly/3zsmVe6>>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

24. Disponível em: <<https://bit.ly/3zsmVe6>>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

da Lei nº 8.666/1993, que vedava a participação direta ou indireta do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação de obra.²⁵

Desde 1995, a autorização tem sido mais utilizada nas esferas estaduais e municipais, visando à obtenção de estudos para a modelagem de contratos de concessão e afins. Pelo art. 21 da Lei de Concessões, o poder público poderá autorizar particulares a realizar, por conta própria (ou seja, sem se dar mediante pagamento via orçamento público), estudos vinculados a uma possível parceria e de utilidade para sua licitação. E, pelo art. 31 da Lei nº 9.074/1995, os autores ou responsáveis econômicos pelos respectivos projetos básicos ou executivos poderão participar nas licitações para contratos de parceria, seja qual for o vínculo que se tenha firmado entre esses autores ou responsáveis e o poder público.

A dinâmica é a seguinte: o agente privado solicita e o poder público, se assim desejar, expede autorização para ele elaborar estudos tendo em vista futura concessão. O procedimento administrativo conduzido pelo poder público para receber a solicitação e decidir se segue ou não com os estudos propostos é chamado de “procedimento de manifestação de interesse”, cujo objetivo é servir de base e acompanhar a autorização de estudos. Se estes vierem a ser efetivamente utilizados, há duas consequências: i) o ente privado poderá participar da licitação da futura concessão (Brasil, 1995a, art. 31); e ii) se seu autor não for o próprio vencedor da licitação, terá direito ao ressarcimento (dos dispêndios realizados com os estudos) pelo futuro concessionário.

O mecanismo é simples, mas tem gerado uma série de dúvidas ligadas à sua interpretação e à sua própria eficácia. É que, na ausência de procedimento público seguro de contratação de estudos de modelagem de concessão, as administrações públicas (em todas as esferas) têm feito uso irrestrito de PMIs. Seduzem-se com a ideia de acessar estudos a custo zero. Usam consultores e estudos privados elaborados por empresas interessadas no negócio, muitas vezes sem capacidade própria de revisão crítica dos estudos e propostas privadas. É o que mostra o diagnóstico feito pelo BNDES (2015), em conjunto com o IFC, relativamente ao mercado de PMI em negócios de infraestrutura.²⁶

25. No próprio setor elétrico, mesmo depois da criação da EPE, Rodrigues (2015) relata que há estudos de viabilidade que não foram por ela realizados, mas por empreendedores setoriais, reunidos em consórcio, sempre com a participação da Eletrobras. Citem-se os seguintes casos: i) UHE Jirau e Santo Antônio, leiloadas em 2008 e 2007, respectivamente, cujo consórcio formado para a elaboração dos estudos foi composto por Furnas (subsidiária da Eletrobras) e Odebrecht; ii) UHE Belo Monte, leiloadas em 2010, cujo consórcio foi formado por Eletrobras, Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Construtora Norberto Odebrecht; e iii) UHE São Luiz dos Tapajós, ainda não leiloadas, cujo consórcio foi formado por Eletrobras, Eletronorte, EDF, Camargo Corrêa, Cemig, Copel, GDF Suez, Endesa Brasil e Neoenergia. A peculiaridade desses estudos é que a Eletrobras participou de todos os consórcios e, em cada caso, houve apenas um consórcio autorizado para realizar os estudos. Disponível em: <<https://bit.ly/3zsmVe6>>. Acesso em: 15 de jun. 2020.

26. Ver Stigler (1971).

A consequência desse cenário é que os PMIs multiplicaram-se, mas seus resultados, não. A mera existência de um canal para entrega de propostas pela iniciativa privada não é garantia de bons projetos, pois, em geral, não há ambiente institucional público para dialogar de forma consistente com a iniciativa privada. O PMI fica ainda mais complexo quando há vários autorizados (em consórcio ou não) no procedimento (autorizações múltiplas), dada a dificuldade prática de o poder público interagir com todos os autorizados simultaneamente.

Deixando de lado o tema da ausência de ambiente institucional público para a condução de procedimentos tão abertos (que é um dado da realidade, ao menos nos casos do estudo do BNDES, no setor de infraestrutura), há, ainda, questões jurídicas que geram discussão, além do debate sobre a verdadeira eficácia do instituto.²⁷

A respeito da experiência internacional, Camacho e Rodrigues (2015) revelam que, em países de referência, como Reino Unido, Canadá e na União Europeia, o modelo conhecido por *unsolicited proposal* é proibido, enquanto na Austrália e na Nova Zelândia ele é usado em caráter de exceção. A diferença desse modelo para o de *solicited proposal* (mais utilizado em tais países de referência) é que neste os projetos são identificados e preparados pelo governo (que pode solicitar o apoio de consultores independentes para auxiliá-lo). Por seu turno, no modelo proibido, a crítica existe porque a identificação do projeto e sua preparação ficam a cargo de potencial licitante, o que tende a gerar assimetria de informação, conflitos de interesse e, conseqüentemente, pouca transparência no procedimento, com baixa competitividade na futura licitação do empreendimento.²⁸

Quanto aos aspectos jurídicos da autorização, o mesmo estudo acima referido tratou do tema de forma detalhada (a análise é válida para o setor de infraestrutura e também para a autorização de que trata o § 2º do art. 81, dado que são regras idênticas). A principal conclusão alcançada é que muitas dúvidas jurídicas sobre a autorização para a elaboração de estudos decorrem do próprio fundamento legal que lhe dá suporte (Brasil, 1995b, art. 21), por se tratar de norma bastante singela. Por isso, é preciso interpretar a regra corretamente, tendo em vista tratar-se de

27. O trabalho *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil. Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento* trouxe pesquisa sobre a experiência brasileira em matéria de PMI. Indica que, em 2015, quando a pesquisa foi feita, havia, somados os procedimentos de todas as esferas federativas, 52 manifestações de interesse privado (MIPs) em andamento e 71 PMIs iniciadas. Exclusivamente na União, dos cinco PMIs iniciados, todos eram no setor ferroviário; e das quatro MIPs iniciadas, três eram na área da defesa e uma no segmento de aeroportos (aeroporto de Florianópolis). Estados contribuíram com 29 PMIs e 31 MIPs em andamento, e municípios contribuem para a estatística, com 35 PMIs e 17 MIPs em andamento. Disponível em: <<https://bit.ly/3vBTzJ9>>.

Quanto aos contratos assinados, a União teria cinco contratos no setor de rodovias; os estados teriam 43 contratos assinados nos segmentos de saneamento, mobilidade urbana, trem urbano, atendimento ao cidadão, rodovia, estádios, sistema prisional, saúde, prédios públicos, resíduos sólidos, aeroportos e habitação; e municípios teriam 29 contratos assinados, nos seguimentos de resíduos sólidos, saneamento, multinegócios, educação, saúde, trem urbano, cultura e urbanização.

28. Sobre o tema, ver Camacho e Rodrigues (2015). Disponível em: <<https://bit.ly/3bw2fKj>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

vínculo que surge a partir de autorização (cuja natureza é de ato administrativo unilateral). Suas características estão resumidas a seguir.

- 1) Não gera contrato com o autorizado para estudos.
- 2) Seu escopo é muito variado.
- 3) Não precisa ser sempre precedida de procedimento competitivo e isonômico.
- 4) Os interessados não têm direito subjetivo à autorização de estudos, podendo a administração autorizar um único interessado.
- 5) O poder público tem discricionariedade na escolha do autorizado.²⁹

Essas características ainda estão se consolidando nas normas locais, nos vários órgãos jurídicos e entidades de controle da administração pública. Porém, há um movimento de revisão das normas editadas sobre o assunto para atualizá-las e garantir maior segurança e eficácia aos PMIs. É o que fez, por exemplo, o governo federal, ao publicar o Decreto Federal nº 8.428/2015, e o Estado de São Paulo, com o Decreto estadual nº 61.371, de 2015. Ambos procuraram organizar melhor o procedimento para solicitação e recebimento de estudos, além de explicitar as características listadas acima. No caso do Estado de São Paulo, destacamos dois tópicos relevantes (Estado de São Paulo, 2015): i) previsão de competências e instâncias decisórias para inclusão do projeto dentro das prioridades da agenda pública (art. 5º e seguintes); e ii) permissão para o gestor público escolher entre autorizações múltiplas ou autorização única (art. 13).

Quanto ao primeiro aspecto, sua relevância está no planejamento público: quem deve definir a agenda de projetos concessórios é o ente público, não o privado. A multiplicação de autorizações para variados estudos, sem qualquer relação com o planejamento estatal, revela ausência de planejamento e estimula dispêndio desorganizado de recursos públicos, na medida em que o recebimento de estudos implica destinar burocracia e gestores públicos para o acompanhamento dos trabalhos.

Quanto ao segundo aspecto, ele é importante, porque o gestor público passa a ter a possibilidade de optar entre receber estudos pontuais ou receber estudos articulados (estruturação integral) sobre certo projeto de infraestrutura.

A avaliação é que a autorização do art. 21 só se traduz em bons projetos de concessão se houver efetivo envolvimento do poder público no desenvolvimento dos estudos. A mera existência de um canal para entrega de propostas pela iniciativa privada não é garantia de bons projetos. O histórico do PMI nas concessões de infraestrutura revela falta de ambiente institucional público para dialogar de

29. Para maior detalhamento sobre o assunto, ver Sundfeld, Monteiro e Rosilho (2017). Disponível em: <<https://bit.ly/3vC2YAC>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

forma consistente com a iniciativa privada. É, portanto, preciso levar em conta este alerta na ampliação do PMI para os contratos em geral promovida pela Lei nº 14.133/2021, tendo em vista que o instrumento é o mesmo.

De fato, os casos cuja participação privada tem se mostrado mais efetiva em matéria de concessões compartilham da mesma característica, qual seja, a proposta de estudo corresponde a uma área com experiência anterior na esfera pública. É o que aconteceu, por exemplo, no setor de saneamento (e com as concessões realizadas por empresas estatais do setor).

Em consequência, a oportunidade de oferta de estudos por agentes privados tem sido menos aproveitada quando envolve a apresentação de projetos multidisciplinares e inovadores (no sentido de serem inéditos), porque, geralmente, as propostas são alocadas em unidades públicas dedicadas à estruturação de projetos que não têm corpo técnico qualificado para avaliar os estudos apresentados e não têm competência para decidir sobre os projetos que serão priorizados.³⁰

A capacidade limitada desses entes públicos de gerir mais de um ou dois projetos ao mesmo tempo e a variedade de assuntos a eles submetidos tende a inviabilizar decisões e a paralisar os processos. A própria definição das prioridades e a escolha dos projetos que serão estudados são deixadas de lado, prevalecendo a ideia de que quanto mais autorizações à iniciativa privada, melhor. Essa suposição é delicada, porque bons projetos nascem da efetiva interação entre o público e o privado. A autorização não deve ser entendida como uma via de mão única. Quantidade não é sinônimo de qualidade.

Apesar desse cenário, há contratos de concessão inéditos celebrados a partir de contribuições privadas trazidas pelo mecanismo da autorização do art. 21. Eles não são muitos diante do volume de autorizações concedidas para a elaboração de estudos.³¹ Não se quer dizer que o único objetivo a ser perseguido pelas autorizações seja a elaboração de projetos inovadores – seu escopo é amplo –, mas a autorização do art. 21 é, inquestionavelmente, um mecanismo com potencial para viabilizar projetos com tal característica.

Contudo, a experiência da autorização para apresentação de estudos no setor de infraestrutura também revela que, dada a baixa regulação sobre o tema, houve crescente burocratização do PMI, conduzindo a situações a serem evitadas, como editais de chamamento se assemelhando a editais de licitação e com critérios de habilitação indevidos. Exigências inadequadas, que levam à aproximação do

30. Conforme estudo referido na nota de rodapé n. 27.

31. Citemos alguns setores em que a autorização do art. 21 trouxe como resultado a celebração de contrato de concessão inovador: habitação (por exemplo, o programa habitacional Projeto Jardins Mangueiral, no Distrito Federal); urbanização (por exemplo, o Porto Maravilha, no Rio de Janeiro); sistema prisional (por exemplo, o Complexo Penal, em Minas Gerais); e centros de atendimento ao cidadão (por exemplo, a Unidade de Atendimento Integrado, em Minas Gerais).

PMI à licitação, constituem um erro a ser evitado. Primeiro, porque o edital de chamamento público não se equipara a edital de licitação, não devendo seguir as exigências para tanto da NLLC. Segundo, porque a restrição indevida pode afastar agentes privados com boas ideias, que não sabem e não querem lidar com o jogo próprio da burocracia das licitações.

De todo modo, restringir o PMI a certos agentes de mercado, por suas características próprias, é uma decisão juridicamente viável. Com a devida motivação, é correto que o chamamento público se destine a um grupo que efetivamente seja capaz de contribuir para a contratação que se almeja. Voltaremos a este tema no próximo tópico.

Por fim, vale pontuar que esta experiência do PMI no setor de infraestrutura ajuda a entender e a balizar o que virá na aplicação da NLLC. A nova regra incorporou a autorização que antes era restrita aos contratos de longo prazo. O desafio agora é bem utilizar a oportunidade aberta pela nova lei, considerando-se as características do processo de inovação (incerto, custoso, transdisciplinar, dependente do passado, com assimetria de informação etc.). O caso do PMI no setor de infraestrutura nos ensina que bons resultados dependem de um desenho ótimo do procedimento, o qual deve ser adaptado ao caso concreto, além de ser conduzido por agentes públicos conhecedores dos desafios da inovação e do objeto que se almeja contratualizar.

4 O PMI NA NLLC

O art. 81 da NLLC tem a redação a seguir.

Do Procedimento de Manifestação de Interesse

Art. 81. 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.

§ 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.

§ 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no *caput* deste artigo:

- I – não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório;
- II – não obrigará o poder público a realizar licitação;

III – não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração;

IV – será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o *caput* deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

§ 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, 2021a, art. 81, *caput*).

O art. 81 permite que a administração pública consulte formalmente a iniciativa privada e com ela dialogue para obter elementos que contribuam para soluções inovadoras. É uma faculdade, um instrumento a ser utilizado pelo gestor público para obter “estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento”. (Brasil, 2021a, art. 81, *caput*).

O PMI será iniciado via publicação de edital de chamamento público, o qual deverá observar os critérios estabelecidos em regulamento, a ser editado por cada esfera federativa. Diferentemente de outros dispositivos da lei, que para certas circunstâncias exigiu regulamento de abrangência nacional (por exemplo, o art. 26, § 2º), o regulamento do PMI não depende de ação normativa do Poder Executivo federal. Poderá ser editado via decreto estadual ou municipal. Mesmo na ausência de norma geral local, o próprio edital de chamamento poderá disciplinar o PMI. Contudo, é bom lembrar que a função do regulamento é uniformizar comportamentos dentro da administração pública, dando maior segurança jurídica para gestores e para parceiros privados; por isso, ainda que ele não seja condição necessária para a publicação de edital de chamamento público, a edição de decreto ou norma geral pelo órgão que utilizará o instrumento é uma boa prática, pois é meio adequado para que o ente aplique as ações descritas a seguir.

- 1) Fixar a competência para abertura, autorização e aprovação do PMI.

- 2) Estabelecer a forma de abertura, ou seja, se de ofício ou mediante provocação do particular.
- 3) Detalhar as etapas do procedimento.
- 4) Trazer as informações e documentos básicos a serem apresentados pelos interessados.
- 5) Fixar os requisitos mínimos a serem preenchidos pelos interessados para que estes sejam autorizados a elaborar o que foi solicitado no edital.
- 6) Definir as regras para avaliação, escolha e aprovação do que for oferecido pelos autorizados.
- 7) Estabelecer as regras e parâmetros para eventual reembolso dos dispêndios realizados pelos autorizados.

Especificamente nos casos em que o PMI tenha como objeto “projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública”, o regulamento também poderá indicar as questões de relevância pública cuja busca por solução inovadora seja objeto do PMI. É uma forma legítima de o Executivo direcionar a atuação da burocracia estatal e do mercado, com o objetivo de garantir que o PMI seja utilizado para questões de interesse previamente qualificadas, vinculadas a certa política pública.

A edição de regulamento, junto com a capacitação dos agentes públicos responsáveis por dar seguimento aos PMIs (arts. 7º ao 10 da NLLC), pode propiciar a conformação de ambiente favorável para incentivar o gestor a inovar, seja no sentido de desenhar novas cláusulas e soluções contratuais, seja no sentido mais estrito, relacionado às contratações de inovação em si.

A experiência de PMI no setor de infraestrutura, relatada no item 3 deste capítulo, deve ser levada em consideração. Já há boas normas editadas que podem servir de parâmetro (como a do estado de São Paulo). Em linhas gerais, contudo, a dinâmica do PMI é a mesma. Seu objetivo é servir de base e acompanhar a autorização de estudos. Se estes vierem a ser efetivamente utilizados em futura licitação, haverá duas consequências: i) o ente privado poderá participar da licitação da futura concessão (mas sem qualquer direito de preferência, conforme o art. 81, § 2º, inciso I – Brasil, 2021a); e ii) se seu autor não for o próprio vencedor da licitação, terá direito ao ressarcimento (dos dispêndios realizados com os estudos) pelo futuro contratado (*op. cit.*, art. 81, § 1º e § 2º, inciso IV).

Já apontamos que a mera existência de um canal para entrega de propostas pela iniciativa privada não é garantia de bons projetos, pois, em geral, não há ambiente institucional público para dialogar de forma consistente com a iniciativa privada. O PMI fica complexo quando há vários autorizados no procedimento (autorizações

múltiplas), dada a dificuldade prática de o poder público interagir com todos os autorizados simultaneamente. É racional que o PMI possa ser direcionado ao grupo que efetivamente seja capaz de colaborar na tomada de decisão pelo ente público.

Do ponto de vista jurídico, a autorização é ato administrativo unilateral, sendo suas características descritas abaixo.

- 1) Não gera contrato com o autorizado para estudos.
- 2) Seu escopo é muito variado.
- 3) Não precisa ser sempre precedida de procedimento competitivo e isonômico.
- 4) Os interessados não têm direito subjetivo à autorização de estudos, podendo a administração autorizar um único interessado.
- 5) O poder público tem discricionariedade na escolha do autorizado.³²

Nenhum autorizado tem direito de receber qualquer contraprestação pecuniária da administração pública. O direito ao ressarcimento dos dispêndios surge apenas se os estudos forem utilizados em futura licitação, cabendo ao ente público precificar o ressarcimento, o qual será feito pelo vencedor da licitação, se for o caso de licitar e se a licitação tiver cabimento (pois dos estudos poderá surgir a hipótese de contratação direta).

Pelo art. 81 (Brasil, 2021a), o PMI deve estar voltado a encontrar *soluções inovadoras* ou complexas, as quais podem ser apresentadas por completo pelo autorizado, ou apenas elementos que se somem à própria experiência do ente público, que poderá alterar ou ampliar as informações apresentadas. Seu § 3º é importante para evitar que haja qualquer tipo de aproximação entre o PMI e processos licitatórios. PMI não é licitação, e o edital de chamamento público não deve ser elaborado à semelhança de um edital de licitação. Seu propósito é o diálogo, a colaboração, razão pela qual os critérios que devem ser observados para avaliação e recebimento das propostas não foram listados pela lei, podendo a administração usar qualquer mecanismo que contribua para análise e aceitação do que for oferecido pelos autorizados.

Vale apontar que o PMI não se confunde com o diálogo competitivo. Este último é modalidade de licitação (art. 28, inciso V) “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,

32. Aplicam-se, para o art. 81 da NLLC, as conclusões de estudo já referido, elaborado por Carlos Ari Sundfeld, Vera Monteiro e André Rosilho. Disponível em: <<https://bit.ly/3vC2YAC>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

2021a, art. 6º, inciso XLII). As hipóteses de seu cabimento estão no art. 32. O PMI, por sua vez, não é modalidade de licitação – é procedimento auxiliar à licitação (conforme art. 78). Ainda que, nos dois casos, haja diálogo entre o ente público e o mercado, o objetivo do PMI é receber ideias dos interessados que podem levar à realização de futura licitação, a depender da avaliação e decisão do poder público. Por seu turno, o diálogo competitivo é licitação e, por isso, nele o estímulo para a realização de estudos e oferta de informações em ambiente de negociação são maiores do que no PMI, pois somente os que participam do diálogo é que podem oferecer proposta e, eventualmente, virem a ser contratados.³³ No PMI, ao contrário, não há estímulo para que o mercado compartilhe suas ideias, abrindo a terceiros suas estratégias de negócio, sem a perspectiva de um benefício concreto além de uma mera possibilidade de a administração vir a abrir uma licitação que incorpore tais ideias.

Em tese, o PMI pode ser utilizado antes de um diálogo competitivo, com o objetivo de melhor desenhar a futura licitação. Contudo, esta possibilidade é mais teórica do que prática, uma vez que faz parte do diálogo competitivo a troca de informações com o mercado para melhor se objetivar e definir o que será contratado. Por isso, é mais factível que de um PMI surja o convencimento sobre a realização de um diálogo competitivo do que o ente público lançar mão de um PMI quando já tem convicção de que o melhor caminho para a contratação no caso concreto é via diálogo competitivo. Neste último caso, os benefícios de um eventual PMI já estariam presentes no próprio procedimento do diálogo competitivo.

A circunstância de um agente privado participar do PMI, ou mesmo ter seus estudos (ou parcela deles) aceitos pelo poder público, não lhe gera nenhum privilégio. Ele não será contratado, sem licitação, somente pela circunstância de ter tido uma ideia aceita, nem terá qualquer privilégio caso seja aberta licitação com base em seus estudos. Seu papel terá sido o de contribuir na tomada de decisão acerca de certa contratação pública. Nesse sentido, se ideias inovadoras forem aceitas, a consequência será a abertura para contratações inovadoras na administração pública, podendo ela ser resultado de uma licitação ou mesmo de uma contratação direta, se estiverem preenchidos os seus requisitos.

Por fim, o § 4º do art. 81 (Brasil, 2021a) trouxe uma regra útil para a compreensão da própria natureza do PMI. Ao permitir que o procedimento seja restrito a *startups*, revela que o edital de chamamento pode delimitar o tipo de agentes privados que podem participar.

Com a adequada motivação, o PMI pode mirar certo nicho de mercado, desde que isso faça sentido para a obtenção de ideias e estudos para solucionar as

33. Conforme Marcos Perez, no artigo *O diálogo competitivo* (Peres, 2022, p. 48).

dúvidas do ente público. Restringir o edital de chamamento a *startups* é uma escolha possível. Caberá ao edital apontar se, no caso concreto, o alvo são as *startups* de que trata o § 4º, ou se seu alvo é mais amplo e abarca o conceito de *startup* do Marco Legal das *Startups*. Isso porque o § 4º do art. 81 remeteu a conceitos do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar – LC nº 123, de 2006).³⁴ Por sua vez, o Marco Legal das *Startups* (LC nº 182, de 2021), editado após a NLLC, trouxe conceito mais amplo de *startup*.³⁵

Importa que o § 4º autorizou um tipo de direcionamento do PMI (para *startups*). Isso não significa que outros direcionamentos estejam proibidos. Cabe ao gestor público motivar adequadamente sua decisão de buscar, em certo nicho de mercado, a solução adequada ao seu problema. Estabelecer, por exemplo, que só agentes privados inseridos no mercado de inovação participem é uma forma legítima de estimular a contratação de inovação pelo poder público. Nesse sentido, excluir, por algum critério razoável, certos agentes do PMI pode ser medida útil para concentrar os esforços de análise, recebimento e avaliação daquilo que vier a ser entregue à administração como resultado do chamamento.

34. Confira-se o *caput* do art. 3º da LC nº 123, de 2006: “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II – no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)” (Brasil, 2006).

35. Confira-se o dispositivo da LC nº 182, de 2021: “Art. 4º São enquadradas como *startups* as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados.

§ 1º Para fins de aplicação desta Lei Complementar, são elegíveis para o enquadramento na modalidade de tratamento especial destinada ao fomento de *startup* o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades empresárias, as sociedades cooperativas e as sociedades simples:

I – com receita bruta de até R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) no ano-calendário anterior ou de R\$ 1.333.334,00 (um milhão, trezentos e trinta e três mil trezentos e trinta e quatro reais) multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, independentemente da forma societária adotada;

II – com até 10 (dez) anos de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; e

III – que atendam a um dos seguintes requisitos, no mínimo:

a) declaração em seu ato constitutivo ou alterador e utilização de modelos de negócios inovadores para a geração de produtos ou serviços, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 2º da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004; ou
b) enquadramento no regime especial Inova Simples, nos termos do art. 65-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 2º Para fins de contagem do prazo estabelecido no inciso II do § 1º deste artigo, deverá ser observado o seguinte:

I – para as empresas decorrentes de incorporação, será considerado o tempo de inscrição da empresa incorporadora;

II – para as empresas decorrentes de fusão, será considerado o maior tempo de inscrição entre as empresas fundidas; e

III – para as empresas decorrentes de cisão, será considerado o tempo de inscrição da empresa cindida, na hipótese de criação de nova sociedade, ou da empresa que a absorver, na hipótese de transferência de patrimônio para a empresa existente” (Brasil, 2021b).

5 O PMI E A CONTRATAÇÃO DE INOVAÇÃO

A adoção do PMI pode ser especialmente vantajosa para a obtenção de soluções inovadoras pela administração. Isso se deve a dois fatores principais: primeiro, porque a própria racionalidade do PMI, analisada no item 2, é bastante aderente ao processo inovativo e à estruturação de políticas públicas de inovação; em segundo lugar, porque as características desse mecanismo permitem superar entraves concretos das contratações públicas de inovação. A seguir, serão exploradas essas duas dimensões.

5.1 PMI, processo inovativo e estruturação de políticas públicas de inovação

Quanto à primeira dimensão, observa-se uma forte convergência entre o PMI e o conceito de inovação. Embora existam diferentes abordagens teóricas sobre o tema, a inovação já é bastante consolidada como “processo localizado, cumulativo, não linear e sistêmico” (Cassiolato e Lastres, 2017, p. 20). Isso significa dizer que a inovação não é um ato pontual que ocorre dentro de uma organização de forma isolada e que tampouco resulta de processo linear que ocorre em etapas sucessivas (pesquisa básica, pesquisa aplicada, desenvolvimento, produção e difusão). Ao contrário, a inovação envolve entidades de naturezas variadas com diferentes tipos de conhecimento acumulado e numerosas interações em todas as fases do processo, sem que haja uma ordem hierárquica ou temporal entre elas, havendo ainda uma estreita relação com o contexto no qual essas interações estão inseridas. Nesse sentido, houve, na construção conceitual em torno desse fenômeno, um deslocamento da ênfase no “ato de inovação” para o “processo de inovação” (Conde e Araújo-Jorge, 2003, p. 732).

O PMI é também bastante aderente à própria ideia de sistema de inovação. A inovação requer a interação contínua entre os diversos atores que compõem a tríplice hélice (governo, universidade, empresas), não estando mais associada exclusivamente às empresas, como se acreditava na tradição schumpeteriana. Além da interação entre esses atores-chave, são ainda necessárias outras organizações que desempenhem funções complementares às atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I) – por exemplo, atividades financeiras e educacionais – e, ainda, um arcabouço jurídico-institucional que ofereça os meios para que essas interações possam acontecer. Assim, a existência de um sistema de inovação que articule as instituições, políticas e incentivos é condição para inovar.

Estamos, em síntese, diante de um fenômeno que enfatiza as noções de processo e de interatividade (Conde e Araújo-Jorge, 2017, p. 731) e que requer um ambiente

propício e um conjunto de condições para ocorrer.³⁶ Assim, a lógica do PMI, que é a de possibilitar a institucionalização do diálogo entre setor público e privado, a fim de encontrar as soluções contratuais mais adequadas para que a administração possa atingir os seus objetivos, tem sinergias evidentes tanto com o processo inovativo como com as interações almejadas no âmbito de sistemas de inovação.

Se, por um lado, há razoável consenso quanto ao conceito de inovação, por outro, permanecem divergências quanto ao melhor modo para incentivá-la. De modo geral, o desacordo está na necessidade (ou não) de um Estado mais ativo para impulsioná-la. Por essa razão, a inovação passou a fazer parte da agenda de debates sobre regulação econômica, recaindo também sobre ela a clássica dicotomia “falhas de mercado” e “falhas de governo” (de que tratamos no item 2) para justificar a maior ou menor intervenção estatal na sua promoção (Cassiolato e Lastres, 2017, p. 29).

Apesar das distintas concepções sobre o papel do Estado, tem havido razoável consenso entre aqueles que apoiam uma atuação mais intensiva do Estado, em torno de uma atuação estatal voltada a viabilizar as chamadas *mission-oriented policies* (políticas orientadas à missão), que justificam a sua participação no incentivo à inovação não necessariamente em razão das “falhas de mercado”, mas como articulador e catalisador de atores, ações e instrumentos para o alcance de certos objetivos relacionados a um desafio concreto da sociedade. Desse modo, o governo tem menos o papel de fazer, exigir e controlar, e mais o papel de organizar, coordenar e encorajar a realização de certas ações pelos agentes econômicos e o estabelecimento de arranjos em prol da inovação (Cassiolato e Lastres, 2017, p. 29; Mazzucato, 2018; Cherubini, 2020, p. 25).

Assim, da perspectiva da estruturação de políticas de incentivo à inovação no país, independentemente da concepção adotada sobre o papel do Estado, o PMI é um mecanismo que, para além de buscar mitigar a assimetria de informação, amplia a capacidade institucional para organizar e coordenar ações conjuntas entre poder público e setor privado.

Destaque-se que o PMI é especialmente aderente à estruturação de políticas públicas de inovação pelo lado da demanda (por exemplo, compras públicas e regulação), as quais:

fundamentam-se no consciente emprego das potencialidades governamentais, não para garantir que as firmas ofertem inovações, mas para criar, direcionar e estimular

36. Ao lado dessas noções, uma vertente crítica ao “neoinstitucionalismo” argumenta que a interação não se limita a instituições, sendo necessário favorecer a interação de ideias. Assim, a inovação também requer reconhecer a força das ideias e a importância do ambiente propício para que elas se desenvolvam no mercado – conforme McCloskey (2021). Disponível em: <<https://bit.ly/3oZf82o>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

a demanda por elas. Trata-se de usar a força que tem sido dispersada em direção a ações mais efetivas e concretas (Rauen, 2017a, p. 9).

Essas políticas complementam as tradicionais políticas de natureza ofertista (por exemplo, incentivos fiscais, subvenções econômicas, apoios e treinamentos para empresas) e lhes acrescentam valor.

Dessa forma, o PMI, como instrumento prévio à licitação e à celebração de contratos pela administração pública, é útil para a organização e produção de informações e a mobilização de competências, muitas vezes dispersas, com vistas à geração e difusão de inovações a partir de necessidades concretas da sociedade e alternativas viáveis da perspectiva do mercado. Também é útil para a construção de modelos e planos de negócios que considerem os riscos envolvidos no processo inovativo, inclusive tecnológicos, e que proponham a sua alocação de modo mais eficiente. Considerando o seu potencial de mobilização dos agentes econômicos, o PMI pode, ainda, contribuir para estimular certo segmento de mercado que tenha impacto no desenvolvimento tecnológico e que seja objeto de política pública, como as *startups*. Trata-se, portanto, de instrumento cujas características têm potencial para melhorar as condições das contratações públicas que envolvam soluções inovadoras.

Ou seja, considerando-se as etapas do processo inovativo apresentadas no capítulo 1 (desenvolvimento, introdução e difusão), o PMI tem o poder de atuar sobre as três, pois organiza a relação público-privada em situações complexas e inovadoras, independentemente do grau de novidade. Por exemplo, um PMI pode deixar evidente a necessidade de contratar pesquisa e desenvolvimento (P&D) ou de simplesmente difundir uma novidade já conhecida, mas ainda pouco adotada.

Adicionalmente, vale destacar que a opção legislativa da NLLC de não estabelecer restrições quanto à iniciativa para instaurar o PMI (ou seja, se compete à administração ou ao particular interessado dar início ao procedimento) é, em princípio, bastante adequada para contratações que envolvam soluções inovadoras, porque, ao não estabelecer limitações, oferece oportunidade para relações mais flexíveis e fluxos menos lineares.

Da mesma forma, a NLLC não estabelece qualquer impedimento à participação do colaborador que realizou os estudos na licitação que ele ajudou a conceber, o que também é fator de estímulo para que as organizações privadas se engajem em processos de diálogo com a administração, além de propiciar o desenvolvimento de soluções inovadoras em colaboração, tendo em vista que, em fase posterior, caso a licitação avance, o colaborador não será excluído do certame.

Assim, em face do conjunto de instrumentos e arranjos institucionais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, o PMI, em razão de suas características e

racionalidade, é uma alternativa especialmente interessante para a modelagem de contratos entre setor público e a iniciativa privada que envolvam a obtenção de soluções inovadoras.

Isso se deve, em síntese, às razões descritas a seguir.

- 1) A inovação é processo dinâmico e que requer a interação entre múltiplos atores.
- 2) Embora o Estado possa agir “orientado à missão”, não tem todas as respostas de que precisa para alcançar seus objetivos no desenvolvimento de soluções inovadoras específicas, necessitando de interlocução para aprimorar sua atuação.
- 3) A inovação envolve riscos de naturezas variadas cuja distribuição precisa ser devidamente alocada àquele com maiores condições para mitigá-los.
- 4) O PMI pode se cingir a um ou a vários aspectos do negócio, podendo ser específico ou abrangente, conforme as dúvidas e os interesses da administração e da política pública.

5.2 O PMI como instrumento para a superação de entraves concretos das contratações públicas de inovação

Além das sinergias entre PMI, processo inovativo e estruturação de políticas de inovação em uma perspectiva “macro”, o uso desse instrumento pela administração pública tem potencial para superar entraves bastante concretos das contratações públicas que envolvam soluções inovadoras no país, conforme já mencionado anteriormente. Neste subitem iremos explorar, de modo detalhado, essa relação entre o PMI e os desafios das contratações públicas de inovação.

O PMI, na forma como foi disciplinado na NLLC, pode ser útil para enfrentar, pelo menos, três grandes desafios nas contratações públicas de inovação, conforme resumido a seguir.

- 1) Ausência de capacidade técnica por parte da administração para contratações dessa natureza.
- 2) Escassez de recursos orçamentários para desenvolver ou incentivar soluções inovadoras.
- 3) Por fim, como importante contribuição, o PMI pode servir à modelagem de contratações para inovação com base em arranjos jurídicos menos testados e propiciar contratações diretas com dispensa de licitação mais qualificadas, como aquelas previstas nos arts. 3º, 4º, 5º, e mesmo o art. 20 da Lei de Inovação, quando isso não resultar em excesso de burocratização.

5.2.1 Ausência de capacidade técnica para contratações que envolvam inovação

A experiência com a estruturação de projetos no setor de infraestrutura, no Brasil, mostra que a etapa de preparação, análise de viabilidade e modelagem da contratação é crítica em projetos complexos e de grande porte. Isso se deve, em muitos casos, à ausência de capacidade técnica, por parte da administração, para realizar todos os estudos necessários a essa etapa, seja pela efetiva escassez de servidores, seja por não dispor de corpo técnico com todos os conhecimentos específicos que essas contratações demandam.

Nas contratações que envolvem inovação, o cenário é ainda mais complexo. Contratar inovação não é trivial, razão pela qual nem sempre o Estado dispõe das condições para definir, sozinho, o objeto da contratação, ou seja, quais soluções tecnológicas ou mesmo “rotas” e “paradigmas tecnológicos” são os mais adequados aos problemas que pretende resolver. Tampouco dispõe de condições para identificar e avaliar quais os riscos envolvidos na obtenção da solução inovadora.

Diante desse cenário de reduzida capacidade institucional para contratações com escopo complexo, ao qual se sobrepõem os riscos inerentes aos processos inovativos, uma alternativa viável é atribuir, no todo ou em parte, a realização desses estudos de viabilidade à iniciativa privada, para que esta possa fornecer o suporte necessário à estruturação do projeto almejado pela administração.

Assim, o PMI, como instrumento que possibilita a participação do particular nas atividades prévias à licitação, tem potencial tanto para fornecer à administração o *know-how* do particular colaborador como para reunir as informações que circulam no mercado em torno de certas soluções inovadoras, podendo contribuir substancialmente para a redução de assimetria de informação entre administração e mercado em negócios que envolvam inovação.

Em contrapartida, há algumas condições mínimas para a sua utilização como mecanismo de superação desses gargalos de natureza técnica da administração pública. Uma delas é que o PMI não deve ser utilizado para suprir lacunas de planejamento por parte do Estado. Ao contrário, deve existir uma política pública ou decisão administrativa que oriente o diálogo entre setor público e iniciativa privada. O fato de haver contratações muito complexas, em relação às quais faltam informações suficientes para que a administração possa estruturá-las sozinha, não se confunde com a falta de definições quanto aos principais rumos e diretrizes a serem seguidos pelo Estado. Desse modo, o PMI não serve para substituir políticas públicas que tratem de inovação, mas, sim, para que a administração possa tomar decisões mais informadas nesse campo.

Outra condição importante para o uso do PMI é que a administração, embora possa não ter capacidade para realizar todos os estudos sobre uma solução inovadora

de que necessita, deve ter capacidade para analisar os insumos apresentados pelo particular, sob pena de ser capturada pelos interesses da iniciativa privada, conforme destacado no item 2. Nesse sentido, o § 3º do art. 81 exige, para a aceitação dos estudos, que a administração elabore

parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis (Brasil, 2021a).

Embora a NLLC estabeleça critérios para aceitação de estudos, esse dispositivo terá eficácia somente se a administração dispuser de estrutura para realizar a análise do que foi apresentado pelo particular. Esse aspecto deve ser considerado com especial atenção quando se trata de projetos envolvendo inovação. Uma evidência disso é que há setores que seguem “paradigmas tecnológicos”.

Conhecidos como *legacy sectors*, esses setores são caracterizados por funcionarem de acordo com um paradigma econômico, tecnológico, político e social que estabelece as condições específicas nas quais a inovação será introduzida. De modo geral, são setores bastante resistentes a mudanças no padrão técnico e tecnológico. Nesse cenário, é de fundamental importância a capacidade de análise pela administração em relação ao que foi proposto pelo particular. Isso porque pode ocorrer a captura da administração tanto por empresas que atuam conforme padrões já estabelecidos, e que não estão dispostas a alterar seus modelos de negócios consolidados, como por empresas que propõem novos padrões tecnológicos. Em ambos os casos, as decisões da administração poderão resultar em grandes impactos econômicos e sociais: podem, por um lado, gerar soluções inovadoras; mas, por outro, podem criar restrições à competitividade e ao próprio interesse público.³⁷

Para que os riscos de captura possam ser mitigados no uso do PMI em contratações de inovação, dois aspectos devem ser levados em consideração: o envolvimento da administração nos estudos e a transparência do procedimento. Dessa forma, o uso do PMI exige que a administração disponha de estrutura e capacidade humana que permita a ela realizar o procedimento e oferecer respostas ao mercado.

À semelhança dos setores de infraestrutura, nos quais foram estruturados núcleos de *expertise* para enfrentar a ausência de corpo técnico para a estruturação de projetos complexos, uma alternativa viável para as contratações públicas envolvendo inovação e para a realização do PMI seria a incorporação de instituições

37. Sobre a dinâmica da inovação em *legacy sectors*, ver Mourão e Menezes (2021, p. 277-280).

científicas, tecnológicas e de inovação (ICTs)³⁸ ao procedimento, de modo que essas instituições pudessem aportar sua *expertise* ao desenvolvimento da solução inovadora e, ao mesmo tempo, propiciar um suporte ao Estado em seu diálogo com o mercado. Aliás, essa alternativa contribui para a interação entre ICTs, governo e mercado. Contudo, sua eficácia precisa ser avaliada de modo mais concreto. A contratação de consultorias externas é também uma alternativa viável para enfrentar esse gargalo. Não obstante, em ambas as alternativas é importante ter em vista a questão do “custo de transação” apontada no item 2, e evitar vieses que possam interferir no interesse público (Camacho e Rodrigues, 2015, p. 23).

Quanto à transparência do PMI e à publicidade de seus resultados, trata-se de premissas fundamentais para diminuir o risco da assimetria de informação e o risco da captura quando dele se seguir a publicação de edital de licitação.³⁹ Contudo, a publicidade de eventuais projetos de soluções inovadoras pode ser um desincentivo à participação de particulares no procedimento, tendo em vista que suas ideias, informações e propostas serão expostas ao mercado, o que poderá ser não aderente ao seu modelo de negócio, especialmente se a proposta não for posteriormente utilizada no procedimento licitatório. Este aspecto deixa de ser relevante nas hipóteses de contratação direta da Lei de Inovação, pois, nestes casos, será possível negociar individualmente as condições e termos da contratação. Eventual PMI somente fará sentido em uma contratação direta se o ente público, por qualquer razão, não estiver convencido da própria contratação direta.

5.2.2 Escassez de recursos orçamentários e a modelagem de soluções inovadoras de contratação

Nas hipóteses em que a administração não realiza, por seus próprios meios, os estudos necessários à estruturação de projetos complexos, há duas alternativas possíveis: i) a contratação de consultores externos mediante remuneração pelo poder público; ou ii) a sua realização pela iniciativa privada, por sua própria conta e risco, mediante procedimento instaurado pela administração para essa finalidade específica. Ambas as alternativas são adequadas para resolver a questão da ausência de capacidade técnica da administração para contratações mais complexas. Contudo, a contratação de consultores externos requer a disponibilidade de recursos orçamentários por parte do órgão ou entidade pública. Por essa razão, em um cenário de escassez de recursos orçamentários, o PMI pode ser alternativa viável

38. Nos termos da Lei de Inovação, ICT é definida como um “órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no país, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos” (Brasil, 2004, art. 2º, inciso V).

39. Conforme Camacho e Rodrigues (2015, p. 16), há países em que a administração contrata consultor externo, denominado “consultor de probidade” (*probity adviser*), para garantir a transparência e lisura desse processo.

para que a administração consiga suprir a ausência de corpo técnico, por meio do estabelecimento de uma relação com o setor privado em que este assumirá a responsabilidade de produzir os estudos necessários à estruturação do projeto e ao desenvolvimento da solução inovadora (observadas as ressalvas já feitas).

De fato, a NLLC estabelece que os particulares poderão realizar os estudos e projetos de soluções inovadoras, sem que haja a obrigação de ressarcimento pela administração. A lei dispôs expressamente, no art. 81, §§ 1º e 2º, incisos III e IV, que caberá ao adjudicatário ressarcir os dispêndios com os estudos caso estes venham a ser utilizados na licitação do contrato, não cabendo ao poder público o seu ressarcimento. Porém, a lei deixa claro que não há obrigação de que o poder público venha a realizar a licitação, caso em que o particular não terá os custos reembolsados.

Importante chamar atenção para um possível risco do PMI: como efetivamente comprovar que um estudo previamente elaborado pelo setor privado foi efetivamente utilizado no edital final de aquisição? É evidente que existirão situações em que isso será óbvio, mas haverá outras em que isso não estará evidente.

De todo modo, o PMI é uma alternativa para que a administração mantenha sua capacidade de estruturar projetos que envolvam inovação, ainda que na ausência de recursos para a contratação direta de estudos, uma vez que não poderá haver cobranças de valores do poder público (Rauen, 2021).

Mais especificamente, conforme apontado por Rauen (2021), o PMI permite que, mesmo sem dispor dos recursos necessários, a administração mantenha-se atualizada em relação às soluções tecnológicas mais avançadas, evitando que fique limitada a padrões tecnológicos ultrapassados (*lock-in*) e ampliando as possibilidades de modelos de negócios. Trata-se, segundo esse autor, de um instrumento que permite à administração atuar de modo economicamente eficiente na obtenção de soluções inovadoras (Rauen, 2021).

Nas contratações de inovação pela administração, o PMI pode ainda desempenhar papel relevante na mitigação de custos adicionais “imprevistos” decorrentes dos riscos e incertezas inerentes aos processos inovativos e ao desenvolvimento tecnológico que poderão impactar a economia do futuro contrato. Isso porque, em uma contratação pública que envolva o desenvolvimento de solução inovadora, o que está em jogo não é somente o financiamento à inovação, que é a lógica que permeia a atuação das agências de fomento e para o que elas se utilizam de instrumentos específicos como subvenções, auxílios à pesquisa ou mesmo concessão de bolsas. Nas compras públicas, a própria administração é parte do negócio, o que lhe atribui obrigações contratuais que vão além dos recursos inicialmente previstos e que, por essa razão, podem ter importantes consequências econômico-financeiras e impactos no orçamento público.

Diante dessas contratações que extrapolam a prática contratual mais rotineira da administração e mesmo em relação àquelas voltadas a projetos de infraestrutura, o PMI é especialmente útil como instrumento para ouvir o mercado quanto à alocação mais eficiente, do ponto de vista econômico, dos riscos e incertezas envolvidas na obtenção da solução inovadora desejada, e poderá auxiliar na elaboração de editais e contratos mais “customizados”, no que concerne às necessidades e condições da administração, e factíveis diante da realidade do mercado.⁴⁰

Um aspecto adicional a ser considerado é a possibilidade de envolvimento das agências de fomento à CT&I nesses procedimentos de diálogo com o mercado, uma vez que essas entidades, além de terem experiência em como manejar instrumentos de fomento, dispõem de larga experiência na análise e acompanhamento de projetos inovadores propostos pelo setor privado, podendo contribuir para o aprimoramento de modelos de negócios. Mais recentemente, essas agências têm se dedicado a explorar sinergias entre instituições de pesquisa e empresas, com vistas à ampliação da capacidade de inovação brasileira, adotando inclusive estratégias relativas ao compartilhamento de riscos em etapas iniciais de projetos inovadores.⁴¹

5.2.3 O PMI como instrumento para a modelagem de contratações com base em novos arranjos jurídicos voltados à inovação

Por fim, a partir de uma leitura articulada da NLLC (especialmente dos dispositivos que tratam do tema da inovação) com a Lei de Inovação, é possível cogitar o uso do PMI como instrumento que antecede e organiza contratações de inovação com base em novos arranjos jurídicos ainda pouco testados ou de uso menos rotineiro pela administração. O fato de se tratar de leis distintas não deve conduzir a uma interpretação estanque e apartada desses diplomas legais, como se estivéssemos diante de dois regimes jurídicos separados e incomunicáveis. Ao contrário, por conterem normas que tratam de contratações públicas de inovação, deve-se ter em mente que se referem a situações fáticas que atraem a incidência de regras sobre a matéria provenientes das duas leis.⁴²

A Lei de Inovação, embora não tenha definido tipos contratuais “fixos” para as relações jurídicas de que trata, estabeleceu diversas possibilidades de instrumentos contratuais a serem escolhidos pela administração diante do objeto a ser contratado (mesmo que este seja incerto), com o intuito de impulsionar o estabelecimento de parcerias público-privadas em prol da inovação. Alguns instrumentos, mesmo

40. Para uma análise da relação entre o setor público e privado nas aquisições de P&D, ver Rauen (2017b).

41. Nesse sentido, veja-se a Empresa Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial (Embrapii), organização social que busca fortalecer a cooperação entre instituições de pesquisa científica e tecnológica e empresas, a qual tem como uma das dimensões de sua atuação o compartilhamento de risco na fase pré-competitiva da inovação, com o objetivo de estimular o setor industrial e aumentar a capacidade competitiva das empresas. Disponível em: <<https://bit.ly/3P444wv>>.

42. Nesse sentido, ver Mourão e Menezes (2021, p. 277-280).

antes da edição da Lei de Inovação, já eram bastante utilizados pela administração (é o caso da permissão de uso de bem público, dos acordos de transferência de tecnologia ou mesmo dos acordos de compartilhamento de propriedade intelectual). Para esses casos, a Lei de Inovação teve apenas o papel de reafirmar a viabilidade jurídica do uso de tais instrumentos, dando ênfase a um novo objetivo: a aproximação entre entidades governamentais, instituições de pesquisa e iniciativa privada para o desenvolvimento de projetos de CT&I.

Porém, a Lei de Inovação (Brasil, 2004) trouxe novas hipóteses de dispensa de licitação, ao dispor sobre alianças estratégicas envolvendo empresas, ICTs e entidades privadas sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia (art. 3º); compartilhamento de infraestrutura de CT&I (art. 4º); investimento ou participação em empresa com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores (art. 5º); e parcerias com ICTs, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, para a realização de atividades de PD&I que envolvam risco tecnológico para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador (art. 20). Permitiu, dessa maneira, a contratação direta nesses casos específicos.

Embora a Lei de Inovação, desde a sua edição, tenha tido uma grande repercussão no debate sobre instrumentos de incentivo à inovação no país, há ainda relativa insegurança em torno do uso de alguns de seus instrumentos. É verdade que a discussão sobre as encomendas tecnológicas, de que trata o art. 20 da referida lei, avançou de modo considerável nos últimos anos,⁴³ mas, ainda assim, apresenta uma lógica bastante distinta de outras formas de atuação da administração, tanto no campo das contratações públicas como no campo das políticas de CT&I. Vale dizer que o PMI tende a ser instrumento mais útil na fase prévia de contratações que exigem licitação (como no caso do concurso para inovação de que trata a NLLC), uma vez que, nas hipóteses de contratação direta, o poder público tem flexibilidade para dialogar com o mercado e negociar os termos da contratação.⁴⁴ Neste último caso, a negociação com o mercado e o futuro contratado é intrínseca e, por isso, faz parte do próprio procedimento, sendo desnecessária a realização de PMI. Assim, nos casos em que a legislação autoriza a contratação direta, o PMI tende a ser mais útil tão somente quando o ente público ainda tem dúvida entre licitar ou enquadrar a hipótese na dispensa de licitação, podendo utilizar o

43. Ver capítulo 13 desta obra.

44. Lembre-se que a NLLC qualificou como hipótese de dispensa de licitação as contratações da Lei de Inovação, no seu art. 75, segundo o qual: "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, 2021a).

procedimento para obter dados e informações que auxiliem na tomada de decisão e na sua respectiva motivação.

Em suma, considerando-se que a inovação tem hoje tratamento diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, o PMI é uma alternativa importante para que a administração possa avaliar prós e contras relacionados a novas técnicas contratuais e conferir legitimidade às suas escolhas. Apesar disso, o PMI não deve ser considerado como uma etapa obrigatória em contratações para inovação, sob pena de excessiva burocratização em relações que justamente demandam processos mais flexíveis e “customizados” diante das necessidades específicas da administração.

Assim, lança-se mão do PMI quando a complexidade da contratação inovadora, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista contratual, é tamanha que cria forte assimetria de informação entre os agentes público e privado. Evidentemente, o nível de assimetria dependerá, em grande medida, da capacidade técnica da administração.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de 2021, incorporou o PMI em seu art. 81. Ele não é modalidade de licitação. É procedimento administrativo de colaboração entre a administração pública e a iniciativa privada, útil para que poder público e particulares dialoguem com o objetivo de que estes últimos colaborem, seja na definição de políticas públicas cujas diretrizes já tenham sido definidas pelo Estado, seja no desenvolvimento de soluções inovadoras para problemas de interesse público. Tanto pode ser inaugurado por solicitação do agente privado, que pretende levar ideias ao poder público, quanto pode ser iniciativa do próprio Estado, que quer dialogar com o mercado antes de decidir acerca do termo de referência que pautará futura contratação.

O art. 81 da NLLC é resultado da experiência com o art. 21 da Lei de Concessões, de 1995. Ele ampliou o uso do PMI para os chamados contratos comuns da administração pública.

Apesar de não haver regra específica sobre seu uso nas contratações de que trata a Lei de Inovação, não há qualquer impedimento para que os instrumentos desta lei sejam precedidos por PMI. Porém, o PMI tende a ser instrumento mais útil na fase prévia de contratações que exigem licitação (como no caso do concurso para inovação de que trata a NLLC). Pois, nas hipóteses de contratação direta, sem licitação, o poder público tem flexibilidade para dialogar com o mercado e negociar os termos da contratação (Brasil, 2021a, art. 74, inciso V). Neste último caso, a negociação com o mercado e o futuro contratado é intrínseca e, por isso, faz parte do próprio procedimento, sendo desnecessária a realização de PMI. Por isso, nos casos em que a legislação autoriza a contratação direta, o PMI tende a ser mais útil

tão somente quando o ente público ainda tiver dúvidas entre licitar ou enquadrar a hipótese na dispensa de licitação, podendo utilizar o procedimento para obter dados e informações que auxiliem na tomada de decisão e na sua respectiva motivação.

Em qualquer caso, decidido pelo caminho do PMI, este deve ser desenhado em edital de chamamento, cujo objetivo é regulamentar a oferta de ideias, propostas e projetos inovadores pela iniciativa privada. A oferta é a título de colaboração e não gera qualquer direito para o colaborador, a não ser que o poder público faça uso das informações recebidas na contratação derivada do que foi disponibilizado. A contratação propriamente dita tanto pode ser resultado de uma licitação (quando o regime do PMI será o do art. 81 da NLLC ou do art. 21 da Lei de Concessões, a depender do tipo contratual) quanto pode ser resultado de contratação direta (nas hipóteses da Lei de Inovação).

A racionalidade do PMI consiste em permitir equalizar a assimetria de informações entre o público e o privado e superar assimetrias de informação em situações inovadoras. Porém, o bom resultado do PMI não é automático. Depende de planejamento e boa execução, pois sua tramitação gera “custo burocrático” relevante para o ente público. A experiência revela que, apesar de poder ser instrumento propício à superação de uma falha de mercado, há sério risco de o PMI ser utilizado para suprir o vácuo do planejamento estatal e da política pública setorial, com a consequência de gerar ideias, propostas e projetos que atendam a interesses exclusivamente privados, o que deve ser evitado a todo custo.

No campo das ações do poder público em prol da inovação, o PMI é um instrumento útil para as situações elencadas a seguir.

- 1) A oxigenação do setor público em questões científicas e tecnológicas e a redução da assimetria informacional, por meio da captação de ideias e *expertise* do setor privado.
- 2) O aprendizado e construção conjunta de modelos de negócios que viabilizem o desenvolvimento de soluções inovadoras.
- 3) A possibilidade de alocação de riscos mais eficiente, consideradas as peculiaridades do processo inovativo (isso traz restrições à interpretação do que seja “alocação eficiente”).
- 4) O estabelecimento de conexões e a construção de sinergias entre atores que atuam com CT&I e também que possam oferecer suporte para o desenvolvimento de projetos inovadores.

O PMI ainda deverá ser experimentado como instrumento de incentivo à inovação. De todo modo, esta análise permite-nos afirmar que o PMI, se bem utilizado e observadas as condições, é procedimento que se soma a outros arranjos

e instrumentos jurídicos de incentivo à inovação, inclusive aqueles previstos na Lei de Inovação, contribuindo para a construção de um regime de contratações em CT&I no país.

A regulamentação deve deixar caminhos flexíveis para se incorporar a dinâmica do processo inovativo, sem a burocratização do PMI, o que seria contrário ao próprio conceito de inovação.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, G. Market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970.

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**, Brasília, p. 8269, 22 jun. 1993.

_____. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 10125, 8 jul. 1995a.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1917, 14 fev. 1995b.

_____. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 28653, 27 dez. 1996.

_____. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 19941, 10 set. 1997.

_____. Lei Complementar 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**, Brasília, p. 2, 3 dez. 2004.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11

de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 15 dez. 2006.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 1º jul. 2016.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 1º abr. 2021a.

_____. Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 2 jun. 2021b.

BUCCI, M. P. D.; COUTINHO, D. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. *In*: COUTINHO, D.; FOSS, M. C.; MOUALLEM, P. S. (Org.). **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017. p. 313-339.

CAMACHO, F.; RODRIGUES, B. da C. **Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil**. Rio de Janeiro: BNDES, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3bw2fKj>>.

CASSIOLATO, J.; LASTRES, H. Políticas de inovação e desenvolvimento. *In*: COUTINHO, D.; FOSS, M. C.; MOUALLEM, P. S. (Org.). **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017. p. 19-56.

CHERUBINI, A. Lições para as políticas de inovação. **GV Executivo**, v. 19, n. 2, p. 24-27, mar.-abr. 2020.

COASE, R. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937. Disponível em: <<https://bit.ly/3SILWjX>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CONDE, M. V.; ARAÚJO-JORGE, T. Modelos e concepções de inovação: a transição de paradigmas, a reforma da C&T brasileira e as concepções de gestores de uma instituição pública de pesquisa em saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 8, n. 3, p. 727-741, jan. 2003.

ESTADO DE SÃO PAULO. Decreto nº 61.371, de 21 de julho de 2015. Institui procedimento alusivo à apresentação, à análise e ao aproveitamento de estudos, encaminhados pela iniciativa privada ou por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, e dá providências correlatas. **Diário Oficial**, São Paulo, p. 1, 22 jul. 2015.

GABRIEL, Y. R. **Procedimentos jurídicos para estruturação de concessão de infraestrutura e o desenvolvimento brasileiro**. 2016. 144 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3zyYb3M>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ISSA, R. Propostas para melhorar a estruturação de contratações públicas complexas. *In*: CUNHA FILHO, A. J. C. *et al.* (Org.). **Direito, instituições e políticas públicas**: o papel do jusidealista na formação do Estado. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 337-353.

LOUBACK, I. O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e suas recentes alterações. **Migalhas**, 15 jan. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3vJ6FnV>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

MANKIW, N. G. (Org.). **Introdução à Economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MAZZUCATO, M. Mission-oriented innovation policies: challenges and opportunities. **Industrial and corporate change**, v. 27, n. 5, p. 803-815, Oct. 2018.

MCCLOSKEY, D. N. Institutions matter, but not as much as neo-institutionalists believe. *In*: ANNUAL MEETING OF THE ECONOMIC HISTORY ASSOCIATION, 81., 2021, Tucson, Arizona. **Proceedings...** Tucson: EHA, Oct. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3oZf82o>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MONTEIRO, V. Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes. *In*: PINHEIRO, A. C. *et al.* (Org.). **Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil**: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. São Paulo: IFC, dez. 2015. p. 203-245. Disponível em: <<https://bit.ly/3vBTzJ9>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

MORENO, M. O novo PMI, Procedimento de Manifestação de Interesse. **Consultor Jurídico**, 9 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3browsN>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

MOURÃO, C. M.; MENEZES, F. Saneamento e inovação: reflexões por ocasião da edição da Lei nº 14.026/20. *In*: PEREZ, M. *et al.* (Coord.). **Desafios da nova regulação do saneamento no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 269-294.

MOWERY, D. C.; ROSENBERG, N. (Org.). **Trajетórias da inovação**: a mudança tecnológica nos Estados Unidos da América no século XX. Campinas: Ed. Unicamp, 2005.

PEREIRA, B. R. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado? **PPP Brasil**, 22 nov. 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3vEDnqE>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

PEREZ, M. P. O diálogo competitivo. **Revista do Advogado**, n. 153, p. 48-56, mar. 2022.

RAUEN, A. (Org.). **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2017a.

_____. Risco e incerteza na aquisição pública de P&D: a experiência norte-americana. *In*: RAUEN, A. (Org.). **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2017b. p. 375-412.

_____. Compras públicas de inovações segundo o texto final do PL nº 4. 253/2020. Brasília: Ipea, fev. 2021. (Nota Técnica Diset, n. 80).

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

STIGLER, G. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Disponível em: <<https://bit.ly/3zw5fhB>>.

SUNDFELD, C. A.; MONTEIRO, V.; ROSILHO, A. A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados (art. 21 da Lei nº 8.987/1995). **RDA – Revista de Direito Administrativo**, v. 275, p. 41-66, maio-ago. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3vC2YAC>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

TEECE, D. J. As aptidões das empresas e o desenvolvimento econômico: implicações para as economias de industrialização recente. *In*: KIM, L.; NELSON, R. R. (Org.). **Tecnologia, aprendizado e inovação: as experiências das economias de industrialização recente**. Campinas: Ed. Unicamp, 2005. p. 147-178.

WILLIAMSON, O. E. (Ed.). **The economic institutions of capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

_____. (Ed.). **Economic organization: firms, markets and policy control**. New York: Harvester Wheatsheaf, 1986.

