



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB  
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ADRIANO SILVA SOROMENHO**

**Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política pública de  
incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades**

Brasília  
2017

ADRIANO SILVA SOROMENHO

**Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política pública de incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito e Políticas Públicas

Orientadora: Professora Doutora Maria Edelvacy Pinto Marinho

Brasília  
2017

SOROMENHO, Adriano Silva.

Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política pública de incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades. Adriano Silva Soromenho. Brasília: UniCEUB, 2017.

\_\_\_\_\_ f.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Profa. Doutora Maria Edelvacy Pinto Marinho

ADRIANO SILVA SOROMENHO

**Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política pública de incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Brasília-DF, de de 2017.

Banca examinadora

---

Profa. Dra. Maria Edelvacy Pinto Marinho  
Orientadora

---

Dr. Prof. Dr. Paulo A. C. Carmona  
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (membro interno)

---

(membro externo)

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, em primeiro lugar!

À minha orientadora, Dra. Maria Edelvacy Pinto Marinho, pela motivação nos momentos de exaustão e pelos preciosos ensinamentos indispensáveis à elaboração desta dissertação.

Aos professores Doutores Carlos Bastide Horbach, Gustavo Ribeiro, Ivo Gico Teixeira Jr., Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Nitish Monebhurrun e Frederico Barbosa, pela contribuição marcante para o desenvolvimento da minha formação acadêmica e, conseqüentemente, para a conclusão desta importante etapa.

Aos professores Doutores Irene Patrícia Nohara, Silvio Luiz de Almeida e Daniel Francisco Nagao Menezes, pelos ensinamentos recebidos durante as instigantes aulas cursadas na disciplina de Teoria Geral do Direito no Mestrado de Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, entidade conveniada com o Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Aos colegas da Advocacia-Geral da União integrantes da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Integração Nacional, da Escola da AGU, e, de modo especial, à Procuradora Federal Natália Soares Paiva, pelo suporte oferecido durante o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus pais Geraldo Bontempi Soromenho e Niluzia Donizete da Silva Soromenho; à minha irmã Tania Cristina da Silva Soromenho e aos meus sobrinhos Bianca Soromenho Macedo e Heitor Soromenho Macedo, pela solicitude e ajuda neste e em todos os momentos da vida.

À minha esposa, Aline Gandini Soromenho, pela paciência, espírito motivacional e alegria contagiante que, somados ao amor que tem me dedicado, compuseram ingredientes fundamentais à conclusão deste trabalho.

Ao meu filho Augusto Gandini Soromenho cujo sorriso representa, por si só, contribuição decisiva para o enfrentamento de qualquer desafio que nos é imposto, inclusive a elaboração desta dissertação.

## RESUMO

As compras do Estado no Brasil têm sido cada vez mais utilizadas como instrumento para viabilizar objetivos de políticas públicas. O uso do poder das compras públicas constitui instrumento legal de política pública de inovação no país. Tradicionalmente, a consecução dessa finalidade regulatória da contratação pública brasileira tem sido feita mediante a criação de mecanismos estabelecendo discriminações positivas a favor de segmentos escolhidos da indústria ou do setor de prestação de serviços. Por outro lado, inexistiu foco para se integrar a política de inovação com a de compras através da construção de um processo de contratação pública mais favorável à inovação. Disso decorre uma ausência de sintonia, demonstrada através de pesquisas empíricas, entre as aquisições governamentais e o objetivo de estimular inovação no setor privado. A presente dissertação, utilizando-se de pesquisa de base bibliográfica e documental, visa a estudar como está sendo feita a integração entre a política pública de incentivo à inovação e as compras do Estado regidas pelas normas gerais de licitação e contrato administrativo, sugerindo maior ênfase à criação de um processo de contratação pública *innovation-friendly*, dotado de mecanismos na fase do planejamento, da licitação e do contrato, capazes de induzir inovatividade do setor privado.

**Palavras-chave:** direito administrativo; contratação pública; função regulatória; incentivo à inovação.

## ABSTRACT

The purchases of the State in Brazil have been used increasingly as an instrument to enable the public policies objectives. The usage of the power of the public purchases constitutes legal instrument of the innovation public policy in the country. Traditionally, the consecution of this regulatory purpose of the Brazilian public procurement has been done through the creation of mechanisms establishing positive discriminations in favor of sectors chosen by the industry or by the service provision sector. On the other hand, it doesn't exist a focus to integrate the innovation policy with the purchases one through the construction of a public procurement process more favorable to the innovation. This leads to the absence of synchrony, demonstrated through empirical pieces of research, between the governmental acquisitions and the objective of stimulating the innovation in the private sector. The present dissertation, using bibliographical and documentary research, aims at studying how it has been done the integration between the public policy of incentive to the innovation and the State purchases ruled by the general bid and administrative contract regulations, suggesting a greater emphasis to the creation of an innovation-friendly public procurement process, equipped with mechanisms in the planning stage, in the bid and in the contract capable of inducting private sector innovation.

**Keywords:** administrative law; public procurement; regulatory function, incentive to the innovation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1. ATUAÇÃO HODIERNA DO ESTADO BRASILEIRO NO CAMPO DO INCENTIVO À INOVAÇÃO .....</b>	<b>18</b>
<b>1.1. Trajetórias das políticas públicas de ciência, tecnologia e inovação: Do <i>Science-Push</i> ao Sistema Nacional de CT&amp;I .....</b>	<b>18</b>
<b>1.2. Objetivos constitucionais orientadores da atuação estatal de estímulo à inovação .....</b>	<b>26</b>
<b>1.3. Atuação do Estado no campo da CT&amp;I: Falhas de Mercado e Falhas de Sistema .....</b>	<b>36</b>
<b>1.4. Compras do Estado no contexto das políticas públicas de inovação .....</b>	<b>42</b>
<b>1.5. Conclusões Parciais .....</b>	<b>47</b>
<b>CAPÍTULO 2. UTILIZAÇÃO DAS COMPRAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE INCENTIVO À INOVAÇÃO NO BRASIL .....</b>	<b>51</b>
<b>2.1. Normas gerais de contratação pública de bens, serviços e obras .....</b>	<b>51</b>
<b>2.2. Função regulatória da contratação pública .....</b>	<b>64</b>
<b>2.3. Incentivo à inovação nas contratações públicas brasileiras: Análise crítica dos dados e do foco de atuação dos instrumentos .....</b>	<b>71</b>
<b>2.4. Um novo enfoque para o incentivo à inovação via compras do Estado: Induzindo inovação através do processo de contratação pública .....</b>	<b>85</b>
<b>2.5. Conclusões Parciais .....</b>	<b>93</b>
<b>CAPÍTULO 3. DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA A PROMOÇÃO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PRÓ-INOVAÇÃO NO BRASIL .....</b>	<b>98</b>
<b>3.1. Planejando a contratação pró-inovação .....</b>	<b>99</b>
<b>3.1.1. A definição do objeto com base em requisitos de funcionalidade e desempenho .....</b>	<b>100</b>
<b>3.1.2. A interação entre comprador público e agentes econômicos privados .....</b>	<b>108</b>
<b>3.2. A Licitação pró-inovação .....</b>	<b>114</b>
<b>3.2.1. A obsolescência da classificação das modalidades licitatórias da Lei nº 8.666 .....</b>	<b>115</b>
<b>3.2.2. Por uma licitação mais schumpeteriana .....</b>	<b>118</b>
<b>3.2.3. A necessidade de inverter a lógica da centralidade do critério de julgamento pelo menor preço .....</b>	<b>123</b>
<b>3.3. Licitação de resultados e a gestão dos riscos dos contratos .....</b>	<b>134</b>
<b>3.4. Conclusões Parciais .....</b>	<b>147</b>

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>152</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>156</b>

## INTRODUÇÃO

O alto volume de gastos dos países na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras tem sido cada vez mais enxergado como um poderoso elemento indutor de práticas de atores econômicos. As compras públicas representam, em média, 12% do produto interno bruto dos países membros da OCDE<sup>1</sup>. No Brasil, a média gasta entre 2006 a 2012 correspondeu a 13,8% do PIB<sup>2</sup>.

As aquisições governamentais estão sendo utilizadas em várias partes do mundo como meio para implementação de diversificados objetivos de políticas públicas, como estimular a atividade econômica, proteger a indústria nacional, aprimorar a competitividade de certos setores, fomentar a criação de empregos, promover o trabalho sob condições dignas, incentivar o uso de mão de obra local como forma de inserção de minorias no meio econômico, proteger o meio ambiente, promover a inserção de pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho, estimular o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, estimular a inovação, dentre outros.

No campo doutrinário, essa função indutora atribuída à contratação pública tem recebido diferentes denominações em âmbito nacional como “função regulatória da licitação”<sup>3</sup>, “função social da contratação administrativa”<sup>4</sup>, “função horizontal da licitação e da contratação administrativa”<sup>5</sup>, e “função extraeconômica da licitação”<sup>6</sup>. Na doutrina

---

<sup>1</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Government at a glance – 2013. Disponível em: <[http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2013\\_gov\\_glance-2013-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2013_gov_glance-2013-en)>. Acesso em: 8 nov. 2016.

<sup>2</sup> INÁCIO JR., Edmundo; RIBEIRO, Cássio Garcia. Mensurando o mercado de compras governamentais. Caderno de Finanças Públicas, n. 14, p. 265/287, dez./2014.

<sup>3</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, Direito administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6 e 105.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012., p. 12 e 97.

<sup>5</sup> FABRE, Flávia Moraes Barros Michele, op. cit., p. 10.

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 326.

estrangeira, encontram-se denominações como “regulação através de negócios”<sup>7</sup>, além de *collateral*<sup>8</sup>, *secondary*<sup>9</sup> ou *horizontal*<sup>10</sup> *policy*.

No presente trabalho, será adotada a denominação função regulatória da contratação pública por se revelar a melhor opção a expressar o exato conteúdo desse fenômeno no Brasil.

Com efeito, não se pode situar esta função apenas em uma etapa específica do processo de contratação pública, seja esta a fase do planejamento, da licitação ou do contrato. O uso do termo contratação pública se revela mais adequado na medida em que o atingimento das finalidades mediatas deve ser buscado em todas as fases integrantes do processo de contratação<sup>11</sup>, desde o planejamento e concepção do objeto através, por exemplo, da inserção de critérios nas suas especificações técnicas; até a execução do contrato, mediante o emprego de cláusulas de incentivos de comportamentos.

Nessa linha, as regras de disputa, as condições de participação na licitação, as características exigidas do objeto e os incentivos contratuais passam a representar “instrumentos de atuação estatal estratégica no mercado, voltados ao estímulo de determinados comportamentos e ao atendimento de objetivos sociais amplos<sup>12</sup>”.

Ademais, a visão que confere a esta função secundária da compra pública o qualificativo de “regulatória”<sup>13</sup> demonstra-se mais compatível com o delineamento

<sup>7</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública. Vol. III. Coimbra: Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, p. 7.

<sup>8</sup> CIBINIC, John; NASH, Ralph C. Formation of Government Contracts. 3 ed. Washington, DC: George Washington University Press, 1998.

<sup>9</sup> Esse é o termo empregado nos documentos emitidos pela OCDE sobre o assunto. A propósito, vide Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies. Preliminary Print. Paris: OECD, 2016.

<sup>10</sup> ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. In: Journal of Public Procurement, vol. 10, n. 2, Academies Press, 2010., p. 150.

<sup>11</sup> Nesse sentido, Marçal Justen Filho, ao comentar a inclusão do “desenvolvimento nacional sustentável” no artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, dentre as finalidades da licitação, indica a ocorrência de equívoco lógico, pois não se trata de uma finalidade da licitação propriamente dita, mas de algo a ser promovido por meio das contratações públicas (JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 68).

<sup>12</sup> REISDORFER, Guilherme F. Dias. Desenvolvimento sustentável em licitações e contratos públicos: regulamentação, políticas de contratação e discricionariedade administrativa. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, mar. 2016, p. 33.

<sup>13</sup> A denominação função regulatória da contratação pública já foi adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator: BRITTO, Ayres. Relator p/ Acórdão FUX, Luiz. Julgado em 16/04/2015. Acórdão Eletrônico DJe-254, divulgado em 16.12.2015. Publicado no Diário Oficial da União em 17.12.2015).

constitucional regente dos modos de atuação do Estado, afinal quando este, saindo em busca do suprimento de suas necessidades, maneja instrumentos de estímulo e incentivo hábeis a induzir comportamentos desejados ou a inibir práticas indesejadas no campo da atividade econômica no qual atuam os ofertantes do setor privado, o faz no exercício legítimo da intervenção indireta no domínio econômico.

Dentre as finalidades das políticas públicas promovidas através do uso do poderio consumerista estatal, destaca-se a de incentivo à inovação. No Brasil, a atuação estatal na área contém previsão constitucional nos artigos 218 a 219-B. A Lei nº 10.973, de 2004, conhecida como Lei de Inovação, com as recentes alterações efetuadas pela Lei nº 13.243, de 2016, passou a indicar expressamente como princípio a balizar as medidas legais de incentivo a utilização do poder de compra do Estado<sup>14</sup>. A norma incluiu também o uso das compras públicas no rol dos instrumentos destinados ao estímulo à inovatividade nas empresas<sup>15</sup>.

A importância das inovações para o desenvolvimento econômico dos países parece ser unanimidade entre os estudiosos. Tanto Karl Marx<sup>16</sup> quanto Adam Smith<sup>17</sup> consideravam as inovações os elementos mais dinâmicos do crescimento das economias capitalistas. Já Schumpeter<sup>18</sup> apresentou a ideia de que o desenvolvimento econômico é conduzido pela inovação, através de um processo dinâmico e evolucionário em que antigas tecnologias são substituídas por novas. Trata-se da “destruição criativa” que move o sistema capitalista.

A estrutura econômica contemporânea tem se apoiado fortemente em atividades intensivas de conhecimento, sendo a inovação o principal veículo da transformação do

---

<sup>14</sup> Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

Parágrafo único. As medidas às quais se refere o caput deverão observar os seguintes princípios: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

XIII - utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

<sup>15</sup> Art. 19, parágrafo 2º-A, inciso VIII, da Lei nº 10.973, de 2004, incluído pela Lei nº 13.243, de 2016.

<sup>16</sup> MARX, Karl. O Capital. Vol. 2. 3ª edição, São Paulo, Nova Cultural, 1988.

<sup>17</sup> SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

<sup>18</sup> SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

conhecimento em valor. Atribui-se às inovações papel decisivo na elevação dos níveis de produtividade do trabalho humano e na maior competitividade dos países no comércio internacional, atualmente dominado por produtos de média e alta tecnologia<sup>19</sup>.

A Lei nº 10.973, de 2004, define inovação como a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho<sup>20</sup>.

A definição constante da norma contempla tanto as inovações de natureza radical quanto incremental. As primeiras dizem respeito ao desenvolvimento e à introdução de um novo produto no mercado<sup>21</sup>, enquanto as últimas referem-se primordialmente a melhoramentos contínuos em produtos, processos e operações já existentes<sup>22</sup>.

A execução de atividades inovativas requer a construção de ambientes propícios orientados a essa direção e o Estado, mesmo em economias de mercado, tem um papel fundamental na formatação desses ambientes, “coordenando esforços, investindo, estimulando o desenvolvimento industrial e particularmente o tecnológico”<sup>23</sup>. As políticas públicas brasileiras na área têm sido embasadas na abordagem dos sistemas de inovação que atribui forte ênfase à necessidade de interação permanente e articulação de esforços entre empresas, universidades, institutos de pesquisa e instituições governamentais para a geração e difusão de inovações.

Nesse sentido, analisar as compras do Estado como instrumento de estímulo à inovação exige, antes de tudo, pesquisar se o seu disciplinamento legal favorece a geração

---

<sup>19</sup> 60% do comércio internacional foi dominado por produtos de média e de alta e tecnologia no ano de 2002. (DE NEGRI, J. A.; SALERNO, M. S. (Eds.). DE NEGRI, F. Padrões tecnológicos e de comércio exterior das firmas brasileiras. In: DE NEGRI, J. A.; SALERNO, M. S. (Eds.). Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras. Brasília: Ipea, 2005).

<sup>20</sup> Art. 2º, inciso IV, da Lei nº 10.973, de 2004, com a redação alterada pela Lei nº 13.243, de 2016.

<sup>21</sup> Art. 2º, inciso IV, da Lei nº 10.973, de 2004, com a redação alterada pela Lei nº 13.243, de 2016.

<sup>22</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo – Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª ed. Paris: OCDE, 2005, p. 55.

<sup>23</sup> BARBOSA, Denis Borges. Direito da Inovação. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

de inovação pelos parceiros privados, ou seja, se contribui ou não para a criação de um ambiente *innovation-friendly*.

No Brasil, o disciplinamento do processo de contratação pública de bens, serviços e obras encontra-se nas normas gerais de licitação e contrato administrativo previstas nas Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993; nº 10.520, de 17 de julho de 2002; e nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Esses três diplomas legais são aplicados, cada um em seu campo de incidência, à esmagadora maioria das aquisições promovidas pelos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, sendo, portanto, essas as referências legais que devem ser utilizadas como parâmetro para estudo do contexto das compras do Estado e a sua função de incentivo à inovação no Brasil.

Assim sendo, o presente trabalho analisará de modo crítico como está sendo processado o diálogo entre a política pública de inovação no país e a política de compras públicas, pesquisando essencialmente o modo como vem sendo perseguida a finalidade regulatória de incentivo à inovação por meio das aquisições governamentais, e a (in)capacidade indutora de inovação do ambiente da contratação pública regida pelas normas gerais de licitação e contrato administrativo constantes das Leis nº 8.666, de 1993; nº 10.520, de 2002; e nº 12.462, de 2011.

Conforme veremos adiante, a promoção da inovação nas contratações públicas brasileiras regidas pelas normas gerais tem sido feita precipuamente através da instituição mecanismos estabelecendo discriminações positivas a favor de segmentos da indústria nacional com vistas a garantir uma demanda mínima necessária para alavancar os seus investimentos. Exemplos nessa direção são as margens de preferências criadas pela Lei nº 12.349, de 2010; e os mecanismos de tratamento favorecido e diferenciado nas compras públicas para as microempresas e empresas de pequeno porte, tratadas na Lei Complementar nº 123, de 2006.

O direcionamento de parte da demanda pública, mediante o uso desses mecanismos, tem como objetivo conceder aos segmentos beneficiados oportunidades

para maiores investimentos em inovações, redução dos custos de produção e melhoria da qualidade dos produtos.

Por outro lado, o Brasil se ressentido da falta de pesquisas e debates focados na necessidade de tornar os mecanismos típicos das licitações e dos contratos administrativos, presentes nas normas gerais, ferramentas indutoras de inovação pelos parceiros privados. Em suma, o debate sobre incentivo à inovação na contratação pública brasileira regida pelas normas gerais enfoca a criação de mecanismos instituindo discriminações positivas a favor de segmentos econômicos, olvidando-se da necessidade da construção de um processo de contratação pública *innovation-friendly*<sup>24</sup>.

Um exemplo desse cenário paradoxal está na aprovação, de um lado, de leis e decretos instituindo margens de preferências para promover estímulo à inovação em determinados segmentos econômicos escolhidos, deixando, por outro lado, de se fazer uma reforma nas leis licitatórias em ordem a facilitar a utilização de critérios de julgamento distintos do menor preço, como melhor técnica ou técnica e preço que são indubitavelmente muito mais favoráveis à indução de inovação.

Em consequência dessas opções, há uma série de dados<sup>25</sup> indicando que as aquisições públicas brasileiras, responsáveis pela injeção de dezenas de bilhões de reais anualmente no setor privado, têm sido mal exploradas como instrumento de incentivo à inovação no país.

Em perspectiva internacional, observa-se na Europa um interesse crescente na instituição de mecanismos ordinários ao processo de contratação pública favorecedores do surgimento de inovações. A União Europeia tem se utilizado de várias estratégias para promover inovação através das compras públicas, incluindo a modificação de suas Diretivas que regulam a aquisição de bens, serviços e obras. No âmbito interno dos países da UE, medidas estratégicas para a indução de inovação via compras públicas também estão sendo implementadas.

---

<sup>24</sup> Conforme será visto no decorrer do presente trabalho, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, previsto na Lei nº 12.462, de 2011, representou avanço nesse debate, erigindo o incentivo à inovação tecnológica como objetivo da contratação (Artigo 1º, parágrafo 1º, inciso III).

<sup>25</sup> Os dados são resultados de uma série de pesquisas que serão apresentadas no presente trabalho.

A fim de trazer esse debate ao contexto brasileiro, a presente dissertação visa a analisar de modo crítico, através de pesquisa de base bibliográfica e documental, o modo como vem sendo perseguido o objetivo regulatório de incentivo à inovação na contratação pública brasileira, além dos limites e possibilidades para indução de inovação por meio dos mecanismos presentes nas normas gerais. O trabalho possui natureza prospectiva na medida em que busca apresentar soluções, pontuando desafios que devem ser enfrentados para transformar a contratação pública num instrumento mais efetivo de incentivo à inovação às empresas no país.

Assim sendo, o primeiro capítulo do trabalho vai contextualizar o uso do poder das compras do Estado face ao paradigma atual adotado como norte das políticas públicas na área de incentivo à inovação, apresentando a dialética estabelecida sobre os modelos de atuação estatal no campo da CT&I, e a superação do modelo linear pela visão dos sistemas de inovação. Nesse capítulo, também será apresentada a contextualização do instrumento no campo jurídico, analisando-se o marco regulatório da CT&I estabelecido pela Constituição Federal de 1988, e as relevantes alterações empreendidas pela Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015; além da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, conhecida como Lei da Inovação, também bastante alterada recentemente pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. O capítulo abordará também a contribuição do uso das compras públicas para a consecução dos objetivos constitucionais vislumbrados para o incentivo à inovação no país.

No segundo capítulo, analisar-se-á o modo como vem sendo perseguida a função regulatória de incentivo à inovação no Brasil, abordando primeiramente as normas gerais brasileiras reguladoras do processo de contratação pública de bens, serviços e obras e a sua função regulatória, partindo, em seguida, para o estudo da opção preferencial brasileira para consecução do objetivo de estímulo à inovação consistente na instituição de mecanismos instituidores de discriminações positivas a favor de determinados segmentos, encerrando-se com a apresentação de um novo olhar para a promoção dessa finalidade, qual seja, a de tornar o processo de contratação pública, em si mesmo, um ambiente mais favorável à inovação.

No terceiro capítulo, serão estudados as possibilidades, os limites e os principais desafios a serem superados para que o disciplinamento legal das compras do Estado brasileiro seja mais consentâneo com o objetivo de incentivo à inovação. A análise será feita através do estudo dos mecanismos utilizados em cada fase do processo de contratação pública (planejamento, licitação e contrato). Dessa forma, será analisado, primeiramente, o modo de incentivar a inovação na compra pública na fase do planejamento, sendo destacado, nessa etapa, a definição do objeto com base em requisitos de funcionalidade e desempenho e a interação entre comprador público e agentes econômicos privados. Na sequência, parte-se para a fase da licitação, examinando de modo crítico a divisão legal em modalidades, a padronização dos produtos e serviços, a centralidade do critério do menor preço e a dificuldade de utilização de outros critérios de julgamento das propostas. O capítulo termina, analisando o modelo de licitação de resultados com gestão dos riscos como mecanismo pró-inovação.

Por fim, nas considerações finais serão consolidados os entendimentos esposados nos capítulos apresentados.

## **CAPÍTULO 1 - ATUAÇÃO HODIERNA DO ESTADO BRASILEIRO NO CAMPO DO INCENTIVO À INOVAÇÃO**

No Brasil, o uso do poder de compras do Estado constitui instrumento legal de política pública de incentivo à inovação. O estudo da utilização das compras governamentais na consecução da finalidade de estímulo à inovação requer primeiramente sua contextualização face ao paradigma atual adotado como norte das políticas públicas na área.

Do mesmo modo, é relevante contextualizá-lo no campo jurídico, através da análise do marco regulatório da Ciência, Tecnologia e Inovação estabelecido pela Constituição Federal de 1988, e as relevantes alterações empreendidas pela Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015; além é claro, da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, conhecida como Lei da Inovação, também bastante alterada recentemente pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016.

Assim sendo, o presente capítulo se propõe a estudar primeiramente a dialética estabelecida sobre os modelos de atuação estatal no campo da ciência, tecnologia e inovação, destacando a superação do modelo linear pela visão dos sistemas de inovação. O capítulo prossegue com o estudo dos objetivos previstos nas normas constitucionais para a CT&I no país; partindo, na sequência, para análise da ação estatal propriamente dita na área e as visões econômicas que as sustentam. O capítulo se encerra com a análise da contribuição do uso das aquisições governamentais para a consecução das ações e objetivos vislumbrados para o incentivo à inovação no país.

### **1.1 - Trajetórias das políticas públicas de ciência, tecnologia e inovação: Do *Science-Push* ao Sistema Nacional de CT&I**

Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I) são consideradas em todo o mundo como grandes meios para impulsionar o desenvolvimento dos países<sup>26</sup>. Aos Estados nacionais

---

<sup>26</sup> WONG, P. K.; HO, Y. P.; AUTIO, E. Entrepreneurship, Innovation and Economic Growth: Evidence from GEM data. *Small Business Economics*, v. 24, p. 335-350, 2005.

têm sido atribuídas cada vez mais funções estratégicas para a implementação de ações na área cujos contornos apresentam variação no decurso do tempo.

No período do pós-guerra, as políticas de inovação amplamente adotadas pelos países consistiam num modelo linear visualizado como um processo com fases sequenciais bem definidas, iniciando com a pesquisa básica financiada maciçamente pelo Estado, indo à pesquisa aplicada, passando pelo desenvolvimento até a produção de novos produtos ou a operação de novos processos pelas empresas.

Ainda nos dias atuais<sup>27</sup>, é muito comum a ideia do modelo linear traçando a relação entre a ciência básica e as novas tecnologias vista na imagem de uma seta partindo da pesquisa básica em direção à pesquisa aplicada, e daí para o desenvolvimento e, em seguida, a produção ou as operações.

A formulação da política como uma sequência de atos pré-ordenada foi influenciada pelas conclusões do Relatório *Science, the Endless Frontier*, emitido em 1945, por Vannevar Bush, então Diretor da Agência de Pesquisa Científica e Desenvolvimento dos Estados Unidos da América, no qual apontou que a pesquisa básica deveria ser realizada sem fins práticos, podendo servir, dessa forma, como precursora do progresso tecnológico. O relatório foi elaborado após pedido do Presidente Roosevelt para a apresentação de proposta alternativa sobre o papel do governo na ciência em tempos de paz. O pedido foi formalizado em novembro de 1944, tendo sido entregue ao Presidente Truman em julho de 1945<sup>28</sup>.

As intenções reais de Bush e de seus conselheiros era de encontrar um meio de manter o apoio federal à ciência básica, restringindo o controle do governo sobre a realização das pesquisas e, de forma mais ampla, sobre a própria ciência cuja autonomia havia sido abalada pelas prioridades militares da época da guerra<sup>29</sup>.

A ideia de que a ciência básica poderia servir como precursora para o progresso tecnológico somente se fosse mantida isolada de pensamentos de uso prático foi

---

<sup>27</sup> STOKES, Donald. O Quadrante de Pasteur. A ciência básica e a inovação tecnológica. Campinas: Ed. Unicamp, 2005, p. 27.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 16-18.

<sup>29</sup> Idem, p. 83-86.

amplamente aceita nos tempos do pós-guerra, sendo absorvida pelo pensamento das comunidades científica e de política após a Segunda Guerra Mundial<sup>30</sup>.

No Brasil, a visão baseada no modelo linear esteve bastante presente nas políticas de C&T tanto no período de proteção à indústria nascente, via substituição de importações, vivido durante os anos 50 a 80, quanto no período de liberalização da economia, implementada especialmente nas últimas duas décadas do século XX. Essa visão foi a responsável pela implementação de uma política voltada para a geração de uma oferta de conhecimentos científicos e tecnológicos, através do fortalecimento de universidades e instituições de pesquisa, assim como a formação de recursos humanos para P&D. Acreditava-se que esse estoque de conhecimento viria a ser aproveitado pelas empresas e transformado em inovações<sup>31</sup>.

No primeiro período, chamado de desenvolvimentista, que foi da década de 50 a 80, a maior parte da oferta de conhecimentos proporcionada pela implementação da política de C&T parece não ter sido aproveitada pelo setor produtivo da economia. Mesmo com a promoção da industrialização extensiva, o dinamismo tecnológico do país continuou a depender da absorção de tecnologias geradas ou aperfeiçoadas no exterior. A política brasileira na área, chamada de política ofertista de C&T, estava desarticulada da política de desenvolvimento industrial predominante nas décadas de 1950, 1960 e 1970<sup>32</sup>.

No segundo período, relativo às últimas duas décadas do século XX, a política implícita de C&T baseava-se na crença de que a abertura do mercado doméstico para produtos, serviços e capitais estrangeiros elevaria as pressões competitivas e compelia as empresas a introduzir inovações tecnológicas. Houve, então, um processo de progressiva liberalização da economia, com privatização, desregulamentação, redução ou remoção de subsídios e de barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio internacional, câmbio livre e livre movimentação de capitais estrangeiros. Tais instrumentos acabaram

---

<sup>30</sup> Idem, p. 51.

<sup>31</sup> VIOTTI, Eduardo Baumgratz. Brasil: de política de C&T para política de inovação? Evolução e desafios das políticas brasileiras de ciência, tecnologia e inovação. In Avaliação de políticas de ciência, tecnologia e inovação: diálogo entre experiências internacionais e brasileiras. p. 137-174. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2008, p. 139-140.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 141-143.

não demonstrando capacidade de efetivamente estimular o desenvolvimento de uma dinâmica significativa de inovação nas empresas. De modo geral, a política de C&T explícita manteve a tradição ofertista de promoção das atividades de P&D<sup>33</sup>.

Como resultado, essa política brasileira de C&T foi um sucesso em relação aos objetivos diretos de oferecer recursos humanos para a pesquisa e conhecimentos científicos, mas um fracasso no tocante ao objetivo indireto de estimular a ocorrência de um processo significativo de inovação nas empresas<sup>34</sup>.

De fato, no modelo linear, as empresas são consideradas agentes externos ao sistema de C&T, sendo-lhes reservado o papel de usuárias ou consumidoras da produção de conhecimentos ofertada pelas instituições de P&D, ainda que tais conhecimentos tenham sido gerados sem qualquer consideração pelas efetivas necessidades dos usuários<sup>35</sup>. Nessa abordagem, o sistema de P&D é visto como a principal fonte de inovação, reforçando o uso que os economistas fazem das estatísticas em P&D para entender o crescimento econômico<sup>36</sup>.

Com o passar do tempo, o modelo linear das políticas de inovação parecia “menos adequado às necessidades de uma nova época”, surgindo, então, contestações ao modelo. A política de investimento pesado na ciência básica desvinculada de aplicação prática acabou sendo desacreditada<sup>37</sup>.

A contestação mais repetida contra o modelo linear, especialmente a partir do final da década de 1980, pugnava pela sua substituição por um sistema que contemplasse as ligações e relações dinâmicas entre a pesquisa básica, a pesquisa aplicada, o desenvolvimento tecnológico, a produção e os mercados.

As pressuposições adotadas no modelo linear padecem de duas grandes inconsistências. A primeira delas reside na equivocada premissa, já rechaçada pela história, de que toda inovação tecnológica tem suas raízes na ciência. A segunda

---

<sup>33</sup> Idem, p. 144-147.

<sup>34</sup> Idem, p. 143.

<sup>35</sup> Idem, p. 141-142.

<sup>36</sup> MAZZUCATO, Mariana. O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 66.

<sup>37</sup> STOKES, Donald, op. cit., p. 97.

inconsistência baseia-se no equívoco de que os fluxos entre a ciência e a tecnologia se dão sempre num mesmo e único sentido, partindo da descoberta científica para a inovação tecnológica<sup>38</sup>.

As falhas nos pressupostos do modelo linear podem ser demonstradas através da análise dos resultados<sup>39</sup> da política de CT&I brasileira que indicam de um lado, aumento expressivo entre 180% e 200% da participação brasileira na produção científica mundial entre 1996 e 2010, e de outro, o baixo e estagnado número de patentes solicitadas por empresas e inventores brasileiros, tanto no escritório brasileiro quanto no escritório norte-americano de patentes, durante o mesmo período.

Mazzucato<sup>40</sup> rechaça o caráter linear entre ciência básica, P&D em larga escala, aplicações e difusão das inovações, afinal “as redes de inovação estão cheias de feedback loops entre mercados e tecnologia, aplicações e ciência”. A autora afirma que a abordagem evolucionária e schumpeteriana<sup>41</sup> levou a uma visão do tipo “sistemas de inovação” da política em que o mais relevante não é a quantidade de P&D efetivamente gasto, mas a sua distribuição por toda a economia.

O novo contexto baseado na necessidade de ambientes de interação permanente entre empresas, universidades e instituições governamentais para a criação e difusão de inovações tornou as ferramentas do modelo linear insuficientes. Nesse passo, a visão do “*Science push*” acabou sendo substituída pela dos Sistemas Nacionais de Inovação.

Edquist et al.<sup>42</sup> enfatizam que inovações são o resultado de um processo iterativo promovido entre os diversos atores participantes do sistema. De acordo com a abordagem

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>39</sup> DE NEGRI, Fernanda. Elementos para a análise da baixa inovatividade brasileira e o papel das políticas públicas. Revista USP. São Paulo, nº 93, p. 81-100, março/maio, 2012.

<sup>40</sup> MAZZUCATO, Mariana, op. cit., p. 67.

<sup>41</sup> Economistas alinhados ao pensamento neo-schumpeteriano criticam a ideia de que certa quantidade de investimento em P&D cria determinada probabilidade de inovação. A inovação, em razão da sua natureza incerta, não comporta modelação mediante a distribuição normal de probabilidades. (MAZZUCATO, Mariana, op. cit., p. 66).

<sup>42</sup> EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob. Public Procurement for Innovation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 5.

dos sistemas de inovação, a interação e a aprendizagem interativa entre as organizações constituem os pilares sobre os quais as inovações são sustentadas.

A importância de redes formais e informais para a promoção de inovações foi demonstrada, pela primeira vez, nos resultados de pesquisas empíricas realizadas pela Universidade de Sussex e Yale. Freeman<sup>43</sup>, que foi o coordenador do estudo em Sussex, definiu o sistema nacional de inovação como um conjunto de instituições, atores e mecanismos em um país que contribuem para a criação, avanço e difusão das inovações tecnológicas. Integram esse conjunto os institutos de pesquisa, o sistema educacional, as firmas e seus laboratórios de pesquisa e desenvolvimento, as agências governamentais, a estrutura do sistema financeiro, as leis de propriedade intelectual e as universidades.

A abordagem de sistemas de inovação, ao considerar como ponto central as diferentes especificidades econômicas, políticas e institucionais dos países, rechaça a ideia de generalização das formas de promoção de tecnologias. Em suma, não há um modelo padrão de sistema nacional de inovação, cabendo a cada país desenhar o seu arranjo, conforme as suas características.

Suzigan e Furtado<sup>44</sup> sustentam que a essência de um sistema nacional de inovação está na articulação focada e na operação sintonizada do conjunto de instituições envolvidas na implementação de uma estratégia de desenvolvimento industrial fundada em inovação. Essa atuação sistêmica garante também melhores possibilidades de articulação com outras políticas públicas. Nesse contexto, a relação do Estado com os demais atores do sistema não possui natureza vertical de subordinação, mas horizontal de coordenação e articulação.

A construção de um sistema nacional de inovação contribui para propiciar a instituição daquilo que Edquist *et al.*<sup>45</sup> chamam de política de inovação holística,

---

<sup>43</sup> FREEMAN, Christopher. A economia da inovação industrial. Tradução de André Luiz Sica de Campos e Janaína Oliveira Pamplona da Costa. Campinas: Ed. Unicamp, 2008, p. 186.

<sup>44</sup> SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. Instituições e políticas industriais e tecnológicas: reflexões a partir da experiência brasileira. *Estud. Econ.*, São Paulo, v. 40, nº 1, mar. 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010141612010000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010141612010000100001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 out 2016.

<sup>45</sup> EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob, op. cit., p. 5.

facilitando a articulação entre os setores privado e público e integrando todas as ações públicas que influenciam ou podem influenciar os processos de inovação.

Nesse modelo menos linear, o papel da educação, formação, objetivo, controle de qualidade e demanda efetiva é igualmente importante. A ênfase do processo de inovação recai sobre as interações entre mercado e tecnologia, uso prático e ciência, políticas públicas e investimentos<sup>46</sup>.

As novas políticas centradas na promoção de sistemas de inovação diferem das políticas baseadas nas antigas visões dicotômicas e lineares, pois superam o dilema de fomentar o lado da oferta ou da demanda de tecnologias, como se fossem alternativas excludentes. Também superam a visão pontual e hierarquizada do processo de geração e difusão de conhecimento como uma sequência definida de ciência, tecnologia e inovação<sup>47</sup>.

Por esse motivo, houve, nos últimos anos, um interesse crescente por políticas de inovação de base ampla, políticas de inovação sistêmicas, com uma visão de inovação induzida não somente pela oferta, mas também pela demanda, e instrumentos de política orientados para a demanda, como as compras públicas para inovação, e as compras públicas pré-comerciais<sup>48</sup>.

Na abordagem sistêmica, inexistente dicotomia entre a instituição de políticas pelo lado da oferta (*Science-push*) e políticas pelo lado da demanda (*demand-pull*), cabendo a convivência das duas vertentes no conjunto das políticas, afinal, como aponta Freeman<sup>49</sup>, a inovação não pode ser vista como um processo linear comandado nem pela demanda nem pela evolução científica, mas como um processo derivado da interação entre potenciais usuários, por um lado, e os desenvolvimentos científicos e tecnológicos, por outro.

---

<sup>46</sup> MAZZUCATO, Mariana, op. cit., p. 67.

<sup>47</sup> CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena M. M. Sistemas de inovação e desenvolvimento: As implicações de políticas. São Paulo em Perspectiva, v. 19, n. 1, p. 34-45, jan./mar. 2005.

<sup>48</sup> EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob, op. cit., p. 5.

<sup>49</sup> FREEMAN, Christopher, op. cit., p. 183.

Atualmente, no Brasil, a visão sistêmica constitui o norte das políticas na área. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação brasileiro é formado por grande número de entidades, sendo estruturado em três níveis. No primeiro nível, situam-se os atores políticos encarregados de definir as diretrizes estratégicas que dão norte às iniciativas do Sistema<sup>50</sup>. No segundo nível, estão as agências de fomento, vinculadas a Ministérios ou a órgãos da administração pública estadual, encarregadas de alocar os recursos públicos por meio dos instrumentos de apoio às atividades na área<sup>51</sup>. No terceiro nível, encontram-se os operadores de CT&I que realizam pesquisas, geram inovações e desenvolvem tecnologias, conforme as diretrizes traçadas no nível político e de acordo

---

<sup>50</sup> O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações é o órgão coordenador do SNCTI. No âmbito do Poder Executivo, os órgãos públicos integrantes desse primeiro nível são as agências reguladoras, outros Ministérios, as Secretarias Estaduais e Municipais de CT&I e o Conselho Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência, Tecnologia e Inovação (Consecti) e o Conselho Nacional de Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa (Confap). No Poder Legislativo, o primeiro nível é integrado pela Câmara dos Deputados, particularmente por meio da Comissão Permanente de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), o Senado Federal por meio da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCTICI), além das Assembléias Legislativas em nível estadual. Também compõe o nível político do SNCTI, entidades da sociedade civil atuantes na área como: a Academia Brasileira de Ciências (ABC), a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), a Confederação Nacional da Indústria (CNI), o Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequena Empresa (Sebrae), a Mobilização Empresarial pela Inovação (MEI), a Associação Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento das Empresas Inovadoras (Anpei), além de Centrais Sindicais representativas dos trabalhadores. (BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019. Disponível em

<<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1712401/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A2ncia%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+2016-2019/0cfb61e1-1b84-4323-b136-8c3a5f2a4bb7>> Acesso em: out. 2016).

<sup>51</sup> Quatro agências de fomento se destacam no Governo Federal, as quais apresentam distinções no que se refere a vinculações ministeriais, a grupos de beneficiários de suas ações e à disponibilidade de instrumentos. O CNPq, agência do MCTI, tem como principais atribuições: fomentar a pesquisa científica e tecnológica; incentivar a formação de pesquisadores brasileiros; fomentar o desenvolvimento tecnológico e a inovação por meio de parcerias com órgãos de governo e do setor produtivo. A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) está vinculada ao Ministério da Educação (MEC) e exerce papel fundamental na expansão e consolidação da pós-graduação stricto sensu, responsável pela maior parte da pesquisa brasileira. A Finep, vinculada ao MCTI, atua como Secretaria-Executiva do FNDCT e também se apresenta como ator central no financiamento ao SNCTI. A Finep promove o fomento público à CT&I em empresas, universidades, institutos tecnológicos e outras instituições públicas ou privadas, em toda a cadeia da inovação, operando recursos reembolsáveis (crédito para empresas) e não reembolsáveis (para instituições científicas e tecnológicas e subvenção para empresas). O BNDES, ligado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), também atua na promoção da inovação empresarial de modo abrangente na economia nacional. Além das entidades federais, as Fundações de Amparo à Pesquisa (FAPs) se destacam como Agências de Fomento do SNCTI. (BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019. Disponível em

<<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1712401/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A2ncia%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+2016-2019/0cfb61e1-1b84-4323-b136-8c3a5f2a4bb7>> Acesso em: out. 2016).

com as alocações de recursos feitas no nível das Agências de Fomento<sup>52</sup>. Nesse terceiro nível, estão as Universidades, as Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação e as Empresas.

Em relação aos instrumentos de política que viabilizam as atividades dos operadores de CT&I no país, a legislação, alinhada à visão sistêmica, prevê um *mix* de ferramentas que visam ao incentivo orientado tanto pelo lado da oferta quanto pela demanda por inovação. Em relação aos primeiros, citam-se a subvenção econômica; o financiamento; a participação societária; o bônus tecnológico; a concessão de bolsas; os incentivos fiscais. Quanto aos últimos, destacam-se as encomendas tecnológicas e o uso do poder de compras do Estado<sup>53</sup>.

A seguir, analisaremos os objetivos traçados na Constituição Federal para a área de CT&I, destacando a presença da visão sistêmica nas normas constitucionais.

## **1.2 – Objetivos constitucionais orientadores da atuação estatal de estímulo à inovação**

As normas da Constituição Federal que entabulam objetivos e prescrevem caminhos para atuação do Estado no campo da CT&I encontram-se topologicamente no Capítulo IV – Da Ciência, Tecnologia e Inovação, do Título VIII – Da Ordem Social<sup>54</sup>,

<sup>52</sup> Nesse terceiro nível, encontram-se as Universidades, os Institutos de Pesquisa do MCTI, os Institutos Federais e Estaduais de CT&I, os Institutos Nacionais de C&T, as Instituições de C&T, as Incubadoras de Empresas, os Parques Tecnológicos, as Empresas Inovadoras (BRASIL. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019. Disponível em

<<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1712401/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A2ncia+%2C%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+2016-2019/0cfb61e1-1b84-4323-b136-8c3a5f2a4bb7>> Acesso em: 9 out. 2016).

<sup>53</sup> Artigo 19, parágrafo 2º-A, incisos I a XII, da Lei nº 10.973, de 2004, com a redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016.

<sup>54</sup> A denominação do capítulo é objeto de críticas na doutrina. Grau contesta a divisão entre Ordem Econômica e Ordem Social empreendida no texto da Constituição Federal, sustentando tratar-se da “reprodução de um equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição”. O autor fundamenta sua ideia com base em Geraldo Vidigal, segundo quem “produção e repartição constituem duas faces de uma cadeia única de fatos, os fatos econômicos”. (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 51-62). Por sua vez, José Afonso da Silva critica a falta de pertinência do tema da Ciência e Tecnologia como elemento pertencente à Ordem Social. Segundo o autor, “é preciso convir que o título da ordem social misturou assuntos que não se afinam com essa natureza. Jogaram-se aqui algumas matérias que não têm um conteúdo típico de ordem social. Ciência e tecnologia e meio ambiente só entram no conceito de ordem social, tomada essa expressão em sentido bastante alargado.” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 841).

particularmente nos artigos 218 a 219-B, recentemente alterados pela Emenda Constitucional nº 85.

A norma disposta no caput do artigo 218 veicula comando dirigente<sup>55</sup> ao dizer que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Seus parágrafos apontam um núcleo mínimo de medidas de cunho genérico a serem tomadas para que estes objetivos sejam alcançados, que vão desde incentivo para a formação de recursos humanos na área, formas de financiamento para o setor, até estímulo à articulação entre entes públicos e privados, nas diversas esferas de governo.

Para Veronese<sup>56</sup>, o “caput” do art. 218 relaciona um conceito contemporâneo de produção científica e tecnológica com um contexto mais amplo: a sua imersão na vida social. Segundo o autor<sup>57</sup>:

O dispositivo indica não somente a pesquisa científica, mas, também, a capacitação tecnológica. Assim, ambos estão relacionados com a possibilidade de que o desenvolvimento, na forma de avanços teóricos e aplicados, seja apropriado em prol da emancipação da sociedade brasileira, conjugada com o sistema social e econômico. Logo, o sistema econômico deve ser apoiado para desenvolver-se e para ampliar o desenvolvimento do país. A pesquisa científica e a capacitação tecnológica são entendidas, portanto, como meios para o desenvolvimento social e econômico, que deve ser empreendido no interesse da sociedade.

Em semelhante direção, Silva<sup>58</sup> sustenta que o desenvolvimento científico passa a ser percebido, na dicção constitucional, não somente como forma de acumular conhecimentos, mas também como instrumento para gerar capital e solucionar problemas sociais.

---

<sup>55</sup> Segundo André Ramos Tavares, a norma disposta no caput do artigo 218 da CF possui “natureza pretensamente dirigente”, pois “apresenta (i) colorido (aparentemente e não exclusivamente) propositivo, apontando para o futuro; e, (ii) caráter abstrato (mas com um núcleo mínimo de significado”. (TAVARES, André Ramos. *Ciência e Tecnologia na Constituição*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Senado Federal, a. 44, n. 175, jul.-set. 2007, p. 8.)

<sup>56</sup> VERONESE, Alexandre. A institucionalização constitucional e legal da Ciência, Tecnologia e Inovação a partir do marco de 1988: os artigos 218 e 219 e a política científica e tecnológica brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, vol. 19, n. 2, p. 525-558, mai-ago 2014.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 536.

<sup>58</sup> SILVA, Alberto Carvalho da. Descentralização em política de ciência e tecnologia. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 39, mai/ago. 2000, p. 61.

De fato, as normas de promoção e incentivo à ciência, tecnologia e inovação são instrumentais porque, além de visar a um salto quantitativo e qualitativo nestas áreas, possuem em seu horizonte objetivos maiores também previstos na CF<sup>59</sup>, como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Outros objetivos de envergadura constitucional podem ser mencionados como diretivos das políticas públicas na área, cabendo destacar os fundamentos e objetivos da ordem econômica brasileira, chamados de princípios no artigo 170 da CF, particularmente, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a busca do pleno emprego<sup>60</sup>.

Os parágrafos do artigo 218 deixam claro que o apoio estatal à pesquisa científica básica e tecnológica possui teleologia orientada à promoção do desenvolvimento nacional. O parágrafo 1º, ao dispor sobre o tratamento prioritário do Estado à pesquisa científica básica e tecnológica, estabelece que este tratamento deve observar o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. O parágrafo 2º indica que a pesquisa tecnológica deve orientar-se preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Também o artigo 219 da CF, ao prever o direcionamento de incentivos ao mercado interno brasileiro, delinea as seguintes finalidades da medida: promoção do desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país.

A política científica e tecnológica está vinculada à política de desenvolvimento, tendo a Constituição de 1988 efetivado a plena incorporação da ciência e da tecnologia ao processo de superação do subdesenvolvimento e de dependência tecnológica. Dessa forma, todas as atividades e atores da política científica e de inovação tecnológica estão subordinados ao objetivo constitucional de superação do subdesenvolvimento<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Artigo 3º, incisos I, II e III, da Constituição Federal.

<sup>60</sup> Artigo 170, incisos I, VI, VII e VIII, da Constituição Federal.

<sup>61</sup> BERCOVICI, Gilberto. Ciência e Inovação sob a Constituição de 1988. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 916, p. 267-295, fev. 2012.

A capacitação científica e tecnológica figura dentre os mais importantes meios para as nações atingirem patamares altos de desenvolvimento<sup>62</sup>. É através dela que se alcançam níveis elevados de produtividade do trabalho humano<sup>63</sup> e competitividade no comércio internacional, atualmente dominado por produtos de média e alta tecnologia<sup>64</sup>.

É importante ressaltar que o desenvolvimento vislumbrado pela política científica e tecnológica brasileira não se limita ao crescimento econômico, pois este compreende apenas “uma parcela da noção de desenvolvimento”. A noção de desenvolvimento que decorre do art. 3º, inciso III, da Carta de 1988 importa “a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa”<sup>65</sup>.

O desenvolvimento é visto como um direito pertencente à terceira geração dos direitos fundamentais<sup>66</sup> a beneficiar todas as pessoas e povos, nos termos em que consagrado pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas<sup>67</sup>:

“Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante

---

<sup>62</sup> Conforme aponta Lundvall, *“the most fundamental resource in the modern economy is knowledge, and, accordingly, that the most important process is learning”*. “O recurso mais fundamental na economia moderna é o conhecimento e, conseqüentemente, o processo mais importante é aprender”. (tradução nossa) (LUNDVALL, Bengt-Åke. *National systems of innovation: towards a theory of innovation and interactive learning*. London: Pinter, 1992, p. 1).

<sup>63</sup> Nos anos 50, os estudos seminais de Solow e Abramovitz concluíram que o crescimento de longo prazo do produto *per capita* dos Estados Unidos da América dependeu mais da produtividade do trabalho do que dos insumos de capital e mão-de-obra. Esses estudos não lograram comprovar que o aumento desta produtividade era resultado de mudança tecnológica, sendo, então, chamada esta lacuna por Abramovitz de “medida da nossa ignorância”. Nos anos e décadas seguintes, vários estudos foram elaborados com vistas a efetivamente medir a contribuição da mudança tecnológica ao crescimento econômico. Nelson e Kim apontam que os estudos que se seguiram acabaram concluindo que o avanço tecnológico foi o maior responsável pelo aumento da produtividade do trabalho. (ABRAMOVITZ, M. *Resource and Output Trends in the United States since 1870*. *American Economic Review, Papers and Proceedings*, May, 1956); (SOLOW, R. A. *Technical change and the aggregate production function*. *The Review of Economics and Statistics*, v. 39, Aug. 1957); (KIM, Linsu; NELSON, Richard (orgs.). *Tecnologia, aprendizado e inovação: as experiências das economias de industrialização recente*. Tradução de Carlos D. Szlak. Campinas: Ed. Unicamp, 2005).

<sup>64</sup> Em 2002, 60% do comércio internacional foi dominado por produtos de média e de alta e tecnologia. (DE NEGRI, J. A.; SALERNO, M. S. (Eds.). *DE NEGRI, F. Padrões tecnológicos e de comércio exterior das firmas brasileiras*. In: DE NEGRI, J. A.; SALERNO, M. S. (Eds.). *Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras*. Brasília: Ipea, 2005).

<sup>65</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 238-239 e 306.

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 10.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 516-525.

<sup>67</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição eqüitativa dos benefícios daí resultantes” (art. 2º, § 3º).

A noção atribuída ao direito ao desenvolvimento pelo documento internacional vai muito além do crescimento econômico, alcançando valores como liberdade e igualdade de acesso aos benefícios deste decorrentes. No plano constitucional, Campos da Silva<sup>68</sup> compreende o direito ao desenvolvimento sob a seguinte perspectiva:

O direito ao desenvolvimento nacional impõe-se como norma jurídica constitucional, de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes da União que, nesta direção, não podem se furta a agirem, dentro de suas respectivas esferas de competência, na direção da implementação de ações e medidas, de ordem política, jurídica ou irradiadora, que almejem a consecução daquele objetivo fundamental.

A noção de desenvolvimento a orientar as políticas de CT&I brasileiras deve ser concebido em sua noção mais contemporânea, como desenvolvimento sustentável<sup>69</sup> que, abrangendo os campos econômico, social e ambiental<sup>70</sup>, “atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades<sup>71</sup>”.

---

<sup>68</sup> SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico Nacional*. São Paulo: Método, 2004, p.67.

<sup>69</sup> Sobre o conceito de desenvolvimento sustentável adotado no Relatório “Nosso Futuro Comum”, da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, Sachs entende tratar-se do “paradigma do caminho do meio” escolhido entre duas posições bastante opostas: a primeira acreditava que a aceleração do crescimento econômico elevaria o nível da renda per capita dos países em desenvolvimento aos níveis encontrados nos países desenvolvidos, havendo futura neutralização das externalidades negativas geradas durante esse processo; a segunda acreditava que o aumento do crescimento econômico, demográfico e do consumo da população causaria exaustão dos recursos e poluição de efeitos caóticos. (SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluindo, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 51).

<sup>70</sup> Em relação ao papel da Ciência, Tecnologia e Inovação para a preservação ambiental, Rosenberg vaticinou, em 1976, ser “possível pôr em prática o funcionamento de nossa tecnologia a fim de reduzir a destruição de alguns dos efeitos secundários nocivos da tecnologia moderna e ainda proporcionar novos usos aos resíduos. Para o autor, “muitas das predições sombrias com base ecológica são demasiadamente pessimistas porque subestimam nossa capacidade de levar a cabo uma ação corretiva usando as ferramentas da ciência e da tecnologia moderna.” (ROSENBERG, Nathan. *Perspectives on Technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976, p. 245, tradução nossa).

<sup>71</sup> COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.

Conforme defende Grau<sup>72</sup>, o desenvolvimento nacional e o pleno emprego que visa assegurar supõem “economia autossustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado índice econômico”.

Em outra frente, o artigo 219 visa a fortalecer a batalha brasileira contra a dependência tecnológica dos países mais desenvolvidos. O dispositivo eleva o mercado interno do país a patrimônio nacional a ser incentivado de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica.

A autonomia tecnológica é apontada como pressuposto da soberania nacional<sup>73</sup>, sendo esta última considerada elemento constituinte do próprio conceito de Estado. A propósito, a Constituição Federal coloca a soberania nacional como fundamento da República e princípio regente das relações internacionais. Demais disso, a soberania econômica nacional constitui princípio regente da ordem econômica.

Para além de sua afirmação formal, a concretização da soberania estatal, no contexto de economia globalizada com internacionalização do capital e proeminência do conhecimento, exige do Estado nacional cada vez mais ações no sentido de romper a dependência tecnológica, especialmente quando se trata de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

Nesse sentido, Bercovici<sup>74</sup> sustenta que “o objetivo de uma política de desenvolvimento científico e tecnológico também é reduzir a necessidade de tecnologia importada e fortalecer as atividades científico-tecnológicas nacionais”. Através de coordenação de esforços de expansão e reorientação das atividades científicas pode-se

---

<sup>72</sup> GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 251.

<sup>73</sup> Soberania significa poder político supremo e independente. Supremo “porque não está limitado a nenhum outro na ordem interna”; independente porque, “na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e estejam em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”. (CAETANO, Marcelo. Manual de ciência política e direito constitucional. 6ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1970, reproduzida no Brasil: Direito Constitucional. Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 169.

<sup>74</sup> BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 268.

“favorecer a transformação do setor produtivo nacional e melhorar a capacidade do país em importar e assimilar adequadamente a tecnologia estrangeira”.

Para Furtado<sup>75</sup>, uma das condições necessárias para a superação do subdesenvolvimento é a criação de um sistema produtivo eficaz dotado de relativa autonomia tecnológica. A estratégia para o atingimento desta meta consiste em procurar, simultaneamente, romper o padrão de modernização e promover uma política de conquista de mercados externos, incentivando a geração de vantagens comparativas dinâmicas em setores que exercem efeitos de encadeamento sobre o crescimento industrial interno, especialmente mediante o investimento na capacidade de inovação.

As estratégias da linha “furtadiana” para o alcance da autodeterminação tecnológica abrangem a internalização dos centros de decisão econômica, a dinamização e a integração do mercado interno. Essa foi a direção dada pelo artigo 219 da Constituição Federal ao integrar o mercado interno ao patrimônio nacional e prever a implementação de incentivos para viabilizar a autonomia tecnológica do País.

Grau<sup>76</sup> sustenta que a integração do mercado interno ao patrimônio nacional não significa que este tenha sido integrado ao domínio público ou que constitua bem de uso comum do povo. Sua integração ao patrimônio representa a expressão da soberania econômica nacional conferindo ao Estado nacional brasileiro o dever de determinar o direcionamento das atividades que o compõem em ordem a incentivar, dentre outros fins, a autonomia tecnológica do país.

Recentemente, o marco constitucional da CT&I no Brasil foi modificado. A articulação da comunidade científica e a sensibilidade da comunidade política acerca da existência de entraves para a superação do problema da falta de inovação no país deram ensejo à apresentação em 2013 do Projeto de Emenda Constitucional nº 290, que se transformou no ano de 2015, na Emenda Constitucional nº 85.

A apresentação da PEC 290 na Câmara dos Deputados foi resultado dos debates gerados na Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei nº

---

<sup>75</sup> FURTADO, Celso. O capitalismo global. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

<sup>76</sup> GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 254.

2177/2011, denominado “Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação”. Após diversos seminários e audiências públicas realizadas entre deputados integrantes da Comissão e a comunidade científica, decidiu-se deixar de lado a ideia de um Código de CT&I, substituindo-a por alterações em normas já vigentes, como a Lei de Inovação de 2004, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas de 2011, além de modificações das diretrizes constitucionais da CT&I<sup>77</sup>.

Com efeito, a referida Emenda modificou o Capítulo IV, do Título VIII, da Constituição Federal referente à Ordem Social, incluindo, ao lado da Ciência e Tecnologia, a Inovação como elemento a ser promovido e incentivado pelo Estado Brasileiro.

Além de modificações nos Artigos 218 e 219, a Emenda introduziu os novos artigos 219-A e 219-B, alterando também outros dispositivos constitucionais não integrantes do Capítulo IV do Título VIII da CF, agora denominado “Da Ciência, Tecnologia e Inovação”. O grande foco da Emenda foi incluir a inovação como objeto de promoção e incentivo pelo Estado brasileiro, em todas as suas esferas.

A tecnologia, a pesquisa e a inovação passaram a fazer parte das competências materiais comuns a cargo da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>78</sup>. As competências legislativas concorrentes também foram alteradas para possibilitar que, além da União; Estados, Distrito Federal e Municípios legissem sobre ciência, tecnologia, desenvolvimento e inovação<sup>79</sup>.

De acordo com as justificativas apresentadas na proposta da PEC, o envolvimento de todos os entes federados revela-se necessário para harmonização das iniciativas na

---

<sup>77</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 2.177, DE 2011, do Sr. Bruno Araújo, que “institui o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação” (PL2177/11). Brasília, 2013. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1240923&filename=PRL+2+PL217711+%3D%3E+PL+2177/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1240923&filename=PRL+2+PL217711+%3D%3E+PL+2177/2011)> Acesso em: 19 nov. 2016.

<sup>78</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (EC no 53/2006 e EC no 85/2015)

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

<sup>79</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (EC no 85/2015)

IX – educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

área e também para “aliar os esforços de financiamento e de coordenação do desenvolvimento tecnológico e das atividades de extensão tecnológica”<sup>80</sup>.

O parágrafo 5º do artigo 167 da Constituição Federal introduzido pela Emenda nº 85 deixou de exigir autorização legislativa para transposição, remanejamento ou transferência de uma categoria de programação orçamentária para outra quando se tratar de atividades de ciência, tecnologia e inovação, bastando a edição de um ato do Poder Executivo do ente<sup>81</sup>. As justificativas do projeto indicaram que a ideia é “dotar de maior eficácia o sistema de ciência, tecnologia e inovação, desburocratizando procedimentos e viabilizando novas formas de trabalho”<sup>82</sup>.

Dentre as outras modificações empreendidas pela Emenda nº 85, destacam-se: 1) a possibilidade de apoio financeiro do poder público para fomento de atividades de pesquisa, extensão e estímulo à inovação em instituições universitárias e não universitárias, como instituições de educação profissional e tecnológica<sup>83</sup>; 2) a obrigação do Estado no estímulo à formação e no fortalecimento da inovação nas empresas, além do apoio à constituição e manutenção de parques e polos tecnológicos e outros ambientes promotores da inovação<sup>84</sup>; 3) a possibilidade dos entes federados celebrarem

---

<sup>80</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2013 (Deputada Sra. Margarida Salomão e outros). Brasília, 2013. Disponível em < [http://www.andifes.org.br/wp-content/files\\_flutter/1383139499PEC290-2013.pdf](http://www.andifes.org.br/wp-content/files_flutter/1383139499PEC290-2013.pdf)> Acesso em: 19 nov. 2016.

<sup>81</sup> Art. 167. São vedados: (EC no 3/93, EC no 19/98, EC no 20/98, EC no 29/2000, EC no 42/2003 e EC no 85/2015)

§ 5º A transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa prevista no inciso VI deste artigo.

<sup>82</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2013 (Deputada Sra. Margarida Salomão e outros). Brasília, 2013. Disponível em < [http://www.andifes.org.br/wp-content/files\\_flutter/1383139499PEC290-2013.pdf](http://www.andifes.org.br/wp-content/files_flutter/1383139499PEC290-2013.pdf)> Acesso em: 19 nov. 2016.

<sup>83</sup> Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: (EC no 85/2015)

§ 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

<sup>84</sup> Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. (EC no 85/2015)

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e entidades privadas para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação<sup>85</sup>; 4) a ampliação das competências do sistema único de saúde para incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação<sup>86</sup>.

De modo geral, Barbosa<sup>87</sup> entende que a Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 85 demonstra-se inócua, pois vários de seus dispositivos poderiam ter sido apresentados em sede infraconstitucional, não havendo alteração substancial a ensejar a constitucionalização das modificações. No tocante à inclusão do termo “inovação” como objeto de intervenção estatal, o autor aponta que a novidade diz respeito somente às não científicas e tecnológicas, pois inovações decorrentes de ciência e tecnologia já se achavam albergadas na redação original. “Se inovação não é ciência nem tecnologia, nem o resultado delas, temos que concluir que agora a inovação não tecnológica ganhou status constitucional”, havendo, assim, “tutela e orçamento para inovações de marketing, de publicidade, de métodos de negócio...”.

Uma alteração sutil promovida pela Emenda 85 que possui relevância diz respeito à modificação da redação original do parágrafo 1<sup>o</sup>, do artigo 218, que deixou de endereçar tratamento prioritário do Estado apenas à pesquisa científica básica para contemplar a pesquisa científica básica e tecnológica<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup>Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei. (EC no 85/2015).

<sup>86</sup> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (EC no 85/2015)

V – incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

<sup>87</sup> BARBOSA, Denis Borges. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias após a Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 85 (2015). Disponível em: <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito\\_ao\\_desenvolvimento\\_2015.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito_ao_desenvolvimento_2015.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>88</sup> De acordo com o Manual de Frascati, pesquisa básica “consiste em trabalhos experimentais ou teóricos realizados principalmente com o objetivo de adquirir novos conhecimentos sobre os fundamentos dos fenômenos e fatos observáveis, sem considerar uma determinada aplicação ou um uso em particular”. Por sua vez, pesquisa aplicada “consiste igualmente em trabalhos originais empreendidos com a finalidade de adquirir conhecimentos novos. No entanto, ela é dirigida principalmente a um objetivo ou um determinado propósito prático”. (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de

A alteração demonstra que a separação estanque criada entre pesquisa “pura” e pesquisa de “uso prático”, tão comum na visão do modelo linear, perdeu espaço em sede constitucional. A modificação empreendida no texto da Constituição Federal reforça o distanciamento, ao menos do ponto de vista institucional, da visão linear das políticas públicas brasileiras de CT&I, orientando-as para a visão baseada na abordagem sistêmica.

Tanto assim que o Artigo 219-B<sup>89</sup>, incluído pela Emenda nº 85, trouxe ao plano constitucional, o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) cuja organização deverá ser feita em regime de colaboração entre entes públicos e privados.

Segundo as justificativas do projeto, a separação entre ciência básica e pesquisa tecnológica perdeu sentido, “pois diversas linhas de pesquisa “pura” têm potencial para desdobrar-se em novas soluções para o setor produtivo”. Nesse novo contexto, ganha relevo o Sistema Nacional de CT&I que visa “integrar instituições de pesquisa tecnológica e empresas inovadoras, alcançando as esferas federal, estadual e municipal<sup>90</sup>”.

As alterações promovidas no texto constitucional pela Emenda nº 85, corroboram a mudança de paradigma das políticas públicas da área. A visão sistêmica das políticas de CT&I vem ocupando o espaço outrora cativo do *Science-push*, ao menos sob o ponto de vista da ordem jurídica vigente.

Vistas as diretrizes dadas pela Constituição Federal para Ciência, Tecnologia e Inovação, parte-se agora para análise dos meios instituídos para “determinação” e “conformação material<sup>91</sup>” desses dispositivos pela legislação infraconstitucional,

---

Frascati: Proposta de práticas exemplares para inquéritos sobre investigação e desenvolvimento experimental. Coimbra: OCDE, 2007, p. 99-100).

<sup>89</sup> Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. (EC no 85/2015)

§ 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.

<sup>90</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2013 (Deputada Sra. Margarida Salomão e outros). Brasília, 2013. Disponível em < [http://www.andifes.org.br/wp-content/files\\_flutter/1383139499PEC290-2013.pdf](http://www.andifes.org.br/wp-content/files_flutter/1383139499PEC290-2013.pdf)> Acesso em: 19 nov. 2016.

<sup>91</sup> Expressões adotadas por José Joaquim Gomes Canotilho. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais pragmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 402-403).

especialmente pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, conhecido como marco regulatório da inovação.

### **1.3 – Atuação do Estado no campo da CT&I: Falhas de Mercado e Falhas de Sistema**

As ações desenvolvidas pelo Estado brasileiro na área de Ciência, Tecnologia e Inovação se dão no campo da atividade econômica em sentido amplo que abrange tanto o campo dos serviços públicos quanto o campo da atividade econômica em sentido estrito, protagonizada pelo setor privado<sup>92</sup>.

Conquanto a atuação estatal de incentivo à inovação seja fortemente focalizada no campo da atividade econômica em sentido estrito mediante o emprego de instrumentos de estímulo à geração e difusão de inovações nas empresas atuantes no mercado<sup>93</sup>, tidas como protagonistas do processo inovativo; não se pode olvidar o relevante papel exercido pelo Estado e suas entidades no campo dos serviços públicos através, por exemplo, das atividades desempenhadas pelas Instituições de Ciência e Tecnologia ou Universidades Públicas<sup>94</sup>.

A abrangência e diversidade das ações incumbidas ao Estado na área de CT&I ficam evidenciadas nos verbos empregados no caput do artigo 218 da Constituição Federal

---

<sup>92</sup> Essa classificação sobre os modos de atuação do Estado segue as lições de Eros Roberto Grau. Segundo o autor, a atividade econômica *lato sensu*, destinada à livre produção e circulação de bens e serviços, se divide entre os campos do serviço público, titularizado pelo Estado, com participação da iniciativa privada sob a forma de delegação (artigo 175 da Constituição Federal); e atividade econômica *stricto sensu*, titularizada pela iniciativa privada, mas sujeita à intervenção do Estado (artigo 174 da Constituição Federal). Nesse último campo, a titularidade do Estado para o exercício exclusivo de determinada atividade pode ocorrer mediante a instituição, no plano constitucional, de monopólio. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 100).

<sup>93</sup> A noção emprestada ao vocábulo “mercado” no presente trabalho segue o pensamento de Natalino Irti segundo quem o mercado é uma instituição jurídica, sendo, portanto, um sito artificial, engendrado pelo direito e modificado pelo cenário histórico. Nessa linha, não há nenhum mercado que não necessita de institutos jurídicos, como a propriedade privada e o contrato. (IRTI, Natalino. *A ordem jurídica do mercado. A ordem jurídica do mercado*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, n. 39, p. 94-100, jan./mar. 2008, p. 94).

<sup>94</sup> Serviços públicos prestados na área da educação são classificados por Grau como serviços públicos não privativos já que podem ser prestados também pela iniciativa privada, sem necessidade de concessão ou permissão. Ainda, segundo o autor, “o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 121-122).

segundo o qual o Estado “promoverá” e “incentivará” o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Veronese<sup>95</sup> entende que a atuação estatal nas duas formas previstas no caput do artigo 218, quais sejam, de promoção e de incentivo à C&T devem ser tratadas de modo distinto. A promoção diz respeito ao envolvimento direto do Estado através da criação e manutenção de entidades estatais, como institutos de pesquisa; auxílio à existência de entidades quase-estatais atuantes na área; e fomento a atividades de pesquisa científica e tecnológica em entes públicos e privados, como universidades, além do financiamento de atividades inovadoras em empresas. Já o incentivo indica a necessidade de criação de mecanismos institucionais, tanto na forma de incentivos fiscais quanto de arranjos institucionais que permitam a consecução do objetivo de desenvolvimento da C&T.

O artigo 219, em seu caput e parágrafo único, também remete ao incentivo como forma de viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País; além do estímulo quando se trata da formação e fortalecimento da inovação nas empresas, nos entes públicos ou privados, e para constituição e manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, para atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Seja através da prestação de serviços públicos na área de educação e pesquisa, seja mediante ações de natureza interventiva no domínio econômico com vistas ao fomento a atividades inovativas do setor produtivo, o Estatuto Constitucional de Ciência, Tecnologia e Inovação<sup>96</sup> atribui ao Estado o implemento de políticas públicas<sup>97</sup> na área a fim de levar a cabo os objetivos e diretrizes na Constituição Federal.

---

<sup>95</sup> VERONESE, Alexandre, op. cit., p. 535.

<sup>96</sup> André Ramos Tavares é quem adota a expressão Estatuto Constitucional da Ciência e Tecnologia em artigo escrito antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 85, de 2015, que incluiu a inovação no texto constitucional como elemento orientador das políticas públicas na área. (TAVARES, André Ramos. Ciência e tecnologia na Constituição. Revista de Informação Legislativa. n. 175. Brasília: Senado Federal, jul.-set. 2007, p. 8.)

<sup>97</sup> Políticas públicas são definidas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241).

Conforme visto no primeiro tópico do presente capítulo, o modo de atuação do Estado na área de CT&I tem se apresentado dinâmico ao longo do tempo. De certa forma, essas mudanças refletem modificações das perspectivas econômicas prevalecentes em relação ao papel das instituições públicas no trato da matéria.

Nesse ponto, duas escolas econômicas se sobressaem defendendo visões antagônicas sobre a atuação estatal na área, sendo elas a escola neoclássica e a neoschumpeteriana.

A escola econômica neoclássica defende atuação pontual do Estado no campo econômico apenas para sanar falhas ou imperfeições do mercado. Segundo essa visão, o mercado consegue alocar os recursos de forma eficiente através do equilíbrio entre oferta e procura, cabendo ao Estado intervir somente nos casos de falha desse sistema.

De acordo com essa visão, em determinadas situações, quando o equilíbrio entre as forças de oferta e procura tiver sido momentaneamente abalado, a ação do Estado se faria conveniente, pois a economia se encontraria numa trajetória de equilíbrio sub-ótimo<sup>98</sup>.

Uma das principais falhas de mercado apontadas no processo de geração e difusão de inovações diz respeito à falta de motivação dos agentes econômicos privados em investir na produção de conhecimento gerador de inovações, já que este, por ser considerado um bem público, pode ser consumido por várias pessoas (inclusive seus concorrentes), simultaneamente, sem qualquer atenuação de suas características de não-excludência e não-rivalidade<sup>99</sup>. Em suma, o conhecimento gerado pelo investimento privado seria introduzido no mercado e imediatamente disperso na medida em que não conta com mecanismos de apropriação pelo particular.

---

<sup>98</sup> SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. Política industrial e desenvolvimento. Revista de Economia Política. São Paulo, v. 26, n. 2, p. 163-185, abr./jun. 2006.

<sup>99</sup> A característica da não-rivalidade significa que o consumo de um bem público por uma pessoa não deixa menos para qualquer outro consumidor. Em relação à não-excludência, significa que os custos da exclusão de beneficiários não pagantes que consomem o bem são tão altos que nenhuma empresa privada maximizadora de lucro está disposta a fornecer o bem. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e Economia. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 63).

Nesse contexto, a produção de conhecimento pelo Estado através da promoção e incentivo à pesquisa básica e aplicada ou a proteção do conhecimento gerado pelo setor privado através da instituição de direitos de propriedade industrial seriam justificadas em razão da inexistência de solução de mercado eficiente para assegurar a produção privada de conhecimento na quantidade socialmente requerida.

Outra falha de mercado frequentemente apontada na área de CT&I consiste na aversão ao risco dos agentes econômicos privados para apoio ao financiamento a empresas inovadoras, especialmente durante a fase inicial do empreendimento chamada de Vale da Morte, o que provoca o problema dos mercados incompletos, isto é, quando um bem ou serviço não é ofertado, mesmo quando seu custo de produção esteja abaixo do preço que os potenciais compradores estariam dispostos a pagar<sup>100</sup>.

Exsurge, assim, justificativa para atuação estatal no suporte ao financiamento de empresas inovadoras através, por exemplo, de subvenções econômicas ou empréstimos com juros subsidiados.

Noutra vertente, autores ligados à corrente neo-schumpeteriana<sup>101</sup>, adeptos da abordagem sistêmica de CT&I, defendem atuação estatal especialmente para correção de “falhas de sistema”. De acordo com essa abordagem, se o processo de geração, avanço e difusão de inovações acontece por meio da interação contínua entre empresas, laboratórios, universidades, entidades públicas, dentre outras instituições; cabe ao Estado mobilizar recursos e instituir instrumentos a permitir a difusão do conhecimento e da inovação entre os atores do sistema e por todos os setores da economia, e “faz isso

---

<sup>100</sup> MAZZUCATO, Mariana, op. cit., p. 49.

<sup>101</sup> Autores pertencentes à corrente neo-schumpeteriana rechaçam a visão que prega atuação estatal somente nos casos de falhas de mercado. Segundo essa corrente, a ideia de concorrência perfeita, equilíbrio geral e “falhas de mercado” constituem abstrações adotadas como modelos teóricos que não encontram correspondência na economia real. Em relação à concorrência, diferentemente do que defende a escola econômica neoclássica focada na variável do preço, os neo-schumpeterianos entendem que a concorrência está ligada à coevolução de processos inovativos que criam diferenças constantes entre as empresas, estabelecendo uma seleção competitiva em que apenas algumas sobrevivem e crescem. (NELSON, Richard; WINTER, Sidney. *An evolutionary theory of economic change*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982).

mobilizando as redes de inovação existentes ou facilitando o desenvolvimento de novas, que reúnam um grupo diverso de partes interessadas.”<sup>102</sup>

Segundo Dal Poz e Barbosa<sup>103</sup>, essas imperfeições também chamadas de falhas de rede “resultam do desempenho coletivo dos componentes de rede (que garantem a transferência de conhecimentos e de tecnologias e promovem a colaboração interdisciplinar entre setores de negócios e centros de pesquisa acadêmica)”. Para evitar essas falhas, instrumentos de política devem ser criados para “sustentar os relacionamentos entre esses atores”, afinal, conforme aponta Arrow<sup>104</sup>, os fluxos de informação necessários ao processo inovativo possuem funcionamento subótimo se contarem apenas com mecanismos de mercado.

Sob a influência dessas perspectivas, instrumentos foram criados no Brasil com vistas a colmatar lacunas deixadas pelo setor privado na área de CT&I, e estruturar um *networking* entre os atores integrantes do(s) sistema(s) de inovação.

A própria Lei nº 10.973, considerada o marco regulatório da inovação no país, tem como principal objetivo estimular a contribuição de universidades e institutos de pesquisa públicos para o processo de inovação, estabelecendo diferentes formatos para transferência desse conhecimento<sup>105</sup>. O objetivo maior da norma foi o de operar a transformação do conhecimento produzido no ambiente acadêmico em valor para o setor produtivo. Para tanto, foram instituídos instrumentos a possibilitar o uso do potencial de criação de instituições públicas, especialmente universidades e centros de pesquisa, pelo setor econômico, além de facilitar a mobilidade dos servidores públicos, professores e pesquisadores, da Administração para a iniciativa privada e outros órgãos de pesquisa<sup>106</sup>.

Nesse sentido, vale citar, a título exemplificativo, os mecanismos previstos na norma que permite às fundações de apoio ou Núcleos de Inovação Tecnológica de ICT dar

---

<sup>102</sup> MAZZUCATO, Mariana, *op. cit.*, p. 71.

<sup>103</sup> DAL POZ, Maria Ester; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e riscos no patenteamento de Biotecnologias: a situação brasileira corrente. In: BARBOSA, Denis Borges *et al.* Propriedade Intelectual e biotecnologia. Curitiba: Juruá, 2007, p. 13.

<sup>104</sup> ARROW, K. Economic Welfare and the Allocation of resources for Invention. In: GROVES, Harold M., Chairman, Universities-National Bureau Committee for Economic research. The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors. National Bureau of Economic Research, p. 609-626, 1962.

<sup>105</sup> VIOTTI, Eduardo Baumgratz, *op. cit.*, p. 154.

<sup>106</sup> BARBOSA, Denis Borges. Direito da Inovação. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31-32.

apoio a parques e polos tecnológicos, assim como repassar recursos diretamente a essas entidades; a permissão para compartilhamento das instalações das ICTs públicas com qualquer tipo de empresa sem necessidade de contrapartida financeira; a autorização, nos três níveis da federação, ao apoio à inovação, através da concessão de bolsas de inovação, cessão de imóveis, participação da criação e da gestão de parques tecnológicos e de incubadoras, mediante atração de centros de pesquisas estrangeiras e de micro e pequenas empresas, além da participação minoritária do capital social de empresas de inovação. Em relação aos incentivos aos servidores públicos envolvidos em CT&I, foi garantida, dentre outras benesses, o afastamento para o exercício dessas atividades, com percepção das mesmas vantagens e benefícios que teria se estivesse em efetivo exercício em sua entidade de origem<sup>107</sup>.

#### **1.4 – Compras do Estado no contexto das políticas públicas de inovação**

Dentre os instrumentos de políticas públicas adotados na área de CT&I para o fortalecimento dos sistemas de inovação, o uso do poder de compras do Estado vem ganhando destaque no meio acadêmico e entre os formuladores de políticas públicas. Pesquisas<sup>108</sup> indicam que a utilização do poder das compras governamentais é o instrumento mais eficiente para estimular o processo de inovação do que qualquer um dos instrumentos frequentemente utilizados, inclusive os subsídios em P&D.

No Brasil, a Lei nº 10.973, de 2004, com a redação alterada pela Lei nº 13.243, de 2016, passou a indicar expressamente como princípio a balizar as medidas legais de incentivo à inovação a utilização do poder de compra do Estado<sup>109</sup>. A norma incluiu,

---

<sup>107</sup> NAZARENO, Cláudio. As mudanças promovidas pela Lei Nº 13.243, DE 11 DE JANEIRO DE 2016 (Novo Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação) e seus impactos no setor. Estudo Técnico Junho/2016. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. Disponível em <[http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema11/2016\\_7581\\_mudancas-promovidas-pela-lei-13-243-marco-legal-cti-claudio-nazareno](http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema11/2016_7581_mudancas-promovidas-pela-lei-13-243-marco-legal-cti-claudio-nazareno)>. Acesso em: 12 dez. 2016.

<sup>108</sup> GEROSKI, P. A. Procurement policy as a tool of industrial policy. *International review of applied economics*, v. 4, n. 2, p. 182-198, 1990. ROTHWELL, R.; ZEGVELD, W. *Industrial innovation and public policy: preparing for the 1980s and the 1990s*. (Contributions in Economics and Economic History, Book 42). Westport: Greenwood Press, 1981.

<sup>109</sup> Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

conforme já visto, o uso das compras públicas no rol dos instrumentos de estímulo à inovação nas empresas.

Interessante notar que a lei tratou como instrumentos distintos as encomendas tecnológicas e o uso de poder de compras, vislumbrando, acertadamente, campos de atuação distintos a cada um destes, a seguir explicitados.

As encomendas tecnológicas promovidas por órgãos e entidades públicas possuem maior notoriedade como instrumento de demanda por inovação no cenário mundial<sup>110</sup>. Por meio destas contratações públicas multiestágio de P&D, inovações como a tecnologia de GPS (Global Positioning System), motores a jato, semicondutores e a Internet foram viabilizadas<sup>111</sup>.

No Brasil, a encomenda tecnológica encontra-se prevista no inciso XXXI, do artigo 24, da Lei nº 8.666, de 1993, como hipótese de licitação dispensável. Embora contenha dispositivos reguladores na Lei Geral de Licitações, essa espécie de contratação possui regulamentação específica no artigo 20 da Lei de Inovação, e em regulamentos editados pelo Poder Executivo<sup>112</sup>.

---

Parágrafo único. As medidas às quais se refere o caput deverão observar os seguintes princípios: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

XIII - utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

<sup>110</sup> Provavelmente, o programa de contratação pública de P&D mais conhecido e replicado no mundo seja o *Small Business Innovation Research* dos Estados Unidos da América. O programa foi criado em 1982 através da *Small Business Development Act*, atuando como um centro de conhecimento que reúne e articula a demanda governamental ou social por novas soluções (tecnológicas) e adquire os trabalhos de P&D das pequenas empresas. O programa, que contém projetos em diferentes áreas como energia, biomedicina, segurança, dentre outros, é financiado por departamentos federais – todos os departamentos com orçamentos de P & D acima de \$ 100 milhões são obrigados a gastar 2,5% de seus orçamentos anuais de P & D através do SBIR. Os protótipos financiados e desenvolvidos no âmbito do programa não garantem automaticamente que o governo compre um volume desses produtos para seu próprio uso (embora essa seja a força motriz do programa). O programa também funciona como um esquema de certificação de qualidade, dando às pequenas empresas vencedoras da concorrência oportunidades muito maiores para obter acesso a capital de risco ou a contratos do setor público, bem como do setor privado. (BOUND, Kirsten; PUTTICK, Ruth. Buying power? Is the Small Business Research Initiative for procuring R&D driving innovation in the UK? Nesta Research Report, jun/2010. Disponível em <[https://www.nesta.org.uk/sites/default/files/buying\\_power\\_report.pdf](https://www.nesta.org.uk/sites/default/files/buying_power_report.pdf)> Acesso em: 10 mai. 2017).

<sup>111</sup> CABRAL, Luís M. B.; COZZI, Guido; DENICOLA, Vincenzo; SPAGNOLO, Giancarlo; ZANZA, Matteo. Procuring innovations. In DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo. (eds). *Handbook of Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 484.

<sup>112</sup> Artigo 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, com a redação dada pelo Decreto nº 7.539, de 2011; e Decreto nº 8.269, de 2014.

A encomenda tem por objetivo a realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador<sup>113</sup>. Trata-se da contratação “de novos produtos, serviços e/ou sistemas resultantes de desenvolvimento científico e/ou tecnológico para uso ou apropriação do Estado, com o objetivo de atender a demandas sociais específicas”<sup>114</sup>.

Já o uso do poder das compras públicas consiste no aproveitamento estratégico do alto volume de gastos públicos na aquisição de bens, serviços e obras para estimular a inovação nas empresas. A ideia aqui é utilizar a oportunidade criada pela contratação pública e os recursos dispendidos para tanto para perseguir outro objetivo estratégico<sup>115</sup>.

Vale notar que a própria Lei de Inovação, ao explicitar o *modus operandi* para gestão dos instrumentos de incentivo, indica que o uso do poder das compras do Estado pode ser estendido a ações visando à indução de inovação por meio das compras públicas<sup>116</sup> no que sugere a utilização de mecanismos próprios da contratação pública para indução de práticas inovativas pelos parceiros privados contratados.

---

<sup>113</sup> Dentre as diferenças existentes entre a encomenda tecnológica e os contratos usuais da administração pública, vale destacar que os prazos de vigência daquela são bem mais alargados, podendo se estender a até 120 (cento e vinte) meses, conforme autoriza o inciso V, do artigo 57, da Lei nº 8.666/93; ao passo que os contratos ordinários são limitados a 60 (sessenta) meses, podendo excepcionalmente chegar a 72 (setenta e dois) meses, nos termos do inciso II, e parágrafo 4º, do artigo 57, da Lei Geral de Licitações.

<sup>114</sup> RAUEN, André Tortato. Encomendas tecnológicas nos Estados Unidos: possibilidades do regulamento federal de aquisições. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura, Brasília, n. 36, p. 49-56, dez. 2014, p. 1.

<sup>115</sup> Sobre o impacto das compras públicas no processo de inovação, apontam Uyarra e Flanagan: “procurement will influence innovation whether or not this is an explicit goal”. (UYARRA, Elvira; FLANAGAN, Kieron. Understanding the innovation impacts of public procurement. European planning studies, v. 18, n. 1, p. 123-143, 2010, p. 10). No mesmo sentido, “The direct demand exerted by the public sector has impacts on innovative behaviour, both intended and unintended”. (EDLER, Jakob; RUHLAND, Sascha; HAFNER, Sabine; RIGBY, John; GEORGHIOU, Luke; HOMMEN, Leif; ROLFSTAM, Max; EDQUIST, Charles; TSIPOURI, Lena; PAPADAKOU, Mona. Innovation and public procurement. Review of issues at stake. Study for the European Commission (No ENTR/03/24). Final Report. Fraunhofer Institute Systems and Innovation Research. December/2005. Disponível em <[http://cordis.europa.eu/innovation-policy/studies/pdf/full\\_study.pdf](http://cordis.europa.eu/innovation-policy/studies/pdf/full_study.pdf)>. Acesso em: 10 mai. 2017).

<sup>116</sup> Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as ICTs e suas agências de fomento promoverão e incentivarão a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas brasileiras e em entidades brasileiras de direito privado sem fins lucrativos, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura a serem ajustados em instrumentos específicos e destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional.

Tanto as encomendas tecnológicas quanto o uso do poder de compras do Estado são classificados como políticas de inovação orientadas pela demanda na medida em que são utilizadas como meio para induzir a geração e difusão de inovação no setor produtivo por meio da aquisição pública.

O uso do poder de compras governamentais em sentido amplo contribui para reduzir as incertezas que pairam sobre o investimento inicial em inovação, pois supre, no começo, a falta de demanda privada por produtos e serviços inovadores, contribuindo, assim, para a alavancagem e difusão da nova tecnologia.

Essa incerteza ocorreu, p.e., quando a tecnologia digital estava emergindo no setor de telecomunicações, tendo sido imprescindível a demanda explícita das agências nacionais de telecomunicações para a Nokia na Finlândia e a Ericsson na Suécia iniciarem o desenvolvimento dos sistemas digitais<sup>117</sup>.

Da mesma forma, o mercado de energia solar dos Estados Unidos se estruturou, em sua origem, pelas oportunidades proporcionadas pelo Departamento de Defesa e pela *National Aeronautics and Space Administration* (NASA) que adquiriram grandes quantidades de células solares produzidas por empresas americanas para satélites espaciais<sup>118</sup>.

Edler e Georghiou<sup>119</sup> apontam que problemas de interação vivenciados pelos atores dos sistemas de inovação podem ser remediados através do uso do poder das compras públicas, uma vez que o instrumento contém mecanismos a possibilitar um canal de diálogo entre produtores e usuários finais no que facilita a visualização das necessidades efetivas de consumo destes e, de modo combinado, o estágio atual da tecnologia desenvolvida por aqueles.

---

§ 6º As iniciativas de que trata este artigo poderão ser estendidas a ações visando a: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

IX - indução de inovação por meio de compras públicas; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

<sup>117</sup> PALMBERG, Christoffer. Technical systems and competent procurers - the transformation of Nokia and the Finnish telecom industry revisited? *Telecommunications Policy*, v. 26, p. 129-148, 2002.

<sup>118</sup> Mazzucato, Mariana, op. cit., p. 206.

<sup>119</sup> EDLER, Jakob; GEORGHIOU, Luke. Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side, 2007. *Research Policy* 36, p. 949-963. Disponível em: <<http://goo.gl/8Msnal>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

Em relação à difusão, as compras públicas também podem exercer um importante papel, pois a demanda pública por inovações envia fortes sinais aos fabricantes e usuários finais. As aquisições governamentais podem criar, alavancar, consolidar ou destruir mercados<sup>120</sup>, tudo a depender das diretrizes estratégicas das políticas públicas subjacentes a estas contratações.

Por outro lado, o uso do poder das compras públicas como instrumento de desenvolvimento produtivo e tecnológico é oportuna não apenas para fomentar a inovação empresarial, mas também como um mecanismo de aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados à sociedade<sup>121</sup>.

O uso do poder de compras do Estado é considerado um importante instrumento de incentivo à inovação no contexto das políticas públicas sistêmicas de CT&I, no entanto, assim como vários outros instrumentos na área, os resultados esperados com o instrumento dependem fundamentalmente da sua sintonia com os dispositivos das normas gerais que disciplinam as contratações públicas brasileiras<sup>122</sup>.

Nesse ponto, há uma inegável falta de articulação entre a política pública de inovação no país e a de compras que se manifesta nos percalços e dificuldades ocasionados pela aplicação das normas gerais de aquisições governamentais, especialmente a Lei nº 8.666, de 1993, para o estímulo à inovação através dos contratos administrativos.

---

<sup>120</sup> ROLFSTAM, Max. Understanding public procurement of innovation: definitions, innovation types and interaction modes. Rochester, NY: Social Science Research Network, Feb./2012. Disponível em: <<http://goo.gl/N185B9>>. Acesso em: 22 set. 2016.

<sup>121</sup> SQUEFF, Flavia H. S. O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro. (Texto para Discussão, n. 1.922). Brasília: IPEA, 2014, p. 27.

<sup>122</sup> A propósito, segundo Sundfeld e Campos, “A partir dessa sistematização dos objetivos traçados pela Lei nº 10.973/2004, é possível chegar a duas conclusões: de um lado, é facilmente perceptível a imbricação das normas nela contidas com o arcabouço legislativo já existente e ao qual se submete o Poder Público, em diversas matérias: contratações governamentais, regime de pessoal, tributos, orçamento público, questões societárias, fomento, etc.; de outro, observa-se que há uma baixa sintonia entre os dispositivos da Lei e as normas gerais que regulam os diferentes ramos do Direito por ela tangenciados”. (SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38554>>. Acesso em: 12 mai. 2017).

De acordo com a Pesquisa de Inovação (Pintec) de 2014<sup>123</sup>, que apresentou dados referentes às medidas de apoio do governo direcionadas a empresas inovadoras, o número de empresas inovadoras apoiadas cresceu de 34,2%, no período entre 2009 a 2011, para 40%, no período de 2012 a 2014. As compras públicas beneficiaram 1,4% das empresas inovadoras apoiadas, ficando bem atrás de outras medidas de estímulo como o financiamento para compra de máquinas e equipamentos que atingiu 29,9%; e dos incentivos fiscais à P&D e inovação tecnológica, previstos na Lei n. 11.196/2005, que atingiram 3,5% dessas empresas.

Os dados da Pintec de 2014 somados a outros que serão apresentados no decorrer do presente estudo, demonstram a existência de grande potencial ainda inexplorado das compras públicas como instrumento de incentivo à inovação no país especialmente se se levar em consideração o altíssimo volume de recursos públicos dispendidos no vasto mercado de aquisição de bens, serviços e obras pela administração pública<sup>124</sup>.

Para que o instrumento possa contribuir de modo mais consistente para o incentivo à inovação no país, é indispensável garantir sintonia entre a política de compras governamentais e a de inovação. Nos próximos capítulos do trabalho, analisaremos como as dificuldades para se incentivar inovação através das compras públicas têm se apresentado e quais são os desafios para superá-las.

Nesse sentido, estudaremos no capítulo seguinte, as normas gerais de compras públicas brasileiras e o modo como vem sendo utilizado, nesse âmbito, o uso do poder das compras públicas para o incentivo à inovação no país.

## 1.5 – Conclusões Parciais

---

<sup>123</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Pesquisa de inovação: 2014/IBGE, Coordenação de Indústria. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Importa ressaltar que no questionário direcionado às empresas, a pesquisa definiu compra pública como “contrato de aquisição, junto a empresas, de bens ou serviços inovadores, por parte do setor público, incluindo órgãos da administração direta, fundações, autarquias, Sistema “S” e empresas estatais; e excluindo ONG’s”.

<sup>124</sup> No ano de 2012, a administração pública, somente na esfera federal, gastou cerca de 73 bilhões de reais na aquisição de bens, serviços e obras, conforme dados disponíveis no Portal de Compras do Governo Federal – Comprasnet. Disponível em <[http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01\\_A\\_06\\_%20INFORMATIVO\\_COMPRASNET\\_Dados\\_Gerais\\_2013.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_06_%20INFORMATIVO_COMPRASNET_Dados_Gerais_2013.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2016.

Desde o período do pós-guerra, o paradigma predominante das políticas públicas de Ciência e Tecnologia baseava-se na concepção linear de progresso tecnológico. De acordo com essa abordagem, o desenvolvimento tecnológico é resultado de um processo composto por fases sequenciais bem definidas iniciando com a pesquisa básica, indo à pesquisa aplicada, passando pelo desenvolvimento até a produção de novos produtos ou a operação de novos processos pelas empresas. Nesse contexto, o papel reservado aos Estados consistia no financiamento maciço à pesquisa básica já que seria esta a grande precursora do progresso tecnológico dos países.

No Brasil, a visão baseada no modelo linear esteve bastante presente nas políticas de C&T tanto no período de proteção à indústria nascente, via substituição de importações, vivido durante os anos 50 a 80, quanto no período de liberalização da economia, implementada especialmente nas últimas duas décadas do século XX. Nesse período, foi viabilizada uma política voltada para a geração de uma oferta de conhecimentos científicos e tecnológicos, através do fortalecimento de universidades e instituições de pesquisa, assim como a formação de recursos humanos para P&D. A política brasileira de C&T, dessa época, é considerada bem sucedida em relação aos objetivos de oferecer recursos humanos para a pesquisa e conhecimentos científicos, mas fracassada no tocante ao objetivo indireto de estimular um processo consistente de inovação nas empresas.

As inconsistências presentes nas pressuposições adotadas no modelo linear de que toda inovação tecnológica tem origem na ciência, e de que os fluxos entre a ciência e tecnologia se dão sempre num sentido único tornaram o paradigma incompatível com a realidade empírica do processo inovativo, tendo essa abordagem sido substituída pela visão dos sistemas de inovação, especialmente a partir do final da década de 1980.

De acordo com a visão sistêmica, a inovação é resultado da interação e aprendizagem entre empresas, universidades, institutos de pesquisa, agências governamentais, dentre outros atores. O enfoque do processo inovativo recai sobre as interações entre mercado e tecnologia, uso prático e ciência. Nesse contexto, cabe ao Estado coordenar a articulação entre os atores de sistemas regionais e/ou nacional de

inovação com vistas a promover essa interação, lançando mão de instrumentos orientados a essa finalidade.

A mudança de paradigma estabelecida na área reverberou no texto da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 85, de 2015, a qual, no capítulo específico reservado à CT&I, incluiu, ao lado da Ciência e Tecnologia, a Inovação como elemento a ser promovido e incentivado pelo Estado Brasileiro. A Emenda modificou o tratamento prioritário do Estado apenas à pesquisa científica básica para contemplar a pesquisa científica básica e tecnológica, além de instituir formalmente o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) cuja organização deverá ser feita em regime de colaboração entre entes públicos e privados.

O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação brasileiro é formado por grande número de entidades, sendo estruturado em três níveis. No primeiro nível, situam-se os atores políticos encarregados de definir as diretrizes estratégicas que dão norte às iniciativas do Sistema. No segundo nível, estão as agências de fomento, vinculadas a Ministérios ou a órgãos da administração pública estadual, encarregadas de alocar os recursos públicos por meio dos instrumentos de apoio às atividades na área. No terceiro nível, encontram-se os operadores de CT&I que realizam pesquisas, geram inovações e desenvolvem tecnologias, conforme as diretrizes traçadas no nível político e de acordo com as alocações de recursos feitas no nível das Agências de Fomento. Nesse terceiro nível, estão as Universidades, as Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação e as Empresas.

A Lei nº 10.973, de 2004, considerada o marco regulatório da política de incentivo à inovação do país, com as recentes alterações feitas pela Lei nº 13.243, de 2016, possui claro enfoque para a promoção de interação entre os atores integrantes do sistema de CT&I, tendo como principal objetivo estimular a contribuição de universidades e institutos de pesquisa públicos para o processo de inovação nas empresas. A norma instituiu instrumentos com o objetivo de utilizar o potencial de criação de instituições públicas, particularmente universidades e centros de pesquisa, pelo setor econômico, além de facilitar a mobilidade dos servidores públicos, professores e pesquisadores, da Administração para a iniciativa privada e outros órgãos de pesquisa.

É importante ressaltar que as políticas públicas fundadas na abordagem de sistemas de inovação não estabelecem dicotomia entre instrumentos de fomento orientados para o lado da oferta ou da demanda de tecnologias na medida em que a inovação não é mais vista como fruto de um processo linear, mas como resultado de um processo interativo cujos atores participantes devem ser mobilizados em todas as frentes.

Nesse aspecto, a Lei de Inovação prevê uma variedade de instrumentos orientados tanto para a oferta quanto para a demanda. Em relação aos primeiros, citam-se a subvenção econômica; o financiamento; a participação societária; o bônus tecnológico; a concessão de bolsas; os incentivos fiscais. Quanto aos últimos, destacam-se as encomendas tecnológicas e o uso do poder de compras do Estado.

O uso do poder das compras do Estado, objeto do presente trabalho, consiste no aproveitamento estratégico do alto volume de gastos públicos na aquisição de bens, serviços e obras para estimular a inovação nas empresas. O instrumento foi considerado como o mais eficiente para estimular o processo de inovação, ficando à frente de instrumentos mais frequentemente utilizados, inclusive os subsídios em P&D.

Ao lado das encomendas tecnológicas, as compras públicas em geral podem ser utilizadas como resposta a falhas de mercado e falhas de sistema ocorridas durante o processo inovativo. O instrumento pode contribuir para reduzir as incertezas sobre o investimento inicial em inovação, suprimindo a falta de demanda privada por produtos e serviços inovadores. Demais disso, problemas de interação vivenciados pelos atores dos sistemas de inovação podem ser mitigados através do seu uso posto que o instrumento facilita a abertura de canais de diálogo entre fabricantes e usuários finais. Além disso, o mercado das compras públicas, por possuir grande dimensão, tem também grande potencial para a mobilização e interação dos agentes econômicos privados.

Assim como vários outros instrumentos na área de CT&I, o uso das aquisições governamentais carece de sintonia com as normas gerais que as disciplinam. Há um claro *trade-off* entre a política pública de inovação no país e a de compras que se manifesta nas barreiras presentes nas normas gerais de contratação pública, especialmente na Lei nº 8.666, de 1993, para o estímulo à inovação.

## **CAPÍTULO 2 – UTILIZAÇÃO DAS COMPRAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE INCENTIVO À INOVAÇÃO NO BRASIL**

Para cumprir as relevantes ações que lhe foram atribuídas e atender às demandas da coletividade, cabe ao Estado proceder à aquisição de bens, serviços e obras junto ao setor privado. O alto volume de gastos nessas aquisições tem sido cada vez mais visto no Brasil e em vários outros países como um poderoso elemento de incentivo de práticas dos agentes econômicos.

Dessa forma, novas finalidades estão surgindo no bojo dos processos de contratação pública que vão além da aquisição em si feita com base nos princípios da isonomia e da vantajosidade. Finalidades mediatas de cunho econômico, social e ambiental estão sendo concebidas para aproveitar o poderio de consumo do Estado na indução ou inibição de comportamentos. Trata-se da função regulatória da contratação pública.

No tocante ao incentivo à inovação, o uso do poder das aquisições governamentais no Brasil tem sido feito basicamente através da criação de mecanismos legais facilitando o acesso de segmentos da indústria nacional ao mercado das compras públicas com vistas a garantir uma demanda mínima necessária para alavancar os seus investimentos. Noutra vertente, pouca ênfase é conferida à criação de mecanismos ordinários ao processo de contratação pública hábeis a estimular inovação dos parceiros privados.

O presente capítulo visa a analisar de modo crítico como vem sendo perseguida a função regulatória de incentivo à inovação no Brasil. O capítulo se inicia com a pesquisa sobre as normas gerais brasileiras reguladoras do processo de contratação pública de bens, serviços e obras, partindo, em seguida, ao estudo sobre a sua função regulatória. Na sequência, parte-se para a análise da opção preferencial brasileira para consecução do

objetivo regulatório de incentivo à inovação na contratação pública, encerrando-se o capítulo com a apresentação de um olhar diferente para a promoção dessa finalidade.

## **2.1 – Normas gerais de contratação pública de bens, serviços e obras**

O processo de contratação pública brasileiro tem como fim a satisfação das necessidades da administração pública através da aquisição, pela melhor relação custo-benefício, de soluções, na forma de bens, serviços e obras, a serem fornecidas e/ou executadas por agentes econômicos privados selecionados, em regra, isonomicamente. Esse processo se inicia com o planejamento da contratação pelo órgão público competente, partindo, em seguida, para a seleção do parceiro privado, culminando, na sequência, na celebração e na execução do contrato<sup>125</sup>.

No Brasil, por força do disposto no inciso XXI, do artigo 37<sup>126</sup>, da Constituição Federal, as obras, serviços, compras e alienações contratadas pela administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes integrantes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devem, em regra, ser precedidas de procedimento licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. O artigo ressalva dessa obrigatoriedade as hipóteses especificadas na legislação, como ocorre com os casos de dispensa e inexigibilidade previstos na Lei nº 8.666, de 1993.

O dever de licitar encontra seu real substrato de validade no princípio da igualdade de todos perante a Lei cuja previsão está estampada no *caput* do artigo 5º<sup>127</sup> da Constituição Federal. Também o princípio constitucional da impessoalidade, previsto no

---

<sup>125</sup> MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública – Fases, Etapas e Atos. Curitiba: Zênite, 2012, p. 27. No mesmo sentido, Antonio Carlos Cintra do Amaral entende que o processo de contratação pública compreende as fases do planejamento, licitação, celebração do vínculo contratual e execução do contrato. (AMARAL, Antonio Carlos Cintra. Licitação nas empresas estatais. Comentário n. 105, de 01.08.2000. Disponível em <<http://www.celc.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2017).

<sup>126</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>127</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

*caput* do artigo 37<sup>128</sup> da CF, reforça a sujeição da Administração Pública ao dever de instauração de processo isonômico para a contratação de particulares.

Com efeito, em obediência ao princípio republicano<sup>129</sup> plasmado no artigo 1º da CF, não se admite a seleção de particulares com base nas preferências subjetivas da autoridade de plantão, pelo que deve ser assegurado a todos os interessados em contratar com a Administração Pública a oportunidade de disputa em condições de igualdade.

Por essa razão, autores como Bandeira de Mello<sup>130</sup>, Dallari<sup>131</sup>, e Figueiredo<sup>132</sup> sustentam que, mesmo se não houvesse dispositivo constitucional impondo o dever de licitar, seria obrigatória a existência de um procedimento de natureza concorrencial garantidor de isonomia entre os interessados em contratar com a Administração Pública brasileira.

Em suma, a licitação consiste num procedimento administrativo<sup>133</sup> que perfaz uma etapa do processo de contratação pública, revestindo-se de natureza instrumental na medida em que visa à viabilização da contratação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública num contexto de competição isonômica entre os interessados.

Além de impor a obrigatoriedade de licitação, a Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXVII<sup>134</sup>, atribuiu competência privativa para a União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e

---

<sup>128</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>129</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

<sup>130</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 533-534

<sup>131</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

<sup>132</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 474.

<sup>133</sup> Dentre os autores que consideram a natureza jurídica da licitação como procedimento administrativo, vale citar Miguel Marienhoff (MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. t. 3. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 190 e segs.); José Roberto Dromi (DROMI, José Roberto. Licitación pública. Buenos Aires: Ediciones Ciudad argentina, 1995, p. 44 e 98); e Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 534)

<sup>134</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

fundacionais federais, estaduais, distritais e municipais. Aos Estados, Distrito Federal e Municípios foi dada a faculdade de editar normas peculiares relacionadas ao seu processo de contratação, desde que não contrariem as normas gerais da União.

Normas gerais de licitação e contrato são aquelas que revelam índole nacional e estabelecem diretrizes com vistas a uniformizar sua aplicação a todos os entes federados sem, no entanto, adentrar em detalhes, nem, muito menos, esgotar a competência legislativa dos demais entes federados<sup>135</sup>. Atualmente, as normas gerais sobre a matéria encontram-se previstas nas Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>136</sup>; nº 10.520, de 17 de julho de 2002; e nº 12.462, de 4 de agosto de 2011<sup>137</sup>.

A Lei nº 8.666/93, conhecida como Lei Geral de Licitações, constitui uma das mais importantes normas infraconstitucionais do direito público brasileiro, estabelecendo a disciplina geral do processo de contratação pública de obras, serviços e bens, incluindo os princípios, os objetivos, as modalidades de licitação, os requisitos de habilitação, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, os critérios de julgamento, os regimes de execução, as normas atinentes ao contrato administrativo, como a possibilidade de alteração e rescisão do ajuste, além de tipos penais específicos ao âmbito das contratações administrativas.

A aprovação da Lei nº 8.666 ocorreu em meio a um contexto político bastante conturbado no país. Diversos escândalos de corrupção haviam sido levados ao conhecimento do público no início da década de 90, tendo o principal deles redundado na destituição, em 1992, do Presidente da República Fernando Collor de Mello.

---

<sup>135</sup> GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos. Casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 57.

<sup>136</sup> Para Adilson Abreu Dallari, a “Lei nº 8.666/93 não contém apenas normas gerais, pois desce a minúcias e detalhamentos que não podem enquadrar-se em tal conceito. Ela pode e deve ser acatada, sem restrições, pelos órgãos e entidades da Administração Federal, mas não merece acatamento integral por parte dos Estados e Municípios, que devem respeitar as normas gerais aí contidas, mas devem editar suas próprias leis sobre licitações e contratos, ajustadas a suas respectivas peculiaridades”. (DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29).

<sup>137</sup> Predomina na doutrina administrativista o entendimento de que a Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, constitui norma geral de licitação e contrato. Em sentido contrário, Maurício Zockun sustenta que o RDC é uma norma federal especial. (ZOCKUN, Maurício. “Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratação à luz da Constituição da República”. In CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALLIM, Rafael (cords.), Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/2011): Aspectos Fundamentais, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19-25).

Esse cenário de corrupção endêmica levou o Congresso Nacional a engendrar uma reação fundada na crença de que o combate às fraudes deveria ser promovido através da aprovação de uma lei de compras públicas mais detalhista, rigorosa e minuciosa com vistas a diminuir, ao máximo, a discricionariedade do gestor responsável pela contratação<sup>138</sup>.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666 foi concebida de modo maximalista e abrangente, visando a apontar soluções administrativas *ex ante* às questões surgidas durante o processo de contratação pública. Exemplos disso podem ser vistos nos dispositivos da lei que criam modalidades específicas de licitação de acordo com valores tabelados na norma ou, ainda, na intenção da lei de prever todas as hipóteses passíveis de rescisão do contrato administrativo.

O objetivo geral da edição da Lei nº 8.666 foi o de neutralizar o administrador público a fim de evitar que ele pudesse ser um agente de desvios, eliminando, assim, sua discricionariedade. A boa contratação era aquela que resultasse de um procedimento com baixa participação valorativa do administrador público, até mesmo na concepção do objeto a ser contratado<sup>139</sup>.

A Lei nº 8.666 confere ênfase aos ritos procedimentais da contratação pública, deixando de lado a preocupação com variáveis fundamentais do processo como tempo e custo. Seu texto minucioso e excessivamente detalhista deu azo a interpretações baseadas em formalismo exagerado, constituindo ameaça constante ao servidor responsável pelas compras públicas<sup>140</sup>.

A norma pecou pelo excesso, ao pretender de modo absurdo e insensato disciplinar mediante regras específicas as infinitas situações que podem ocorrer nas licitações, tendo criado, assim, “um intrincado labirinto de regrinhas de somenos, cujo efeito principal é

---

<sup>138</sup> ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 95.

<sup>139</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar licitações? Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público, v. 11, n. 54, p. 19–28, mar./abr., 2009.

<sup>140</sup> ROSILHO, André, op. cit., p. 139. MOTTA, Carlos Pinto Coelho, e BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC – Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

fornecer vasto material para quem deseja simplesmente embananar qualquer licitação”<sup>141</sup>.

O pior disso tudo é que por detrás do rigorismo e do formalismo presentes na lei supostamente reverenciadores dos princípios regentes da atuação da administração pública, tem-se, na verdade, uma norma resultante de um processo legislativo completamente capturado pelo *lobby* de empreiteiras emergentes de médio porte já estabelecidas no mercado público de obras e serviços de engenharia<sup>142</sup>.

Isso porque o Projeto de Lei nº 1.491, de 1991, que acabou se transformando na Lei nº 8.666, foi fruto do pleito dessas empreiteiras que estavam insatisfeitas com algumas supostas restrições à sua participação em licitações à época. O projeto foi apresentado e fortemente articulado no Congresso Nacional pelo Deputado Federal Luís Roberto Ponte (PMDB/RS), que foi presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção/CBIC, entidade congregadora de sindicatos de empresas da construção civil<sup>143</sup>.

Com efeito, “sob a aparência de terem sido postas rígidas regras para um jogo competitivo e probo, criou-se, na realidade, uma licitação de dados viciados; os procedimentos foram pré-programados para levarem sempre ao mesmo resultado<sup>144</sup>”.

Há vários dispositivos na Lei de 1993 que evidenciam a articulação desse grupo de interesses na sua moldagem. A título exemplificativo, vale citar a regra de parcelamento do objeto, incluindo obras, de modo a propiciar a contratação de vários fornecedores de médio porte mesmo para os casos de empreendimentos de alta magnitude. Outra evidência está na imutabilidade dos preços constantes das propostas as quais devem ser apresentadas em envelopes fechados, abertos somente em sessão pública, sem oportunidades para fase de descontos, “controlando”, assim, a concorrência, e impedindo a guerra de preços. Ademais, há uma clara resistência na Lei para a utilização de critérios de julgamento distintos do menor preço, como melhor técnica, tendo sido criado um procedimento completamente engessado para os gestores nesses casos, devido ao receio

---

<sup>141</sup> DALLARI, Adilson Abreu, op. cit., p. 10.

<sup>142</sup> ROSILHO, André, op. cit., p. 132.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>144</sup> Idem, p. 132.

dessas empreiteiras perderem acesso ao mercado público caso novos fatores passassem a ser avaliados<sup>145</sup>.

Não foi necessário muito tempo de vigência para se perceber que o modelo legal maximalista era pouco capaz de produzir boas contratações, sejam estas compreendidas como contratações probas, rápidas, eficientes ou baratas<sup>146</sup>.

A inflexibilidade da lei criou um engessamento da atuação do gestor público no processo de compras, através da redução do espaço de discricionariedade para a tomada de decisão. Em decorrência, outro efeito negativo surgido foi o afastamento de gestores públicos qualificados das áreas responsáveis pelas compras públicas, havendo grande receio de responsabilização baseada em interpretações restritivas pelos órgãos de controle.

Com efeito, as dificuldades impostas pelo regime da Lei nº 8.666 para a contratação de bens, serviços e obras, têm dado ensejo até os dias atuais à apresentação de diversos projetos de lei no Congresso Nacional para a substituição desse diploma legal, mas a atuação de grupos de interesse e divergências em torno das soluções propostas acabam travando o avanço do processo legislativo para aprovação da matéria.

Diante desse impasse, ferramentas alternativas à aplicação da Lei Geral de Licitações foram e continuam sendo implementadas com vistas a fugir dos conhecidos percalços do processo de contratação submetido à Lei nº 8.666.

A Lei nº 8.666/93 passou a ser vista como problemática em razão dos excessos relativamente ao ônus, à demora, aos impedimentos e ao custo (em sentido estrito) da contratação, tendo se percebido que a licitação apresentava sérios problemas e que era preciso encontrar instrumentos com o objetivo de afastá-la<sup>147</sup>.

Esse movimento de fuga das amarras da Lei Geral de Licitações aconteceu sob várias formas, seja através do aumento considerável das hipóteses de dispensa de licitação previstas no artigo 24, que inicialmente previam quinze incisos e que atualmente

---

<sup>145</sup> Idem, p. 137.

<sup>146</sup> Idem, p. 139.

<sup>147</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *op. cit.*, p. 19-28.

contam com trinta e quatro<sup>148</sup>; seja mediante a edição de leis<sup>149</sup> instituindo subsistemas de contratação pública com vistas a atingir maior celeridade e eficiência.

Essa foi a ideia que norteou a aprovação das Leis nº 10.520 e nº 12.462. Conquanto a edição dessas leis tenha se dado em momentos distintos com quase uma década de diferença entre elas, há um traço comum marcante em ambas que consiste na ideia da fuga, ainda que parcial, dos preceitos da Lei nº 8.666, para as contratações de bens e serviços comuns, no caso da Lei nº 10.520; e para as contratações necessárias à realização dos megaeventos esportivos sediados no Brasil em 2013, 2014 e 2016, no caso da Lei nº 12.462, que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A Lei nº 10.520 instituiu o denominado pregão<sup>150</sup>, modalidade licitatória mais simplificada destinada a aquisição de bens e serviços comuns<sup>151</sup>, isto é, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Por força do artigo 9º da Lei, as normas da Lei Geral de Licitações são aplicadas subsidiariamente para essa modalidade no que se inclui as disposições sobre contratos.

O pregão foi originariamente adotado no Brasil no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), agência reguladora dotada de independência administrativa, e regida por regras próprias de contratação, previstas nos artigos 54 a 56

---

<sup>148</sup> Segundo dados do IPEA que tomaram como base valores empenhados desde 1998 até julho de 2013, o uso das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação no Brasil correspondeu a 34,36% dos certames realizados na seara federal, sendo que no âmbito da União Europeia este índice correspondeu a 14%. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA – IPEA. A reforma da lei nº 8.666/93 e do arcabouço legal das compras públicas no Brasil: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado. Nota Técnica nº 8, nov. 2013. Disponível em <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5766/1/NT\\_n08\\_Reforma-Lei-866693-arcabouco-legal\\_Diset\\_2013-out.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5766/1/NT_n08_Reforma-Lei-866693-arcabouco-legal_Diset_2013-out.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2016).

<sup>149</sup> Dentre essas leis, cabe destacar a Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre concessão de serviços públicos; a Lei nº 11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas; a Lei nº 11.107/2007, que dispõe sobre consórcios públicos; e a Lei nº 12.232/2010 que disciplina o processo de contratação pública dos serviços de publicidade.

<sup>150</sup> Embora o artigo 1º da Lei nº 10.520 tenha utilizado o verbo “poderá” a indicar faculdade do gestor na utilização do pregão para aquisição de bens e serviços comuns, o Decreto nº 5.450, de 2005, que regulamenta a modalidade licitatória em âmbito federal, tornou obrigatório, em seu artigo 4º, o uso do pregão para esses casos, determinando, ainda, o uso preferencial ao formato eletrônico.

<sup>151</sup> O critério caracterizador de bens e serviços comuns é a “possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência”. Desse modo, “no pregão, o fator técnico não é levado em consideração, mas apenas o fator preço”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 325).

da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e nos artigos 7º a 13, do regulamento constante da Resolução nº 005/98.

A experiência da ANATEL com o pregão foi bem sucedida, tendo sido demonstrada, através de estatísticas, maior rapidez e transparência na seleção do parceiro privado; maior compatibilidade dos preços dos contratos com os praticados no mercado; além de uma considerável redução nas aquisições diretas feitas com base no artigo 24, inciso IV<sup>152</sup>, da Lei nº 8.666, vez que o pregão passou a ser alternativa para os casos de contratação direta fundados na falta de tempo hábil para conclusão do processo licitatório<sup>153</sup>.

A boa performance do pregão na ANATEL fez com que o Governo Federal ampliasse o uso dessa modalidade a toda a Administração Pública Federal, por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000. Após sucessivas reedições, a Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.520, tendo a aplicação do pregão se estendido também ao âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Na esfera federal, o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, tornou obrigatório o uso do pregão no formato eletrônico para as aquisições de bens e serviços comuns.

Dentre os mecanismos novos trazidos pelo pregão, destacam-se, pela relevância, a possibilidade de oferecimento de lances durante a sessão pública de apresentação das propostas<sup>154</sup>; a inversão da fase de habilitação que impõe o exame dos documentos

---

<sup>152</sup> Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

<sup>153</sup> MONTEIRO, Vera. Licitação na modalidade de pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 36.

<sup>154</sup> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor; IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

apenas do licitante vencedor<sup>155</sup>; e a otimização da fase recursal, concentrando-a no final do procedimento<sup>156</sup>.

Atualmente, o pregão, especialmente no formato eletrônico, é a modalidade licitatória mais utilizada no âmbito da administração pública federal, tendo sido escolhida, dentre o conjunto das outras modalidades, em quase 96% dos processos de aquisições realizadas no exercício de 2016. Entre os formatos presencial e eletrônico, este último foi preferido em 99,59% do total de pregões promovidos em 2016<sup>157</sup>.

Por fim, a norma geral de licitação e contrato administrativo mais recente em vigor no Brasil é a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, fruto da conversão da Medida Provisória nº 527, editada no mesmo ano, que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

O propósito original da norma foi o de conferir maior agilidade aos processos de contratações necessários à realização da Copa das Confederações da FIFA- 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014, e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. O âmbito de incidência original do RDC restringia-se exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização desses megaeventos esportivos.

As demandas que inspiraram a criação do RDC apresentavam correspondência com as que levaram à edição da Lei nº 10.520, pois os problemas verificados no uso prático da Lei nº 8.666 continuaram a acontecer, notadamente o excesso de burocracia do processo, o elevado custo na realização das licitações, e o tempo excessivo para a conclusão do processo de seleção do parceiro privado<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Art. 4º.

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

<sup>156</sup> Art. 4º.

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

<sup>157</sup> Dados extraídos do Painel de Compras - Governo Federal. Disponível em <<http://paineldecompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%20de%20Compras.qvw&host=Local&anonymous=true>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

<sup>158</sup> GARCIA, Flávio Amaral, op. cit., p. 485/486.

A aprovação da Lei nº 12.462 se deveu ao fundado receio de que se as licitações fossem realizadas pelo regime da Lei 8.666, não haveria tempo hábil para o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil junto à FIFA e ao COI.

A Lei nº 12.462<sup>159</sup> criou mecanismos na etapa licitatória e contratual mais condizentes com as práticas modernas internacionais de compras públicas. O objetivo de encurtar o tempo do processo de seleção das empresas foi buscado mediante a criação de dispositivos que preveem períodos menores para apresentação das propostas<sup>160</sup>, quando comparados aos da Lei nº 8.666; a inversão facultativa da fase de habilitação<sup>161</sup> e a unificação da fase recursal<sup>162</sup>. Ademais, a lei incentiva a competitividade entre os concorrentes para alcançar menores dispêndios aos contratos na medida em que admite a adoção dos modos de disputa aberto e fechado, idênticos, respectivamente, aos da Lei do pregão e da Lei nº 8.666, e ainda, a combinação de ambos os modos durante a fase de disputa das propostas<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, é regulamentada, em âmbito federal, pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

<sup>160</sup> Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

<sup>161</sup> Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;

III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados;

<sup>162</sup> Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

<sup>163</sup> Art. 16. Nas licitações, poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento.

Feito notável do RDC foi ter ampliado e fortalecido a competência discricionária do gestor durante o processo de contratação, deixando-o mais livre para tomar decisões de acordo com as especificidades de cada caso concreto. Ao invés de pré-determinar as soluções para as questões surgidas no processo de contratação pública, a lei atribuiu ao gestor responsável pela aquisição a escolha do melhor caminho, impondo, em contraponto, o dever de motivação, com transparência, sobre a trilha adotada.

Conquanto mecanismos inovadores tenham sido introduzidos no sistema de compras públicas brasileiro através da Lei do RDC, a nova lei não rompeu por completo com as disposições da Lei nº 8.666, admitindo a incidência desta em suas contratações, desde que nas hipóteses expressamente previstas em seu texto<sup>164</sup>. Em relação às disposições legais aplicáveis aos contratos administrativos decorrentes de certames submetidos ao RDC, a Lei nº 8.666 continua sendo o parâmetro normativo aplicável, exceto em hipóteses pontuais reguladas pela Lei nº 12.462<sup>165</sup>.

Nota-se, assim, que as disposições da Lei nº 8.666 relativas à disciplina dos contratos administrativos permanecem, grosso modo, como parâmetro normativo aplicável tanto aos ajustes decorrentes de licitações sujeitas ao seu regramento, quanto à modalidade do pregão e ao RDC. A incidência de um regramento único para uma gama diversificada de sujeitos e objetos contratuais é vista como mais uma das causas do movimento de fuga da Lei Geral de Licitações.

Dados iniciais acerca da utilização do RDC apontaram para uma significativa redução do prazo de duração do procedimento licitatório quando comparados aos prazos das licitações submetidas à Lei nº 8.666. No âmbito da INFRAERO, a duração média da licitação caiu de 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias para 93 (noventa e três) dias. Já no DNIT, o período médio encurtou de 295 (duzentos e noventa e cinco) dias para 118

---

<sup>164</sup> Art. 1º. É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrument convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

<sup>165</sup> Art. 39 Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

(cento e dezoito dias). Os dados também indicaram que o deságio médio alcançado em relação ao orçamento estimado foi semelhante ao atingido pela Lei nº 8.666<sup>166</sup>.

Os dados positivos sobre o RDC exerceram forte influência para que o regime passasse a ter sua aplicação paulatinamente ampliada a vários outros âmbitos para além das contratações necessárias à realização dos eventos esportivos sediados no Brasil. Assim sendo, a aplicação da Lei nº 12.462 foi estendida às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)<sup>167</sup>; as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS<sup>168</sup>; a aquisição de bens, contratação de obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República quando utilizados recursos do Fundo Nacional de Aviação Civil/FNAC<sup>169</sup>; as contratações das obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II<sup>170</sup>; a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural pela Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB<sup>171</sup>; as licitações e contratos destinados à execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres<sup>172</sup>; as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo<sup>173</sup>; as ações no âmbito da segurança pública<sup>174</sup>; as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística<sup>175</sup>; os contratos de locação de bens móveis e imóveis

---

<sup>166</sup> HOFFMANN, Gleisi. Quem tem medo do RDC? Folha de São Paulo. Tendências/Debates. 26 abr 2014.

<sup>167</sup> O Programa de Aceleração do Crescimento - PAC é um programa governamental lançado em 2007, por meio da Medida Provisória nº 387, convertida na Lei nº 11.578, de 2008, e regulamentado pelo Decreto nº 8.152, de 2013. As contratações necessárias à execução das ações integrantes do PAC foram incluídas na Lei nº 12.462, de 2011, através da Lei nº 12.688, de 2012.

<sup>168</sup> Lei nº 12.745, de 2012.

<sup>169</sup> Lei nº 12.833, de 2013.

<sup>170</sup> Lei nº 12.815, de 2013.

<sup>171</sup> Lei nº 12.873, de 2013.

<sup>172</sup> Lei nº 12.983, de 2014.

<sup>173</sup> Lei nº 13.190, de 2015.

<sup>174</sup> Lei nº 13.190, de 2015.

<sup>175</sup> Lei nº 13.190, de 2015.

previstos no artigo 47-A da Lei<sup>176</sup>; as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação<sup>177</sup>.

A ampliação, cada vez maior, do campo de abrangência do RDC revela que os seus dispositivos são mais consentâneos com a dinâmica hodierna das compras públicas. Atualmente, tem se observado que o maximalismo legal no âmbito das normas gerais de contratação pública de bens, serviços e obras tem cedido espaço a novas concepções de licitações menos focadas no cumprimento rigoroso de regras procedimentais e mais abertas ao uso da competência discricionária do gestor e à instituição de mecanismos voltados a melhor performance dos contratos<sup>178</sup>.

O Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, que institui normas sobre licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências<sup>179</sup>, vai nessa direção, incorporando as inovações trazidas pelo RDC em seu texto.

## **2.2 – Função regulatória da contratação pública**

Os fins tradicionalmente atribuídos ao procedimento de licitação consistem na isonomia de tratamento aos particulares interessados em contratar com a administração, e na obtenção da proposta mais vantajosa, cuja ênfase tem recaído costumeiramente no preço da proposta escolhida.

Há algum tempo, novas finalidades estão surgindo para se acrescentar aos conhecidos objetivos da licitação e, de modo mais abrangente, à contratação pública como um todo. Para além da finalidade imediata consistente na obtenção do objeto licitado, finalidades mediatas de cunho econômico, social e ambiental estão sendo concebidas com vistas a aproveitar o poderio consumerista estatal na indução ou inibição de práticas especialmente dos agentes privados atuantes no domínio econômico.

A função promocional de políticas públicas via contratação administrativa é prática consolidada em diferentes países. Já no século XIX, o instrumento era utilizado por

---

<sup>176</sup> Lei nº 13.190, de 2015.

<sup>177</sup> Lei nº 13.243, de 2016.

<sup>178</sup> Lei nº 13.190, de 2015.

<sup>179</sup> O Projeto de Lei foi aprovado pelo Senado Federal, encontrando-se, atualmente, em trâmite na Câmara dos Deputados, sob nº 6.814/2017.

Inglaterra, França e Estados Unidos para a promoção de direitos dos trabalhadores, tendo evoluído para a instituição de mecanismos destinados ao combate à discriminação de gênero, raça e religião<sup>180</sup>.

O instrumento teve atuação destacada para o implemento do princípio da não-discriminação no bojo das lutas do “*civil right movement*” nos Estados Unidos<sup>181</sup>, sendo também utilizado para a promoção da igualdade na África do Sul *pós-apartheid*<sup>182</sup>.

As compras públicas estão sendo utilizadas mundo afora para a implementação de políticas públicas com vistas a estimular a atividade econômica, proteger a indústria nacional, aprimorar a competitividade de certos setores, remediar disparidades regionais, fomentar a criação de empregos, promover o trabalho sob condições dignas, incentivar o uso de mão de obra local como forma de inserção de minorias no meio econômico, proteger o meio ambiente, encorajar a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, promover a inserção de pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho, estimular o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, dentre outros<sup>183</sup>.

Para Estorninho<sup>184</sup>, “aos poucos, foi-se tomando consciência de que a contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, pode servir como instrumento de realização das mais variadas políticas públicas, nomeadamente sociais e ambientais”.

Essa modalidade de intervenção indireta estatal é definida como intervenção por indução, quando “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e

---

<sup>180</sup> MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum*, v. 28, p. 257/267, 2004.

<sup>181</sup> Como resposta à demorada aprovação da legislação federal anti-discriminação, os presidentes norte-americanos fizeram reiterado uso de importante instrumento de regulação estatal na seara contratual denominado “Executive Orders”, por meio dos quais determinavam a inclusão de exigências de condutas antidiscriminatórias por parte dos contratados do governo federal. (MCRUDDEN, Christopher, op. cit., p. 260).

<sup>182</sup> Na África do Sul, o uso do poder das compras do Estado como instrumento antidiscriminação possui previsão expressa na atual Constituição de 1996 (seção 217 do Capítulo 13). A Constituição da República da África do Sul de 1993 também continha dispositivos nesse sentido (Seção 187 do Capítulo 13). (BOLTON, Phoebe. Government procurement as a policy tool in South Africa. *Journal of Public Procurement*, v. 6, n. 3, p. 193-217, 2006).

<sup>183</sup> FABRE, Flávia Moraes Barros Michele. *Função Horizontal da Licitação e da Contratação Administrativa*. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito do Estado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014, p. 17.

<sup>184</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 2013, p. 417.

na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados<sup>185</sup>". Ainda que não se trate de atividade pura de fomento, pois a contratação pública visa à satisfação de necessidades imediatas da administração e engloba contraprestação, há um aspecto de incentivo na medida em que existem condições de adjudicação favoráveis para aqueles que demonstrarem cumprir com requisitos necessários para uma contratação que seja alinhada com os fins do Estado<sup>186</sup>.

Sob a ótica constitucional, o artigo 174<sup>187</sup> da CF autoriza o Estado a intervir no campo da atividade econômica em sentido estrito, protagonizada pela iniciativa privada, para exercer o seu papel de agente normativo, regulador e a sua função de incentivo com vistas a encorajar os agentes econômicos à adoção de um *modus agendi* tido como mais compatível com o interesse coletivo e social.

Essa atuação regulatória estatal pode ser concretizada através do exercício de diferentes atividades como coordenação, fiscalização, direção, incentivo e desincentivo de condutas, fomento, planejamento, organização, que sejam necessárias para o atingimento de objetivos de ordem pública consentâneos com os objetivos da ordem econômica constitucional previstos no artigo 170 da CF<sup>188</sup>.

No modelo regulatório contemporâneo, os incentivos têm ganhado cada vez mais relevância. A intervenção estatal fundada em mecanismos cogentes sobre os atores do mercado vem cedendo espaço para o uso de mecanismos de cunho promocional. Na seara

---

<sup>185</sup> GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 143.

<sup>186</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Poder de compra governamental como fator de indução ao desenvolvimento – faceta extracontratual das licitações. Revista Fórum Dir. Fin. e Econômico – RFDDE, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, set./fev. 2015, p. 167.

<sup>187</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

<sup>188</sup> NETO, Floriano de Azevedo Marques. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. Fórum Administrativo - Direito Público - FADM, Belo Horizonte, n. 100, ano 9 jun. 2009. Disponível em: <[http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=57932](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=57932)>. Acesso em: 31 jul. 2015.

do direito administrativo contratual, mecanismos de fomento estão sendo cada vez mais incorporados ao processo de contratação pública<sup>189</sup>.

Dessa forma, o induzimento dos agentes econômicos privados para adoção de padrões de comportamento planejados pelo Estado é feito especialmente através da instituição de sanções premiais que, no campo do direito administrativo contratual, pode se dar sob a forma de vantagens como a participação regular em licitação, a adjudicação do objeto, ou a aferição de remunerações adicionais previstas em cláusulas contratuais.

Por outro lado, os vetores axiológicos que parametrizam a intervenção estatal indutora dos agentes econômicos privados podem ser encontrados em diversas passagens do texto constitucional, destacando-se o rol dos princípios, encartados no artigo 170<sup>190</sup> da CF, regentes da ordem econômica, como a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

Na função regulatória da contratação pública, o Estado aproveita estrategicamente do seu relevante papel de consumidor de bens, serviços e obras para “seduzir”<sup>191</sup> os agentes econômicos à adesão a padrões de comportamento sintonizados com os interesses da coletividade, cuja expressão pode ser encontrada no próprio texto constitucional, notadamente nos princípios da ordem econômica arrolados no artigo 170 da CF.

---

<sup>189</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Temas polêmicos de licitações e contratos. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 92, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=62157>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

<sup>190</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>191</sup> Expressão utilizada por Eros Roberto Grau. (GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 144).

Segundo Ferraz<sup>192</sup>, “a partir duma leitura constitucionalizada da licitação prescrevem-se lhe outros papéis fundamentais e importantes numa economia de mercado”. A contratação pública passa a servir “a uma política pública caracterizada por um escopo socio-económico de largo espectro<sup>193</sup>”.

No que toca às normas gerais brasileiras reguladoras das contratações públicas de bens, serviços e obras, sua disciplina legal tem sofrido um constante influxo de normas que objetivam a consecução de objetivos regulatórios por meio da compra governamental.

Conforme será analisado adiante, as principais normas que atuaram nesse sentido foram a Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu tratamento favorecido e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas; a Lei nº 12.349, de 2010, que incluiu o desenvolvimento nacional sustentável dentre as finalidades da contratação pública regida pela Lei nº 8.666; e a própria Lei nº 12.462, de 2011, que indica como princípio explícito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o desenvolvimento nacional sustentável, além do objetivo de incentivo à inovação tecnológica.

Essas e outras normas criaram uma gama de mecanismos com a finalidade de viabilizar políticas públicas através das aquisições governamentais que vão desde declarações atestadoras do cumprimento de normas, hipóteses de dispensa de licitação, margens de preferência, licitações exclusivas, exigências de rótulos e certificações, reserva de cotas, critérios de julgamento das propostas, dentre outros.

A depender da política pública a ser promovida e das características dos mecanismos adotados, há maior ou menor predisposição a um tensionamento entre o objetivo regulatório e os princípios da isonomia e da economicidade que norteiam o procedimento licitatório.

---

<sup>192</sup> FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 72, nº 3, ano XXVII, jul./set. 2009, p. 35.

<sup>193</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública. Vol. III. Coimbra: Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, p. 7.

De acordo com a Lei Geral de Licitações, não são admitidas cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. A norma ressalva dessa vedação as hipóteses expressamente previstas em lei dispostas nesse sentido como, p. ex., as margens de preferência para produtos fabricados no país<sup>194</sup>.

Apesar de contar com o respaldo normativo exigido, o estabelecimento de margem de preferência a produto manufaturado nacional pode ser interpretado como discriminação instituída em benefício de segmento econômico cujos efeitos tendem a infringir os ditames constitucionais que pregam a competição isonômica e a economicidade da contratação.

Nesses casos, sustenta-se que o postulado da igualdade material<sup>195</sup> previsto na Constituição Federal autoriza a fixação de fatores discriminatórios desde que, fundados no princípio da razoabilidade, sejam oriundos de critérios objetivos, calcados em permissivos constitucionais inequívocos<sup>196</sup>, como, *in casu*, o incentivo governamental à inovação e, de modo mais amplo, a promoção do desenvolvimento nacional.

---

<sup>194</sup> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (Redação dada pela Medida Provisória nº 495, de 2010)

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

<sup>195</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>196</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 57.

Além dessas hipóteses legais prevendo casos excepcionais de preferências subjetivas nas licitações, a persecução de objetivos regulatórios por meio das contratações públicas pode ser promovida através da especificação do objeto e de outras cláusulas da licitação e do contrato alinhadas à finalidade secundária visada.

Note-se que as normas licitatórias vedam exigências impertinentes ou irrelevantes ao objeto do contrato, mas não aquelas necessárias à viabilização da política pública secundária que se pretende promover.

Uma compra pública sustentável, p. ex., deve ser promovida mediante definição adequada de objeto ambientalmente correto, na fase do planejamento, com especificações técnicas alinhadas a este objetivo; deve contar com critério de julgamento na licitação que leve em conta fatores ambientais e, em relação ao contrato, pode prever cláusulas de incentivo propiciadoras de condutas *green friendly* do contratado<sup>197</sup>.

Nesse último caso, conquanto a contratação pública tenha sido desenhada com vistas a promoção de fins mediatos, a fórmula encontrada preserva íntegro o princípio da competitividade na medida em que inexistem cláusulas ou condições preferenciais ligadas a elementos subjetivos dos concorrentes, podendo todos os interessados disputar o objeto do certame em iguais condições.

Em relação ao objetivo de incentivar inovação através das compras públicas, a escolha entre a utilização de mecanismos prevendo ações afirmativas em benefício de setores da indústria nacional ou a instituição de mecanismos próprios ao processo de contratação pública indutores de inovatividade é de absoluta importância.

Esse debate revela, na verdade, dois modos distintos de se incentivar a inovação no país: o primeiro aposta no aumento da demanda de bens e serviços produzidos por empresas integrantes de setores da indústria nacional previamente selecionados pelas

---

<sup>197</sup> Para Flávio Amaral Garcia, “são quatro os espaços possíveis de delimitação da sustentabilidade nas licitações e contratações públicas, a seguir apresentados na sequência em que serão examinados: (i) definição do objeto; (ii) fase de habilitação; (iii) julgamento das propostas; e (iv) obrigações do contratado. (GARCIA, Flávio Amaral, op. cit., p. 103.) Já o artigo 3º do Decreto nº 7.746, de 2012, assim estabelece: Art. 3º. Os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.

autoridades; o segundo, confere ênfase à indução direta de inovação na compra pública, mantendo a competitividade entre os participantes.

A seguir, analisaremos o modo como vem sendo perseguida a finalidade de estímulo à inovação por meio das contratações públicas regidas pelas normas gerais brasileiras.

### **2.3 – Incentivo à inovação nas contratações públicas brasileiras: Análise crítica dos dados e do foco de atuação dos instrumentos**

Conforme visto no primeiro capítulo, a Constituição Federal, notadamente em seus artigos 218 e 219, abre caminhos para que o Estado lance mão do seu poder de consumo para incentivar o mercado interno com vistas a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, assim como o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica, tecnológica e a inovação.

A Lei de Inovação nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, com a recente alteração efetuada pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, passou a prever de modo expresso o uso do poder das compras públicas como instrumento de estímulo à inovação nas empresas<sup>198</sup>, apontando como ação nesse sentido a indução de inovação por meio de compras públicas<sup>199</sup>.

Vale notar que a Lei nº 13.243 foi editada logo depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 85 de 2015, que incluiu a inovação ao lado da ciência e da tecnologia como objetivo a ser perseguido e incentivado pelo Estado.

Apesar de benfazejo, o mero estabelecimento, por meio de lei, do objetivo de incentivar inovações através das compras governamentais não basta para que este fim

---

<sup>198</sup>Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as ICTs e suas agências de fomento promoverão e incentivarão a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas brasileiras e em entidades brasileiras de direito privado sem fins lucrativos, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura a serem ajustados em instrumentos específicos e destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional.

§ 2º-A. São instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, quando aplicáveis, entre outros:

VIII - uso do poder de compra do Estado;

<sup>199</sup>Art. 19.

§ 6º As iniciativas de que trata este artigo poderão ser estendidas a ações visando a:

IX - indução de inovação por meio de compras públicas;

seja alcançado. Um dos requisitos imprescindíveis para que esse alvo seja, de fato, atingido é o estabelecimento de um consistente *linkage*<sup>200</sup> entre a política de inovação e as diretrizes para a contratação pública de bens, serviços e obras.

A necessidade de interface entre as diretrizes gerais de contratações públicas com objetivos regulatórios merece atenção especial quando este objetivo diz respeito ao incentivo à inovação, afinal, afigura-se paradoxal que o Estado, de um lado, intente promover políticas de ciência, tecnologia e inovação através das suas aquisições, mas, de outro, não se atenha à necessidade de coordenar estrategicamente sua política de compras de modo a priorizar a geração de inovação pelos particulares contratados para o fornecimento de bens, serviços e obras.

Pesquisas indicam que a inovatividade não tem se feito presente nas aquisições públicas promovidas em nível federal. Dados empíricos referentes ao período de 2001 a 2003 indicam que as compras públicas federais não estimularam as empresas industriais inovadoras do país. “Existe um número expressivo de firmas que têm no governo um comprador importante, as quais são beneficiadas por essas compras e que, possivelmente, são empresas defasadas em termos tecnológicos e mercadológicos”<sup>201</sup>.

Na mesma direção, pesquisa mais recente que analisou o uso do poder de compras público como instrumento de desenvolvimento tecnológico entre os anos de 2001 a 2010 indicou que as firmas menos inovadoras são mais beneficiadas com contratações governamentais, tendo se concluído que “as compras do governo federal estão positivamente associadas a firmas com características microeconômicas tradicionalmente relacionadas à baixa competitividade”<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Termo usado por Christopher McCrudden para designar o elo entre a política pública a ser promovida e as aquisições governamentais (MCCRUDEN, Christopher, op. cit., p. 257).

<sup>201</sup> SOARES, Ricardo Pereira. Compras governamentais: características das firmas industriais e participação das que inovam. In: DE NEGRI, J. A.; SALERNO, M. S. (Orgs.). Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras. Brasília: Ipea, 2005. p. 319.

<sup>202</sup> SQUEFF, Flavia H. S. O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro. (Texto para Discussão, n. 1.922). Brasília: IPEA, 2014, p. 49/50.

O argumento central da pesquisa residiu na constatação de que o arcabouço regulatório e institucional mais amplo do país ainda parece ser contrário à articulação do objetivo das políticas públicas de incentivo à inovação às compras do governo<sup>203</sup>.

Em semelhante direção, pesquisas acadêmicas de enfoque setorial que analisaram compras realizadas pelo Ministério da Saúde<sup>204</sup>; aquisições de hardware, software e licenças por órgãos públicos de educação<sup>205</sup>; e contratações de serviços de software à administração pública federal<sup>206</sup>, indicaram, de modo geral, baixa eficácia do uso das compras públicas para geração e difusão de inovações.

Esse conjunto de dados revela a ausência de uma interface adequada entre a política brasileira de estímulo à inovação, estabelecida na Lei nº 10.973, de 2004, e a prática das contratações públicas promovidas com base nas normas gerais acima estudadas. Conforme apontam Mourão e Cantu<sup>207</sup>, *“there has been, so far, a somewhat sharp division between public-procurement policy and innovation policies put forward by the Brazilian central government”*.

No Brasil, a promoção da inovação nas contratações públicas regidas pelas normas gerais tem sido feita precipuamente através da instituição de mecanismos conferindo preferências a setores da indústria nacional com vistas a garantir uma demanda mínima necessária para alavancar os seus investimentos.

---

<sup>203</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>204</sup> CAMARGOS, Natália Morato; MOREIRA, Marina Figueiredo. Compras para a Inovação no Ministério da Saúde – no Discurso, Sim; na Licitação, Não. Contabilidade, Gestão e Governança. vol. 18, n. 3, p. 126-141. Brasília, set./dez. 2015.

<sup>205</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; ASTONE, Daniel; VILELLA Mariana. Compras de Tecnologia e Inovação pelos Órgãos Públicos de Educação: Análise de Entraves e Propostas para Aquisição. Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia, 2015. Disponível em <[http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/12/ILAB\\_ComprasInovacaoEduc\\_v6-1.pdf](http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/12/ILAB_ComprasInovacaoEduc_v6-1.pdf)> Acesso em: 10 mar. 2017.

<sup>206</sup> MOREIRA, Marina Figueiredo. Quando o Governo é Mercado: Compras Governamentais e Inovação em Serviços de Software. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Administração – PPGA). Brasília: Universidade de Brasília - UNB, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Contabilidade - FACE, 2009.

<sup>207</sup> “Tem havido, até agora, uma divisão um tanto aguda entre a política de contratos públicos e as políticas de inovação apresentadas pelo governo central brasileiro”. (MOURÃO, Victor; CANTU, Rodrigo. ‘Public procurement and innovation in Brazil: A changing course of public procurement policy?’ In LEMBER, Veiko; KATTEL, Rainer; KALVET, Tarmo. (eds). Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives. Berlin: Springer, 2014, p. 77, tradução nossa).

Sustenta-se que o direcionamento de parte da demanda pública, mediante o uso de mecanismos de preferências, visa a conceder aos setores beneficiados oportunidades para maiores investimentos em inovações, redução dos custos de produção e melhoria da qualidade dos produtos. Dessa forma, o poder de compras do Estado brasileiro teria como alvos tornar a indústria nacional mais competitiva no cenário doméstico e internacional e reduzir a dependência tecnológica do país<sup>208</sup>.

Há tempos, medidas no plano legal vêm sendo adotadas no Brasil introduzindo critérios de preferência a produtos e serviços nacionais a fim de incentivar a inovação no escopo das contratações públicas de bens, serviços e obras.

Antes mesmo da promulgação da Constituição em 1988, o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, estabelecia que os órgãos públicos e as sociedades ou entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, poderiam adotar modalidades apropriadas para as aquisições de equipamentos e materiais e realização de obras e serviços, com base em política industrial e de desenvolvimento tecnológico ou setorial do Governo Federal.

A Constituição Federal, em sua redação original, previa tratamento preferencial à empresa brasileira de capital nacional para a aquisição de bens e serviços pelo Poder Público. Por meio da Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, essa preferência foi eliminada em virtude da revogação do artigo 171 que acabou com a distinção entre empresas em função da origem do seu capital, ficando, assim, revogada a definição de empresa brasileira de capital nacional entabulada na norma.

A Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, várias vezes alterada, confere preferência nas contratações públicas de bens e serviços de informática e automação para bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país; e bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico. Essa preferência serve como critério de desempate a favor dos nacionais, nos termos prescritos no Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010.

---

<sup>208</sup> BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 104/ MP/MF/MEC/MCT, de 18 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm)>. Acesso em: 16 out. 2016.

Também a Lei nº 8.666 estabelece preferência, como critério de desempate, sucessivamente para bens e serviços produzidos no País; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; e por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Até mesmo o Plano Plurianual para o período 2004/2007, consubstanciado na Lei nº 10.933, de 11 de agosto, de 2004, estabelecia como diretriz a utilização do poder de compra do governo para apoiar empresas nacionais inovadoras<sup>209</sup>.

A opção brasileira de incentivar inovação nas compras públicas através de ações afirmativas em benefício de segmentos da indústria nacional é respaldada pela opção estratégica do país de não se sujeitar às normas do Acordo sobre Compras Governamentais, mantido pela Organização Mundial do Comércio, que fixa importantes limitações ao uso da função regulatória das contratações públicas, especialmente nos casos que implicam discriminação ou obstáculos a acesso aos mercados.

O Acordo sobre Compras Governamentais (*Government Procurement Agreement – GPA*), mantido pela Organização Mundial do Comércio foi assinado em Marrakesh em 1994, tendo entrado em vigor em 1996. O Acordo tem natureza plurilateral e conta com a adesão de Armênia, Canadá, União Europeia (com todos os países membros), Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Coreia do Sul, Liechtenstein, Aruba, Noruega, Cingapura, Suíça, Taiwan e Estados Unidos.

Os princípios basilares do GPA são a não discriminação, a transparência e o acesso aos mercados. Suas determinações voltam-se à vedação de especificações técnicas que criem obstáculos ao acesso de licitantes estrangeiros (artigo VI), à necessidade de clareza quanto aos procedimentos adotados para que esse livre acesso seja viável (artigos VII, VIII, IX, XII, XVII, XVIII, XIX), e à importância da competitividade (artigo X). O Acordo

---

<sup>209</sup> A referida diretriz de nº 11 vinha como resposta ao desafio de “ampliar, desconcentrar regionalmente e fortalecer as bases culturais, científicas e tecnológicas de sustentação do desenvolvimento, democratizando o seu acesso”. O desafio de nº 18, fazia parte de um conjunto de ações dentro do Megaobjetivo II, denominado “Crescimento com geração de trabalho, emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades sociais”.

incide apenas a contratos públicos a partir de determinado valor (artigo II) e prevê hipóteses em que o procedimento seletivo pode não ocorrer (artigo XV), permitindo que países em desenvolvimento possam excluir certas entidades, produtos ou serviços dos termos do Acordo, desde que negociado com os outros participantes de acordo com as particularidades de cada caso (artigo V).

O Artigo XXIII do Acordo sobre Compras Governamentais estabelece exceções à sua incidência, desde que não constituam um meio arbitrário e injustificável para a discriminação entre países ou uma forma disfarçada de restrição ao livre comércio, nas seguintes hipóteses: quando necessário à proteção da moral pública, à ordem ou à segurança, à vida humana, animal ou vegetal, à saúde ou propriedade intelectual, ou ainda relativo a produtos e serviços prestados por pessoas deficientes, por instituições filantrópicas ou relativos a trabalho prisional.

Atualmente, as principais normas prevendo mecanismos de preferências nas contratações públicas brasileiras com vistas ao fomento à inovação são a Lei Complementar nº 123, de 2006, que facilitou o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte ao mercado das compras públicas; a Lei nº 12.349, de 2010, que criou margens de preferência nas licitações a favor de segmentos da indústria nacional; e a Lei nº 12.745, de 2012, que criou a política do conteúdo mínimo nacional no âmbito das ações integrantes do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento.

A Lei nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conhecida como Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, teve inspiração no *Small Business Act* norte-americano de 1953<sup>210</sup>, e tem por objetivo tornar as MEs e EPPs mais competitivas em relação às grandes empresas, por meio da eliminação de burocracia, da desoneração tributária e de estímulos como a facilitação do acesso ao mercado das compras públicas.

---

<sup>210</sup> O *Small Business Act* de 1953 prevê que as aquisições de bens ou serviços de valor entre US\$ 2.500 e US\$ 100.000 (*simplified acquisition threshold*) deverão ser realizadas mediante licitações reservadas exclusivamente para empresas de pequeno porte (empresa não dominante no mercado do bem objeto de licitação e definida segundo critérios de faturamento e de número de empregados, em função do ramo de atividade), entre outras medidas como imposição de percentuais de subcontratação de pequenas empresas nas demais modalidades de licitação, divisão de bens e serviços em pequenos lotes. De acordo com a seção 15 (g) do *Small Business Act*, a meta de participação das pequenas empresas nos contratos governamentais não deve ser inferior a 23% do total de contratações do ano fiscal.

O artigo 47 da Lei expressa que o objetivo de conferir tratamento diferenciado e simplificado a estas espécies societárias no âmbito das contratações públicas visa à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

O Estatuto prevê de modo sistematizado mecanismos concessivos de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas, como a possibilidade de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista apenas no momento da assinatura do contrato<sup>211</sup>, além da concessão de prazo para eventual saneamento do requisito<sup>212</sup>; o empate ficto que permite as MEs e EPPs com propostas de preços iguais ou superiores ao da melhor classificada em até 5%, no caso do pregão, ou 10% nas outras modalidades, apresentarem nova oferta<sup>213</sup>; o uso da cédula de crédito microempresarial<sup>214</sup>; a previsão de licitações exclusivas quando o valor a ser contratado não ultrapassar a quantia de R\$ 80.000<sup>215</sup>; a subcontratação obrigatória nos contratos de

---

<sup>211</sup> Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016).

<sup>212</sup> Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) § 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

<sup>213</sup> Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

<sup>214</sup> Art. 46. A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

<sup>215</sup> O artigo 49 da Lei indica os pressupostos fáticos que autorizam a não aplicação dos mecanismos de tratamento favorecido e diferenciado nas compras públicas: Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I - (Revogado); II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

obras e serviços<sup>216</sup>; e a cota dirigida de 25% para a contratação de MEs e EPPs quando a aquisição for de bens de natureza divisível<sup>217</sup>. A Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, incluiu novas benesses, como a prioridade de contratação de MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido<sup>218</sup>; e a preferência a MEs e EPPs nas hipóteses de dispensa de licitação previstas nos incisos I e II, do artigo 24 da Lei nº 8.666<sup>219</sup>.

O tratamento diferenciado às MEs e EPPs na órbita das contratações públicas tornou-se impositivo<sup>220</sup> aos entes federados após a edição da Lei Complementar nº 147, tendo sido substituído o verbo “poderá” para “deverá” no texto do artigo 47. A Lei também aboliu a necessidade de prévia regulamentação dos dispositivos em legislação específica do ente federado, devendo ser aplicada a própria legislação federal enquanto não sobrevier norma estadual, distrital ou municipal disciplinando o assunto.

Já Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, resultante da conversão da Medida Provisória nº 495, operou uma mudança de paradigma acerca da função regulatória das contratações governamentais brasileiras na medida em que alterou a teleologia da Lei nº 8.666, incluindo de modo expresso em seu artigo 3º, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável dentre as finalidades da licitação pública ao lado da seleção da

---

<sup>216</sup> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

<sup>217</sup> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

<sup>218</sup> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) § 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

<sup>219</sup> Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

<sup>220</sup> Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

proposta mais vantajosa e da isonomia entre os concorrentes. A norma estabeleceu um novo elemento a orientar a noção de obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, invertendo a lógica decisória tradicionalmente fundada na economicidade, para uma ótica macroeconômica que leva em consideração o desenvolvimento nacional sustentável, considerado em suas três dimensões: econômica, social e ambiental.

A aprovação da norma ocorreu durante o ciclo de vigência da Política de Desenvolvimento Produtivo (2008-2010) que previa dentre seus objetivos a utilização do poder de compra governamental como instrumento de estímulo ao desenvolvimento nacional. Com o fim da PDP, o instrumento passou a integrar o conjunto de medidas do Plano Brasil Maior<sup>221</sup>, lançado pelo Governo Federal em 2011, com o objetivo de fortalecer a política industrial, tecnológica e de comércio exterior do país.

A Exposição de Motivos da MP nº 495 indica que “a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública<sup>222</sup>”. O efeito multiplicador da demanda pública também foi reconhecido na EM:

a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país.

---

<sup>221</sup> As medidas do Plano Brasil Maior foram divididas em três grandes blocos, enfatizando os seguintes propósitos: (i) redução dos custos dos fatores de produção (trabalho e capital) e indução do desenvolvimento tecnológico; (ii) defesa do mercado interno e apoio ao desenvolvimento das cadeias produtivas; e (iii) promoção das exportações e defesa comercial. O uso do poder das compras públicas integrou a ação estratégica de defesa do mercado interno (item II). (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. Brasil Maior. Inovar para competir. Competir para crescer. Balanço Executivo: 2 anos. Brasília: ABDI, 2010. Disponível em [http://www.abdi.com.br/Estudo/PBM%20-%20Balan%C3%A7o\\_.pdf](http://www.abdi.com.br/Estudo/PBM%20-%20Balan%C3%A7o_.pdf). Acesso em: 19 jan. 2017.).

<sup>222</sup> BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 104/ MP/MF/MEC/MCT, de 18 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm)>. Acesso em: 16 out. 2016.

O incentivo à inovação foi inserido dentro do campo de abrangência da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A Exposição de Motivos<sup>223</sup> aponta para utilização estratégica das compras públicas na busca desses objetivos:

A intervenção estatal, com a utilização do poder de compra fomentando a inovação tecnológica, faz-se necessária no Brasil, tendo em vista que, muito embora o País tenha avançado na produção científica e tecnológica nos últimos anos, registramos relativamente poucas patentes em comparação com os países desenvolvidos.

Os mecanismos criados pela norma para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável no campo das compras públicas foram as margens de preferência<sup>224</sup> destinadas a favorecer produtos manufaturados e serviços nacionais sobre os concorrentes estrangeiros nos certames<sup>225</sup>; as medidas de compensação (off set), conhecidas como offset<sup>226</sup>; e as licitações exclusivas a bens e serviços com tecnologia

---

<sup>223</sup> BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 104/ MP/MF/MEC/MCT, de 18 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm)>. Acesso em: 16 out. 2016.

<sup>224</sup> A Lei criou duas modalidades de margens de preferência. A margem de preferência normal objetiva favorecer produtos manufaturados e serviços nacionais sobre os concorrentes estrangeiros nos certames. A margem de preferência adicional, que é cumulativa à primeira, visa a favorecer os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológicos realizados no Brasil. As margens somadas podem chegar a até 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, exige como requisito adicional para a aplicação das margens a comprovação de que os licitantes cumprem a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendem às regras de acessibilidade previstas na legislação.

<sup>225</sup> Os setores industriais beneficiados por margens de preferência são escolhidos pelo Poder Executivo Federal. As margens são instituídas via Decreto do Presidente da República e devem ser baseadas em estudos revistos periodicamente que levem em consideração fatores como geração de emprego e renda, efeito na arrecadação de tributos federais estaduais e municipais, desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país e custo adicional dos produtos e serviços.

<sup>226</sup> O acordo de compensação, conhecido como offset, é utilizado nos casos de contratações de grande vulto promovidas em setores específicos, como o de defesa. Geralmente, a contrapartida exigida consiste na transferência de tecnologia para produção e/ou manutenção dos bens adquiridos. As medidas de compensação podem ser implementadas sob várias formas, conforme estabelece o inciso III, do art. 2º do Decreto nº 7.546, de 2011: Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se: III - Medida de compensação industrial, comercial ou tecnológica - qualquer prática compensatória estabelecida como condição para o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial concretizados, entre outras formas, como: a) coprodução; b) produção sob licença; c) produção subcontratada; d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica; e) transferência de tecnologia; f) obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução; g) treinamento de recursos humanos; h) contrapartida comercial; ou i) contrapartida industrial.

desenvolvida no país nos casos de contratações estratégicas que envolvam tecnologia de informação e comunicação<sup>227</sup>.

Por fim, a Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012, resultante da conversão da Medida Provisória nº 580, editada no mesmo ano, também veicula comando de viés regulatório-preferencial nas contratações públicas porquanto autoriza a inserção de exigência nos editais de licitação e nos contratos necessários à realização das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), de aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais em setores específicos definidos em ato do Poder Executivo Federal<sup>228</sup>.

A Exposição de Motivos da MP<sup>229</sup> expressa o objetivo da norma de incentivar o desenvolvimento tecnológico do setor produtivo nacional com a medida:

“O uso do poder de compra governamental constitui uma ferramenta de grande importância para alavancar o crescimento econômico de um país, estimulando, ao garantir uma demanda

---

<sup>227</sup> A regulamentação das margens de preferência normal e adicional, das medidas de compensação (offset) e da licitação restrita a nacionais em TI foi promovida pelo Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011. O Decreto criou a Comissão Interministerial de Compras Públicas, integrada por Ministros de Estado de diversas pastas, com competência para monitorar, avaliar e propor mudanças no disciplinamento desses mecanismos, dentre outras funções.

<sup>228</sup> A norma alterou o teor da Lei nº 11.578, de 2008, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. Confira-se: Art. 3º-A. Os editais de licitação e os contratos necessários para a realização das ações integrantes do PAC, sob a modalidade de execução direta ou descentralizada, poderão exigir a aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais em setores específicos definidos em ato do Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) § 1º Para cada setor, o Poder Executivo federal: (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) I - estabelecerá regras e condições requeridas para caracterizar os produtos manufaturados nacionais e os serviços nacionais; (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) II - indicará as normas técnicas brasileiras específicas a serem atendidas na fabricação dos produtos manufaturados e na prestação dos serviços adquiridos; (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) III - fixará o percentual mínimo de produtos manufaturados nacionais e de serviços nacionais a ser adquirido; (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) IV - definirá a forma de aferição e de fiscalização do atendimento da obrigação de aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) § 2º O Poder Executivo federal acompanhará e avaliará periodicamente a implantação da exigência de aquisição de percentual mínimo de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, conforme disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) § 3º No caso de transferências obrigatórias aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a execução das ações do PAC, poderá ser estabelecida a exigência de que trata o caput no termo de compromisso a que se refere o art. 3º. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012) § 4º Os editais de licitação e os contratos decorrentes do disposto no § 3º deverão reproduzir as cláusulas relativas à exigência de aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais constantes do termo de compromisso a que se refere o art. 3º. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

<sup>229</sup> BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 22 – MP/MF/MDIC/MCTI, de 10 de agosto de 2012. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Mpv/580.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/580.htm)>. Acesso em: 18 out. 2016.

mínima para a produção nacional, o desenvolvimento produtivo e tecnológico, o fortalecimento das cadeias produtivas e a geração de emprego e renda no país. Ele pode ser implantado de diversas maneiras, sendo uma delas por meio da exigência de aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais nas compras de bens e serviços realizadas diretamente pelo Governo ou em projetos por ele custeados ou financiados”.

A aprovação de normas estabelecendo discriminações positivas a favor de segmentos da indústria é considerada fruto de reação de grupos organizados do empresariado nacional que estavam ficando cada vez mais de fora do mercado das compras públicas em decorrência da verdadeira “guerra de preços” instaurada com a consolidação da modalidade licitatória do pregão no cenário nacional<sup>230</sup>.

Dessa forma, para conseguirem seu “lugar ao sol” no grande mercado das compras públicas, diversos nichos empresariais buscaram a instituição desses mecanismos com vistas a facilitarem seu acesso à adjudicação dos contratos administrativos.

Essa maneira encontrada para acomodar interesses de setores do empresariado nacional pode ser considerada mais uma forma de fuga da rigidez engessante do regime da Lei nº 8.666, e também da forte concorrência propiciada com a utilização maciça do Pregão.

Isso porque a criação desses mecanismos preferenciais termina por escamotear, de certa forma, um problema maior que reside na necessidade de se reformar a legislação de licitações como um todo em ordem a propiciar que a função regulatória de incentivo à inovação na compra pública seja implementada através da utilização de mecanismos ordinários ao processo de contratação pública propiciadores de inovação pelo parceiro privado.

Com efeito, para além de se voltar as atenções à criação de mecanismos facilitadores do acesso ao mercado público a determinados segmentos econômicos, presumindo que desse modo as empresas beneficiadas vão ter maiores condições de inovar, é preciso estabelecer um foco no desenvolvimento de mecanismos *innovation-*

---

<sup>230</sup> ROSILHO, André, op. cit., p. 182. SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 55-79, mar./ago. 2012.

*friendly* nas contratações públicas, propiciando novas técnicas licitatórias e contratuais hábeis a ensejar inovatividade dos concorrentes e contratados.

O grande desafio em matéria de política de inovação nas aquisições governamentais consiste em incentivar práticas que possam favorecer soluções inovadoras pelos parceiros privados, isto é, devem ser instituídos incentivos adequados para encorajar contratações favoráveis à inovação<sup>231</sup>. Essa é a forma que, do ponto de vista institucional, se revela mais consistente para se garantir integração entre a política de inovação nacional com a de compras públicas.

Barbosa<sup>232</sup> defende que “centrando-se em objetivos, e não em empresas e segmentos, em particular no propósito de criar novas fontes e produtos, ou aperfeiçoar os já existentes, o poder de compra do Estado brasileiro estimularia a competitividade de nossa economia”. Segundo o autor, boa parte desta política pode ser implementada através das contratações públicas de fornecimento, de engenharia consultiva e de obras e serviços.

Estudos têm demonstrado que as compras governamentais têm sido uma das formas mais diretas de estimular a inovação por meio da demanda. Embora as encomendas tecnológicas, especialmente da área militar e aeroespacial, sejam os casos mais citados quando se trata de indução à inovação via poder de compras público, pesquisas apontam impactos positivos de contratações públicas gerais de bens, serviços e obras como fonte geradoras de inovação<sup>233</sup>.

Pode-se argumentar que o uso de mecanismos neutros<sup>234</sup> para incentivo à inovação na contratação pública não atinge a finalidade de promoção da inovatividade no

---

<sup>231</sup> UYARRA, Elvira; FLANAGAN, Kieron. Understanding the innovation impacts of public procurement. *European planning studies*, v. 18, n. 1, p. 123-143, 2010.

<sup>232</sup> BARBOSA, Denis Borges, op. cit., p. 201.

<sup>233</sup> EDLER, Jakob; RUHLAND, Sascha; HAFNER, Sabine; RIGBY, John; GEORGHIOU, Luke; HOMMEN, Leif; ROLFSTAM, Max; EDQUIST, Charles; TSIPOURI, Lena; PAPADAKOU, Mona. Innovation and public procurement. Review of issues at stake. Study for the European Commission (No ENTR/03/24). Final Report. Fraunhofer Institute Systems and Innovation Research. December/2005. Disponível em <[http://cordis.europa.eu/innovation-policy/studies/pdf/full\\_study.pdf](http://cordis.europa.eu/innovation-policy/studies/pdf/full_study.pdf)>. Acesso em: 10 mai. 2017.

<sup>234</sup> Barbosa denomina de preferência neutra as hipóteses em que a finalidade de incentivo à inovação por meio das compras públicas é perseguida através da definição do objeto da contratação, i.e., a licitação de um veículo com funcionalidades redutoras de emissão de gases de efeito estufa. Por outro lado, quando este objetivo regulatório é promovido através da instituição de mecanismos de preferência que leva em conta

setor produtivo nacional na medida em que a licitação é feita de modo aberto a todos os interessados, inclusive a empresas estrangeiras, não valendo, portanto, como instrumento à promoção do desenvolvimento nacional.

Em contraposição, aponta-se que o benefício econômico decorrente da aplicação de produtos e soluções inovadores independentemente de sua origem é bem amplo podendo conduzir a um *upgrade* tecnológico no mercado local. A contratação de soluções inovadoras pressiona os concorrentes regionais a recuperar o atraso, além disso, os usuários aprimoram suas demandas e o local em que implantado a solução ganha uma imagem mais inovadora<sup>235</sup>.

Para Uyarra e Flanagan<sup>236</sup>, em termos de inovação, favorecer os contratantes locais e regionais pode ser contraproducente de duas maneiras: em primeiro lugar, pode excluir soluções inovadoras que podem estar disponíveis em outros lugares. Uma solução mais inovadora trará benefícios no tocante ao custo-benefício, ao aprimoramento dos serviços públicos e ao valor indireto para a região em termos de *upgrade* tecnológico. Demais disso, os *spillovers* podem ser mais significativos em termos de impactos de inovação do que a contratação direta local, podendo ser promovidos através de subcontratação na região, além de licenciamento e compra de produtos e serviços complementares, como serviços de manutenção. Tudo isso, segundo os autores, acaba redundando em benefícios à economia local.

Exemplo citado nessa direção é o da licitação promovida pelo Município de Hamburgo na Alemanha visando à contratação de novo sistema tecnológico avançado de iluminação com prioridade à obtenção de menores custos e eficiência energética. Após polêmica no meio político e na população em geral pelo fato de o certame ter sido vencido por empresa estrangeira, a contratação acabou gerando não somente aprimoramento do serviço, mas também contribuiu para o fortalecimento econômico do setor na região<sup>237</sup>.

---

elementos subjetivos dos concorrentes, i.e., quem fabricar aqui, quem desenvolver tecnologia aqui, o autor entende tratar-se de preferência não-neutra. (BARBOSA, Denis Borges, op. cit., p. 223/224).

<sup>235</sup> EDLER, Jakob; GEORGHIU, Luke. Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side, 2007. Research Policy 36, 949-963. Disponível em: <<http://goo.gl/8Msnal>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

<sup>236</sup> UYARRA, Elvira; FLANAGAN, Kieron, op. cit., p. 20.

<sup>237</sup> EDLER, Jakob; GEORGHIU, Luke, op. cit., p. 956.

De qualquer maneira, não se está defendendo aqui qualquer dicotomia entre as políticas industrial e tecnológica subjacentes aos mecanismos de preferência instituídos em benefício de setores da indústria nacional e o desenvolvimento de mecanismos *innovation-friendly* nas contratações públicas, até porque não constitui objeto do presente estudo a análise acerca das vicissitudes das políticas de preferências adotadas nas compras públicas.

O presente trabalho confere destaque, isso sim, à ausência de foco para contratações *innovation-friendly* no país o que acaba gerando desperdício de oportunidade para que o Estado aproveite melhor o seu alto e diversificado poder de consumo para adquirir e induzir inovação junto ao setor privado.

A seguir, vamos aprofundar o estudo sobre o modo de indução direta de inovação através das compras públicas, destacando, inclusive, o grande debate a esse respeito que está sendo posto na pauta da agenda dos países da União Europeia.

#### **2.4 - Um novo enfoque para o incentivo à inovação via compras do Estado: Induzindo inovação através do processo de contratação pública**

O incentivo à inovação através da utilização de mecanismos ordinários ao processo de contratação pública é implementado basicamente através do desenho de modelagem licitatória e contratual alinhada a essa finalidade.

Dentro do contexto do processo de contratação pública, a indução ou o encorajamento dos parceiros privados à realização de atividades inovativas deve ser buscada em todas as suas fases, desde o planejamento da aquisição através do estudo sobre a necessidade da administração, a definição do objeto e suas especificações, o julgamento das propostas até as obrigações contratuais pactuadas com o contratado.

Em perspectiva internacional, observa-se um interesse crescente, especialmente no âmbito do continente europeu, na instituição de mecanismos ordinários ao processo de contratação pública que possam favorecer inovações nas aquisições governamentais.

O uso do poderio consumerista estatal para estimular inovações tem sido objeto de candentes discussões acadêmicas no âmbito dos países da União Europeia nos quais a

pauta da agenda econômica tem sido dominada pela busca de estratégias com vistas a alcançar maior competitividade no cenário internacional<sup>238</sup>. O debate não fica restrito aos lindes das universidades europeias, tendo conquistado grande espaço no circuito político das autoridades e dos formuladores de políticas públicas na área de CT&I.

A União Europeia tem se utilizado de diferentes estratégias para promover inovação através das compras públicas, especialmente através dos instrumentos do *Pre-Commercial Procurement*<sup>239</sup>, da Parceria para Inovação<sup>240</sup>, além da modificação de suas Diretivas com vistas a tornar o processo de aquisição pública geral de bens, serviços e obras um ambiente mais favorável à inovação para os parceiros privados.

No âmbito interno dos países da UE, medidas estratégicas para a indução de inovação via compras públicas também estão sendo implementadas. No Reino Unido, o Departamento de Comércio e Indústria tem elaborado série de estudos nessa direção, reconhecendo que “produtos e serviços inovadores podem ajudar o governo a obter melhor valor para o dinheiro público ao melhorar a qualidade dos serviços e reduzir custos permanentes”<sup>241</sup>.

O incentivo à inovação via aquisições governamentais tem sido denominado no âmbito dos países da União Europeia como *Public Procurement for Innovation*<sup>242</sup>. De modo

---

<sup>238</sup> EUROPEAN COUNCIL. Lisbon European Council - Presidency Conclusions. 2000. Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2017.

<sup>239</sup> Os contratos pré-comerciais ou *Pre-Commercial Procurement* são regulados em Comunicação da Comissão da Comunidade Europeia, de 14 de dezembro de 2007, ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, intitulada “Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa”, que contém uma série de modelos de contratos públicos que incidem sobre a aquisição de serviços de pesquisa e desenvolvimento. (EUROPEAN COMMISSION. Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe. SEC (2007) 1668. Brussels, December/2007).

<sup>240</sup> As Parcerias para Inovação estão previstas no artigo 31 da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Por meio das Parcerias para Inovação, o ente estatal busca firmar um contrato de longo prazo com objeto relacionado ao desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras (estágio de P&D) e a posterior aquisição dos bens, serviços ou obras resultantes, sem necessidade de um procedimento de contratação separado para a aquisição. Trata-se de figura assemelhada à encomenda tecnológica no Brasil, com a importante ressalva de que as parcerias são travadas após procedimento concorrencial especial, ao passo que as encomendas figuram no rol das hipóteses de licitação dispensável.

<sup>241</sup> DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY – DTI. Innovation Report. Competing in the global economy: the innovation challenge. December, 2003. Disponível em: <<http://www.berr.gov.uk/files/file12093.pdf>>. Acesso em jun. 2016.

<sup>242</sup> Não há, entre os estudiosos do tema, definição uniforme sobre o significado da expressão *Public Procurement for Innovation*. Adotamos aqui noção ampliada de Rolfstam que compreende PPI como atividades de compras promovidas por órgãos e agências públicas que conduzam à inovação. “Public procurement of innovation is understood as purchasing activities carried out by public agencies that lead

mais específico, denomina-se como *innovation-friendly public procurement* as contratações públicas de bens, serviços e obras dotadas de mecanismos hábeis a induzir ou encorajar inovação por parte dos particulares contratados.

O esforço europeu para estabelecer o *linkage* entre a política de compras e a de ciência, tecnologia e inovação é refletido na Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos em geral como fornecimento de bens, prestação de serviços e execução de obras, que substituiu a Diretiva 2004/18/CE<sup>243</sup>. Um dos motivos da revogação da norma de 2004 foi justamente a necessidade de criar maiores estímulos às inovações nas aquisições públicas. O item 47 dos Consideranda da Diretiva 2014/24/UE é emblemático nesse sentido:

(47) A investigação e a inovação, nomeadamente a ecoinovação e a inovação social, são impulsionadores fundamentais do crescimento futuro e foram colocadas no centro da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. As autoridades públicas deverão fazer a melhor utilização estratégica da contratação pública para fomentar a inovação. A aquisição de produtos, obras e serviços inovadores desempenha um papel fundamental na melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos dando simultaneamente resposta aos grandes desafios sociais. Contribui para a utilização mais rentável dos fundos públicos, bem como para maiores benefícios econômicos, ambientais e sociais no que respeita ao surgimento de novas ideias, à sua tradução em produtos e serviços inovadores e, conseqüentemente, à promoção de um crescimento económico sustentável.

Dentre os mecanismos pró-inovação (*innovation-friendly*) da Diretiva, podem-se destacar a possibilidade de definição do objeto e especificações técnicas através de requisitos funcionais, a avaliação do objeto levando em consideração o custo total de ciclo de vida do produto, o diálogo competitivo a possibilitar interação entre o setor privado e público no processo de contratação, os quais serão aprofundados no capítulo seguinte.

---

to innovation.” (ROLFSTAM, Max. Understanding public procurement of innovation: definitions, innovation types and interaction modes. Rochester, NY: Social Science Research Network, February/2012. Disponível em: <<http://goo.gl/N185B9>>. Acesso em: 22 set. 2016, tradução nossa).

<sup>243</sup> O artigo 90 da Diretiva 2014/24/UE estabeleceu obrigação para os Estados-Membros adequarem suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à norma até 18 de abril de 2016, data estipulada para a revogação da Diretiva de 2004.

A ênfase à utilização de mecanismos ordinários ao processo de contratação pública como meio de levar a cabo o objetivo regulatório de incentivo à inovação pode ser atribuída, dentre outras razões, às inúmeras vedações a que a UE e seus países membros estão sujeitos quando se trata da instituição de mecanismos preferenciais privilegiando determinadas regiões geográficas ou setores industriais nas aquisições públicas. Opta-se, assim, pelo desenvolvimento de técnicas licitatórias e contratuais aptas a induzir inovações no lugar de mecanismos passíveis de serem caracterizados como protecionistas e discriminatórios.

Vale ressaltar que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia entabula dentre seus princípios a livre circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

Demais disso, a União Europeia e todos os seus Estados-membros são signatários do citado Acordo sobre Compras Governamentais, mantido pela Organização Mundial do Comércio, cujos princípios, fristem-se, são a não discriminação, a transparência e o acesso aos mercados.

A despeito dessas limitações, a aplicação da Diretiva 2014/24/UE no âmbito das aquisições públicas sofre várias ressalvas relacionadas a valores mínimos e tipos de objetos estipuladas nos artigos 7º a 17 da norma. Essas ressalvas fazem com que parte substancial das compras públicas promovidas pelos países da União Europeia não se submetam aos ditames da norma comunitária, podendo-se observar nesse limbo uma vasta gama de finalidades regulatórias sendo perseguidas pelos países através das suas aquisições, que vão desde o incentivo à inovação até objetivos de notório viés discriminatório e protecionista.

De todo modo, tem sido a União Europeia o ambiente mais fértil no mundo na promoção de debates e estudos sobre o uso do poderio consumerista estatal para

estimular inovações, bem superior, nesse aspecto, aos Estados Unidos da América, nação conhecida por abrigar famosas empresas inovadoras<sup>244</sup>.

A ideia de se adotar mecanismos próprios do processo de contratação pública para promoção da inovação é bem-vinda ao contexto brasileiro onde, conforme destacado, a inovatividade não tem se feito presente nas oportunidades criadas pelas contratações de bens, serviços e obras no país.

Aliás, a nova finalidade legal de promoção do desenvolvimento nacional sustentável da compra pública exige que a aquisição governamental de bens, serviços e obras priorize, sempre que possível, a busca por soluções inovadoras. Da mesma forma, é a orientação da Lei de Inovação.

Evidentemente, o incentivo à inovação através das contratações públicas não significa que toda e qualquer compra governamental deva ser feita utilizando-se mecanismos propulsores de inovação pelo parceiro privado. Antes de se decidir pela promoção desse objetivo regulatório, deve o gestor fazer devida ponderação sobre a sua pertinência no caso concreto<sup>245</sup>. A contratação pública não pode ser vista tampouco servir como panaceia a resolver todos os problemas de inovação do país.

A análise do cabimento do fomento à inovação na compra pública deve ser feita de modo técnico e proporcional, cabendo ao gestor de compras tomar a decisão de acordo com as especificidades de cada situação posta à sua análise. Nesse sentido, sustentam Uyarra e Flanagan<sup>246</sup>, *“Decisions should be made on a case-by-case basis depending on the good or service being procured and the uses to which it will be put and other political and financial constraints and objectives”*.

---

<sup>244</sup> Segundo Vonortas *et al.*, “There seems to be much less talk about innovation procurement in the US than in Europe”. Parece haver muito menos discussão sobre contratação pública de inovação nos EUA do que na Europa. (VONORTAS, Nicholas S.; BHATIA, Pushmeet; MAYER, Deborah P. Public Procurement and Innovation in the United States. Elliot School of International Affairs. George Washington, 2011). (tradução nossa).

<sup>245</sup> Conforme defende Arrowsmith, “Whatever the mechanism chosen, incorporating horizontal policies into procurement generally involves costs that must be weighed against any benefits.” Seja qual for o mecanismo escolhido, a incorporação de políticas horizontais nas aquisições geralmente envolve custos que devem ser ponderados em relação a quaisquer benefícios. ARROWSMITH, Sue. Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy. *Journal of Public Procurement*, vol. X, nº 2, 2010; p. 167. (tradução nossa).

<sup>246</sup> UYARRA, Elvira; FLANAGAN, Kieron, op. cit. p. 9.

Obviamente que para se desenhar uma modelagem de contratação desse tipo é fundamental a atribuição de margem de discricionariedade para o gestor escolher os melhores mecanismos indutores que se ajustem às características do objeto (bem, serviço, obra) e à dinâmica do mercado em que inserido.

Além de garantir maior flexibilidade ao processo, as normas reguladoras das compras públicas devem dispor de mecanismos favoráveis à inovatividade, como, por exemplo, o critério de preferência estabelecido na Lei nº 12.187/2009<sup>247</sup>, destinado às propostas propiciadoras de maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

Sob a concepção maximalista norteadora da Lei nº 8.666, pouco espaço foi dado ao gestor para promoção de inovação na contratação pública. A inovação não era vista como um objetivo a ser perseguido por meio da aquisição governamental ordinária quando da aprovação da Lei nº 8.666, tendo sido esse objetivo relegado aos casos de dispensa ou até inexigibilidade<sup>248</sup>.

Provavelmente, o dispositivo mais orientado à promoção da inovação previsto na Lei diz respeito aos critérios de julgamento (tipos de licitação) como o de “melhor técnica” e de “técnica e preço”, de utilização excepcional, que permitem à comissão de licitação efetuar o julgamento de propostas dando ênfase às diferentes técnicas e soluções

---

<sup>247</sup> Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

<sup>248</sup> A criação de várias hipóteses de dispensa de licitação com propósitos promocionais de políticas públicas, incluindo o incentivo à inovação, é um fenômeno notado pela doutrina. Para Rosilho, após a edição da Lei nº 8.666, procurou-se reduzir o grau de abrangência do dever de licitar, principalmente por meio da criação de novas hipóteses de dispensa, dentre as quais se destacam as que intentam favorecer políticas públicas mais amplas. (ROSILHO, André, op. cit., p. 170). Segundo Fabre, essa estratégia visa a escapar “da necessidade de realizar licitações mais cuidadosas (com especificações técnicas, cláusulas de performance e todas as questões que envolvem a função horizontal da contratação pública)”. (FABRE, Flávia Moraes Barros Michele, op. cit., p. 56). Já para Reisdorfer, a ênfase às dispensas de licitação e às contratações diretas como meio de concretizar a função regulatória da contratação pública seria decorrência da falta de previsão de técnicas licitatórias na Lei nº 8.666 para a consecução de objetivos regulatórios. Dessa forma, o “preço” pago pelo administrador público para implementar esses objetivos consistia em abrir mão da licitação e das vantagens de ordem econômica que a competição pode propiciar”. (REISDORFER, Guilherme F. Dias, op. cit. p. 32).

apresentadas pelas concorrentes, sem ficar adstrita à centralidade do critério do menor preço.

A Lei nº 8.666 costuma ser objeto de críticas por criar obstáculos ao uso do poder das compras públicas como instrumento de política pública de incentivo à inovação. As críticas centram-se no entendimento de que o destaque à busca do menor preço nas aquisições públicas acaba impedindo e limitando a utilização do poder de compras do Estado nessa direção. Em consequência, a fiscalização exercida pelos órgãos de controle e a possibilidade de condenação do gestor responsável transformam o princípio em regra absoluta na prática da Administração, frustrando, em muitos casos, o objetivo da promoção da inovação via compra pública<sup>249</sup>.

Quanto ao pregão, apesar de seu procedimento no âmbito interno ter representado inovação para a Administração particularmente no tocante ao formato eletrônico da modalidade que trouxe maior agilidade e menores dispêndios para o processo de seleção das empresas, pode-se considerar que a modalidade não trouxe grandes contribuições para o fomento à inovação, máxime em razão de se destinar a bens e serviços padronizados (*off-the-shelf*) julgados invariavelmente pelo critério do menor preço.

Com o fortalecimento da nova tendência do minimalismo legal, conferindo maior primazia à performance dos contratos e ao exercício da competência discricionária na gestão contratual, a legislação foi disponibilizando novas técnicas hábeis a promoção do incentivo à inovação, especialmente após o advento da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, incorpora a ideia de que o processo de contratação pública pode servir como legítimo instrumento de regulação, contendo vários dispositivos que traduzem a preocupação do legislador em concretizar outros valores constitucionais por meio da aquisição pública, notadamente relacionados a aspectos econômicos, sociais e ambientais<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> VIOTTI, Eduardo Baumgratz, op. cit., p. 161.

<sup>250</sup> GARCIA, Flávio Amaral, op. cit., p. 497.

A norma eleva o desenvolvimento nacional sustentável como princípio do RDC<sup>251</sup>, apontando o incentivo à inovação tecnológica como objetivo da contratação pública<sup>252</sup>. Essa finalidade deve ser buscada desde a concepção do objeto a ser adquirido pela administração, conforme defende Bittencourt<sup>253</sup>:

A inserção da busca da inovação tecnológica nos objetos a serem licitados através do RDC é bastante auspiciosa. Na prática, determina que, ao pensarem no objeto a ser definido para a compra pela Administração, deverão os agentes responsáveis ter em mente que esse objetivo há de ser considerado nas especificações do mesmo. O objetivo atrai beneficentemente para o âmbito das compras públicas o estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação, conforme dispõe a chamada Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973/2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.563/2005), que, dentre outros importantes fatores, estimula a criação de ambientes especializados e cooperativos de inovação.

O RDC possui também o objetivo de promover troca de experiências e tecnologias para a realização da contratação, no que admite o estabelecimento de uma interação entre o setor público e o privado para conceber a melhor solução do ponto de vista tecnológico que atenda a necessidade da administração.

A ideia do minimalismo legal que norteou a aprovação da Lei nº 12.462, ao conferir uma margem maior de liberdade ao gestor para desenhar a contratação de acordo com as especificidades do caso concreto, constitui a ferramenta mais importante disponibilizada pela norma para propiciar indução de inovação pelas empresas contratadas. Nesse sentido, pontuam Altounian e Cavalcante<sup>254</sup>:

---

<sup>251</sup> Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

<sup>252</sup> Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: § 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

<sup>253</sup> BITTENCOURT, Sidney. Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 38.

<sup>254</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. RDC e Contratação Integrada na Prática – 250 Questões Fundamentais. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 44.

“Com efeito, volta o olhar para a inovação tecnológica e para a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. Para tanto, entende necessário flexibilizar o procedimento para que o gestor tenha a liberdade, sempre de forma fundamentada, de escolher o melhor caminho em cada caso concreto, bem assim criar mecanismos para que a iniciativa privada tenha a oportunidade de utilizar sua inteligência criativa na busca de soluções mais competitivas que atendam ao interesse público”.

Em que pesem os avanços na legislação, particularmente do RDC, para a promoção de inovação no processo de contratação pública, há ainda inúmeros gargalos e desafios a serem superados para transformar a aquisição governamental numa ferramenta de indução de inovação.

No próximo capítulo, estudaremos os limites, as possibilidades e os principais desafios a ser enfrentados para tornarmos a compra pública brasileira um ambiente mais favorável à inovação.

## **2.5 - Conclusões Parciais**

O alto volume de gastos públicos dos países na aquisição de bens, serviços e obras tem sido cada vez mais visto como um poderoso elemento para indução ou inibição de práticas dos agentes econômicos privados atuantes no mercado. O aproveitamento estratégico desse poderio consumerista denomina-se de função regulatória da contratação pública. Dentre as políticas públicas promovidas através das aquisições governamentais no Brasil, interessa-nos aqui a de incentivo à inovação.

A promoção da inovação nas contratações públicas brasileiras regidas pelas normas gerais tem sido feita basicamente através da instituição de mecanismos conferindo preferências a setores da indústria nacional com vistas a garantir uma demanda mínima necessária para alavancar os seus investimentos. A ideia é direcionar parte da demanda pública, mediante o uso de mecanismos de discriminações positivas, a setores escolhidos a fim de lhes garantir oportunidades para maiores investimentos em inovações, redução dos custos de produção e melhoria da qualidade dos produtos, com vistas a torná-los mais competitivos no cenário nacional e internacional.

A opção brasileira de incentivar inovação nas compras públicas através de ações afirmativas em benefício de segmentos da indústria nacional é respaldada pela opção estratégica do país de não se sujeitar às normas do Acordo sobre Compras Governamentais, mantido pela Organização Mundial do Comércio, que fixa importantes limitações ao uso da função regulatória das contratações públicas, especialmente nos casos que implicam discriminação ou obstáculos a acesso aos mercados. Em que pesem a variedade e a abertura das cláusulas para a não incidência das normas do Acordo, o Brasil permanece com a opção de não ser seu signatário tampouco observador, evitando, assim, que as suas preferências nas compras públicas instituídas por meio de leis sejam objeto de contendas por parte dos demais países signatários perante a Organização Mundial do Comércio.

Atualmente, as principais normas prevendo mecanismos de discriminações positivas nas contratações públicas brasileiras com vistas ao fomento à inovação são a Lei Complementar nº 123, de 2006, que facilitou o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte ao mercado das compras públicas; a Lei nº 12.349, de 2010, que criou margens de preferência nas licitações a favor de segmentos da indústria nacional; e a Lei nº 12.745, de 2012, que criou a política do conteúdo mínimo nacional no âmbito das ações integrantes do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento.

A aprovação de normas estabelecendo discriminações positivas a favor de segmentos da indústria é considerada fruto de reação de grupos organizados do empresariado nacional que estavam ficando cada vez mais de fora do mercado das compras públicas em decorrência da verdadeira “guerra de preços” instaurada com a consolidação da modalidade licitatória do pregão no cenário nacional. Essa também foi uma maneira encontrada para fomentar inovação, fugindo da rigidez e do formalismo engessantes próprios do regime da Lei nº 8.666.

Com efeito, a Lei nº 8.666 traz dispositivos excessivamente detalhistas que regulam amiúde todo o processo de contratação pública, anulando a atuação discricionária do gestor de compras para agir conforme as peculiaridades encontradas na aquisição. Concebida de modo maximalista e abrangente com o objetivo de apontar soluções administrativas *ex ante* às questões surgidas na contratação, a lei é considerada

um verdadeiro entrave burocrático à melhoria da qualidade das compras públicas. É interessante observar que por detrás do rigorismo e formalismo da lei, esconde-se uma norma resultante de um processo legislativo capturado pelo *lobby* de empreiteiras emergentes de médio porte, já estabelecidas no mercado público de obras e serviços de engenharia, que lutavam por manter seu espaço nesse mercado.

Por sua vez, a modalidade do pregão surgiu como reação aos obstáculos criados pela Lei nº 8.666 para seleção do parceiro privado, particularmente quanto ao tempo demorado e aos custos excessivos do processo de escolha. Essa modalidade licitatória mais simplificada destinada a aquisição de bens e serviços comuns foi originariamente adotada no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Sua boa performance em termos de diminuição de prazos e de custos do processo de seleção fez com que seu âmbito de incidência fosse alargado a toda a Administração Pública Federal num primeiro momento, e em seguida, também aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Na esfera federal, o Decreto nº 5.450, de 2005, tornou obrigatório o uso do pregão no formato eletrônico para as aquisições de bens e serviços comuns. A possibilidade de oferecimento de lances sucessivos durante a sessão pública de apresentação das propostas garantiu uma maior concorrência no certame, fazendo com que os valores dos contratos administrativos ficassem mais compatíveis com a realidade dos preços encontrados no mercado. Deu-se aqui a chamada “guerra de preços” do pregão.

Volvendo à função regulatória de incentivo à inovação na contratação pública, o presente capítulo mostrou algumas pesquisas indicando que a inovatividade não tem se feito presente nas aquisições públicas. Essas pesquisas apontam para uma ausência de interface adequada entre a política brasileira de estímulo à inovação, estabelecida na Lei nº 10.973, de 2004, e a política de compras públicas.

No Brasil, há um foco exclusivo da política para a criação de mecanismos estabelecendo discriminações positivas a favor de setores escolhidos. Olvida-se, assim, da necessidade de reformar a legislação de licitações como um todo em ordem a propiciar indução de inovação mediante novas técnicas licitatórias e contratuais.

O desafio em matéria de política de inovação nas aquisições governamentais está no incentivo de práticas que possam favorecer soluções inovadoras pelos parceiros

privados. É preciso criar incentivos adequados para que se tenha contratações favoráveis à inovação. Essa é a forma que, do ponto de vista institucional, se revela mais consistente para se garantir integração entre a política de inovação nacional com a de compras públicas.

Esse debate tem se mostrado bastante avançado no continente europeu. A União Europeia tem se utilizado de diferentes estratégias para promover inovação através das suas compras públicas, dentre as quais a substituição da Diretiva 2004/18/CE, para a Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos em geral como fornecimento de bens, prestação de serviços e execução de obras, com vistas a tornar o processo de aquisição pública geral de bens, serviços e obras um ambiente mais favorável à inovação para os parceiros privados. No âmbito interno dos países da UE, medidas estratégicas para a indução de inovação via compras públicas também estão sendo implementadas, sendo destacada a atuação do Reino Unido nessa direção.

O incentivo à inovação via aquisições governamentais tem sido denominado no âmbito dos países da União Europeia como *Public Procurement for Innovation*. De modo mais específico, denomina-se como *innovation-friendly public procurement* as contratações públicas de bens, serviços e obras dotadas de mecanismos hábeis a induzir ou encorajar inovação por parte dos particulares contratados.

No Brasil, a Lei nº 8.666, com suas regras detalhistas e minuciosas não deu espaço para promoção de inovação na contratação pública. A inovação não era vista como um objetivo a ser perseguido por meio da aquisição governamental ordinária quando da aprovação da norma. O pregão, apesar de ter representado inovação para a Administração no tocante ao formato eletrônico da modalidade que trouxe maior agilidade e menores dispêndios para o processo de seleção, não trouxe grandes contribuições para o fomento à inovação das empresas, máxime em razão de se destinar a bens e serviços padronizados, julgados invariavelmente pelo critério do menor preço.

Já o Regime Diferenciado de Contratação Pública, instituído por meio da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, incorpora a ideia de que o processo de contratação pública pode servir como instrumento de regulação, contendo vários dispositivos que traduzem a preocupação do legislador em concretizar outros valores constitucionais por meio da

aquisição pública, notadamente relacionados a aspectos econômicos, sociais e ambientais. O RDC tem como princípio o desenvolvimento nacional sustentável, e o incentivo à inovação tecnológica como um dos seus objetivos.

Vale notar que o Regime Diferenciado de Contratação Pública foi originalmente destinado às contratações necessárias à realização dos megaeventos esportivos sediados no Brasil em 2013, 2014 e 2016, tendo o seu campo de aplicação, paulatinamente, estendido a vários outros objetos.

A principal mudança trazida pelo RDC foi ter ampliado e fortalecido a competência discricionária do gestor durante o processo de contratação, deixando-o mais livre para tomar decisões de acordo com as especificidades de cada caso concreto. Ao invés de pré-determinar as soluções para as questões surgidas no processo de contratação pública, a lei atribuiu ao gestor responsável pela aquisição a escolha do melhor caminho, impondo, em contraponto, o dever de motivação, com transparência. Esse espaço dado ao gestor para melhor desenhar a contratação pode ser considerada a ferramenta mais importante disponibilizada pela norma para propiciar indução de inovação junto ao setor produtivo. Obviamente, outros mecanismos *innovation-friendly* foram criados na Lei do RDC os quais serão aprofundados no debate proposto no capítulo seguinte que vai se centrar nas possibilidades e principais desafios para tornar o processo de contratação pública brasileiro um ambiente mais favorável à inovação.

### **CAPÍTULO 3 – DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA A PROMOÇÃO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PRÓ-INOVAÇÃO NO BRASIL**

O processo de contratação pública é dividido em três fases – a fase interna, a externa e a contratual.

A fase interna é assim chamada por se desenrolar no âmbito interno do órgão ou entidade pública, destinando-se à realização do planejamento da contratação, à definição do seu modelo, à fixação do objeto, à redução de possíveis riscos e à formalização de todas as condições do edital ou instrumento correlato.

É nessa etapa que se definem, com base em critérios técnicos e jurídicos, a necessidade, a utilidade e o escopo da futura contratação, os critérios de julgamento e as exigências a serem realizadas em face dos licitantes. Também aqui são providenciados os atos preparatórios do processo como a elaboração da estimativa de valor, a autorização de despesa e a análise jurídica do instrumento convocatório<sup>255</sup>.

A fase externa se dá com a realização da licitação propriamente dita, ou seja, inicia-se com a divulgação do instrumento convocatório indo até a etapa da adjudicação do contrato ao licitante vencedor. A fase se inicia com a divulgação do edital licitatório ou convite, e abrange as fases de recebimento e depósito dos documentos, habilitação, exame e classificação de propostas, homologação e adjudicação.

Apuram-se, nessa fase, as condições pessoais dos licitantes, e seleciona-se a melhor relação custo-benefício para a Administração.

Na fase contratual, procede-se ao cumprimento das obrigações mutuamente assumidas pelas partes, ou seja, o contratado executa os encargos assumidos, assim como

---

<sup>255</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 173.

a Administração procede ao pagamento da remuneração nos moldes entabulados, até que ocorra o recebimento definitivo do objeto.

A realização de uma contratação pública promotora de inovação requer a adoção de medidas e/ou a utilização de mecanismos pró-inovação em cada uma dessas etapas.

Conquanto, todas essas medidas e mecanismos sejam (ou ao menos deveriam ser) concebidos na fase interna do planejamento, o estudo a seguir vai analisá-los dentro do contexto de cada fase do processo de contratação com vistas a tornar seu estudo mais didático.

Assim sendo, o capítulo se inicia, analisando-se o modo de incentivar a inovação na compra pública na fase do planejamento, destacando, nesse sentido, a definição do objeto com base em requisitos de funcionalidade e desempenho e a interação entre comprador público e agentes econômicos privados. Na sequência, parte-se para a etapa da licitação, analisando de modo crítico a divisão legal em modalidades, a centralidade do critério do menor preço, a padronização dos produtos e serviços, e a dificuldade de utilização de outros critérios de julgamento das propostas. O capítulo se encerra, estudando o modelo de licitação de resultados com gestão dos riscos como importante mecanismo pró-inovação.

### **3.1 – Planejando a contratação pró-inovação**

O planejamento é considerado a etapa mais importante do processo de contratação pública na medida em que condiciona todas as demais fases e etapas, determinando ou não o sucesso da contratação.

No mais das vezes, licitações malsucedidas com critérios e exigências mal definidos são fruto de escolhas precipitadas feitas na fase do planejamento. Do mesmo modo, a celebração desenfreada de aditivos na etapa contratual, observada com frequência no cenário nacional, traduz consequência evidente de deficiências na fase interna, especialmente relacionadas à má qualificação e quantificação do objeto.

A ausência de foco para o planejamento da contratação pública é vista não somente como um problema focalizado na gestão, mas também na própria legislação de compras

públicas que, ao menos até a edição da Lei do RDC, muito pouco tratava sobre essa relevantíssima etapa do processo de aquisição pública.

Hodiernamente, com a ampliação das funções secundárias das compras governamentais, tem se tornado cada vez mais necessária maior atenção à fase interna, notadamente para que seja garantida uma análise apurada do custo-benefício da promoção de determinada política pública através da aquisição.

No tocante ao estímulo à inovação via compra governamental, a fase interna é de decisiva importância, afinal é nesse momento que a administração vai definir a melhor solução a ser adquirida junto ao mercado com vistas ao atendimento da sua necessidade.

### **3.1.1 - A definição do objeto com base em requisitos de funcionalidade e desempenho**

A primeira providência a ser adotada na fase do planejamento refere-se à identificação da necessidade da administração. Depois de identificada a necessidade, parte-se para o estudo da melhor solução a ser adquirida, na forma de bens, serviços e obras, junto ao mercado.

A distinção entre a necessidade da administração e a solução a ser buscada no mercado é imprescindível para o adequado planejamento da contratação, pois, “o problema antecede a solução, ou seja, é com base na necessidade que se viabiliza a melhor solução. Por isso, é a solução que deve se adequar à necessidade, e não o contrário<sup>256</sup>”.

Embora pareça trivial obviedade, a prática das contratações públicas tem demonstrado certo desprezo dos gestores para o cumprimento da etapa de identificação da necessidade, partindo-se, como regra, logo no início, para a definição do objeto que se dá, geralmente, com a utilização de modelos e documentos constantes de processos instaurados anteriormente.

Esse comportamento acaba redundando em contratações desconectadas da real demanda do órgão, obstando também o surgimento de inovações<sup>257</sup> na medida em que os

---

<sup>256</sup> MENDES, Renato Geraldo, op. cit., p. 48.

<sup>257</sup> EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob, op. cit., p. 7.

procedimentos e adjudicações são feitos de modo automático e burocratizado sem a preocupação de se observar a dinâmica do mercado e o surgimento de soluções novas que podem melhor atender a necessidade do órgão.

Não são necessárias maiores digressões para se compreender o quão inóspito à inovação são os ambientes cercados por rotinas procedimentais com foco em atividades padronizadas e repetitivas. O contexto inovativo é exatamente o contrário disso na medida em que caracterizado por desafios, visão atenta às necessidades do mercado, assunção de riscos e foco no empreendedorismo.

Outro aspecto importante referente a essa questão diz respeito às regras estabelecidas nas normas gerais impondo que o objeto da licitação seja definido de modo claro e completo no instrumento convocatório, não se admitindo maiores flexibilidades na fixação da solução perseguida pela administração.

De acordo com essa regra, é a própria administração quem deve identificar previamente a sua necessidade e conceber integralmente a solução, cabendo aos agentes econômicos contratados apenas proceder, quase que de modo automático, ao fornecimento do bem, à prestação dos serviços ou à execução das obras, nos exatos e detalhados termos em que previstos no instrumento convocatório<sup>258</sup>.

Sob a perspectiva jurídica, a regra de definição clara e precisa do objeto é vista como decorrência dos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, regentes do processo de contratação pública. Com efeito, não se admite definição mais flexível do objeto justamente porque tal medida poderia levar a seleções feitas com base em critérios e preferências subjetivas, o que é vedado pela ordem jurídica.

Essa regra também seria consectário da determinação legal de se estimar previamente o valor da contratação, mediante orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. Tal medida tornar-se-ia

---

<sup>258</sup> Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União expresso na Súmula nº 177: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

dificultada ou até mesmo frustrada se a definição do objeto pudesse ser feita de modo mais flexível, já que ficaria condicionada, em certa medida, à solução posteriormente adotada como objeto definitivo da contratação.

Nada obstante, a determinação legal de definição clara e precisa do objeto acaba minando as possibilidades de se trazer soluções inovadoras provenientes da inventividade dos atores do mercado para o atendimento da demanda do órgão público.

A ideia de buscar soluções inovadoras concebidas pelos atores do mercado requer que o objeto da licitação e suas especificações sejam definidos de modo mais aberto com base em funcionalidades ou performances a serem atingidas para o atendimento da necessidade da administração.

Em suma, ao invés de se licitar um objeto através do detalhamento minucioso de todas as características, especificações técnicas e custos unitários de cada item, a licitação deve ser feita para selecionar a melhor solução em termos de performance e desempenho a suprir a real necessidade da administração<sup>259</sup>.

A definição mais flexível do objeto e de suas especificações, com base nos resultados almejados pela administração, concede maior espaço para os particulares explorarem sua criatividade na concepção de soluções inovadoras que serão usadas para o atendimento da demanda do órgão ou entidade pública<sup>260</sup>.

No âmbito das normas da Diretiva 2014/24/UE da União Europeia, observa-se clara orientação para uma maior permeabilidade da administração às ideias inovadoras dos agentes econômicos privados na definição do objeto licitado. É possível destacar dois mecanismos atuantes nessa direção: a estipulação de variantes, e o estabelecimento de especificações técnicas em termos de desempenho ou de requisitos funcionais.

A estipulação de variantes dirigida aos proponentes nos anúncios de licitação representa uma faculdade da administração de autorizar ou exigir a apresentação de

---

<sup>259</sup> EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob, op. cit., p. 7-8.

<sup>260</sup> Nesse sentido, *“too specific requirements often rendered offers less innovative as there was too little room for creative solutions”*. (Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies. Preliminary Print. Paris: OECD, 2016, p. 51).

soluções alternativas para o atendimento da sua necessidade, respeitado determinados requisitos mínimos que devem estar previstos nos documentos do concurso. As variantes devem estar relacionadas com o objeto do contrato<sup>261</sup>.

Ao permitir a apresentação de variantes, a administração confia na criatividade dos proponentes que vão apresentar alternativas para sua demanda; e no conhecimento do mercado, obtendo base mais ampla de informações para tomada de decisão acerca do objeto. As variantes apresentadas que satisfazem os requisitos mínimos são avaliadas de acordo com critérios previamente divulgados no anúncio.

Pode-se exemplificar o uso dessa ferramenta através de uma contratação pública hipotética cuja necessidade seja a interligação das margens de dois rios.

Com a regra de definição clara e completa do objeto e de suas especificações, adotada no Brasil, sem o uso de variantes, cabe à administração proceder aos estudos técnicos, antes do lançamento da licitação, para decidir o melhor meio de interligação das margens, se por canal, por túnel, por aqueduto, etc. Após a elaboração dos estudos, caso se tenha chegado à conclusão de que o melhor meio para o atendimento da necessidade se dará mediante a construção de canal, a administração deverá lançar o edital com objeto completo relativo à execução das obras do canal entre os dois rios.

Já o uso de regra mais flexível de definição do objeto com a estipulação de variantes, possibilitaria à Administração publicar instrumento convocatório indicando como objeto a necessidade da interligação das margens dos dois rios, e os requisitos

---

<sup>261</sup> Artigo 45. Variantes 1. As autoridades adjudicantes podem autorizar ou exigir aos proponentes a apresentação de variantes, devendo precisar no anúncio de concurso ou, caso seja utilizado um anúncio de pré- -informação como meio de abertura de concurso, no convite à confirmação de interesse, se as variantes são ou não autorizadas. As variantes não são autorizadas na falta de tal indicação, e devem estar relacionadas com o objeto do contrato. 2. As autoridades adjudicantes que autorizem ou exijam variantes indicam nos documentos do concurso os requisitos mínimos que essas variantes devem respeitar, bem como quaisquer requisitos específicos para a sua apresentação, nomeadamente se só podem ser apresentadas variantes caso tenha sido também apresentada uma proposta que não seja uma variante. Devem, além disso, garantir que os critérios de adjudicação selecionados possam ser aplicados às variantes que respeitem os requisitos mínimos, bem como às propostas conformes que não sejam variantes. 3. As autoridades adjudicantes só tomam em consideração as variantes que satisfaçam os requisitos mínimos por si exigidos. Nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos de fornecimentos ou de serviços, as autoridades adjudicantes que tenham autorizado ou exigido variantes não podem excluir uma variante pelo simples facto de esta poder conduzir, caso seja escolhida, a um contrato de serviços em vez de um contrato público de fornecimento, ou a um contrato de fornecimento em vez de um contrato público de serviços.

mínimos exigidos, p. ex., requisitos ambientais, de vazão de água, etc., deixando as ideias partirem dos atores de mercado que podem vir a propor soluções mais eficientes e inovadoras, não cogitadas inicialmente pelo órgão licitante.

Em relação à contribuição das variantes para geração de inovação nas contratações públicas, a Consideranda nº 48 da Diretiva da UE, diz que:

Devido à importância da inovação, as autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a autorizar tanto quanto possível as variantes; por conseguinte, haverá que chamar a sua atenção para a necessidade de definir os requisitos mínimos a respeitar pelas variantes antes de indicar que podem ser apresentadas variantes.

Além do uso de variantes, a Diretiva 2014/24/UE da União Europeia prevê a possibilidade de estipulação de especificações técnicas do objeto em termos de desempenho ou de requisitos funcionais<sup>262</sup>. A ideia aqui é deixar livre aos particulares a

---

<sup>262</sup> Artigo 42. Especificações técnicas. 1. As especificações técnicas definidas no Anexo VII, ponto 1, devem constar dos documentos do concurso. As especificações técnicas definem as características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos. Essas características podem também incluir uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que tais fatores não façam parte da sua substância material, desde que estejam ligados ao objeto do contrato e sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos. Além disso, as especificações técnicas podem especificar se é exigida a transmissão de direitos de propriedade intelectual. Em relação a todos os contratos cujo objeto se destine a ser utilizado por pessoas singulares, quer seja o público em geral quer o pessoal da autoridade adjudicante, as especificações técnicas devem, salvo em casos devidamente justificados, ser elaboradas de modo a ter em conta os critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores. Sempre que existam requisitos de acessibilidade obrigatórias adotadas por ato jurídico da União, as especificações técnicas devem ser definidas por referência a essas normas, no que respeita aos critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores. 2. As especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência. 3. Sem prejuízo das regras técnicas nacionais vinculativas, na medida em que sejam compatíveis com o direito da União, as especificações técnicas devem ser formuladas segundo uma das seguintes modalidades: a) Em termos de desempenho ou de requisitos funcionais, que poderão incluir características ambientais, desde que os parâmetros sejam suficientemente precisos para permitir que os proponentes determinem o objeto do contrato e que as autoridades adjudicantes procedam à respetiva adjudicação; b) Por referência a especificações técnicas definidas e, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais, a outros sistemas técnicos de referência estabelecidos pelos organismos europeus de normalização ou — quando estes não existam — a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de conceção, cálculo e execução das obras e de utilização dos fornecimentos; cada referência deve ser acompanhada da menção «ou equivalente»; c) Em termos do desempenho ou dos requisitos funcionais a que se refere a alínea a), com referência às especificações técnicas a que se refere a alínea b) como meio de presunção de conformidade com esse desempenho ou com esses requisitos funcionais; d) Por referência às especificações técnicas a que se refere a alínea b), para determinadas características, e por referência ao desempenho ou aos requisitos funcionais a que se refere a alínea a), para outras.

escolha das características das obras, serviços ou bens, devendo a administração focar sua avaliação no desempenho e funcionalidades propostas.

As especificações técnicas definem as características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos. Essas características podem incluir referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados. Dentre os requisitos de desempenho, a norma permite a inclusão de itens relativos aos aspectos ambientais.

Obviamente, o estabelecimento de especificações técnicas por desempenho deve conter parâmetros suficientemente precisos para permitir a determinação do objeto do contrato pelos proponentes e a adequada avaliação das propostas pela administração.

A norma comunitária que prescreve a adoção de especificações do objeto em termos de requisitos funcionais e de desempenho foi editada com o propósito expresso de incentivar inovação através da contratação pública, conforme se verifica no Consideranda nº 74 do Preâmbulo da norma:

(74) As especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência, bem como a consecução dos objetivos de sustentabilidade. Para o efeito, deverão possibilitar-se a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas, das normas e das especificações técnicas existentes no mercado, incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida e à sustentabilidade do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços.

Consequentemente, as especificações técnicas deverão ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico específico ao refletirem as principais características dos fornecimentos, serviços ou obras habitualmente oferecidos pelo mesmo. A elaboração das especificações técnicas em termos de requisitos funcionais e de desempenho permite geralmente que este objetivo seja alcançado da melhor forma possível. Os requisitos funcionais e de desempenho, que são também meios adequados para favorecer a inovação no âmbito da contratação pública, deverão ser aplicados o mais amplamente possível. (...)

Diversos países membros da UE também têm se utilizado desta técnica para a promoção de inovação<sup>263</sup>.

Segundo Cabral *et al.*<sup>264</sup>, especificações de objeto baseadas nos resultados almejados pela administração constitui ferramenta apta a estimular inovação na contratação pública, sendo equivalente ao anúncio de um problema acompanhado de convite para a proposição de soluções. O incentivo ocorre na medida em que se estabelece um conjunto de funcionalidades que o contratado deve atender, independentemente dos meios e da tecnologia que será utilizada para implementá-los. Segundo os autores, trata-se do uso inteligente dos *standards* na licitação.

A técnica é considerada *innovation-friendly* pois, além de afastar a repetição de rotinas no processo de contratação pública que conduz invariavelmente à aquisição do mesmo bem ou serviço anterior, as especificações funcionais ensejam soluções aos desafios postos pela administração, levando em conta o estado da arte tecnológico do tempo da licitação<sup>265</sup>.

A despeito dos argumentos acima aludidos, a instituição no cenário jurídico brasileiro de regras mais flexíveis quanto à definição do objeto não atenta contra o postulado da isonomia, pois não tem o condão de discriminar ou privilegiar qualquer ator de mercado em particular, estando o certame aberto a todos aqueles que desejem participar e propor soluções ajustadas à necessidade da administração.

Aliás, se a ordem jurídica nacional permite até mesmo a instituição, por meio de lei, de critérios de preferências direcionados a segmentos da indústria nacional nas licitações, não se pode conceber ofensa ao vetor isonômico na introdução de dispositivo legal admitindo maior flexibilidade na definição do objeto em licitação aberta a qualquer interessado e com regras de disputa iguais para todos.

---

<sup>263</sup> OECD. Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies. Preliminary Print. Paris: OECD, 2016.

<sup>264</sup> CABRAL, Luís M. B.; COZZI, Guido; DENICOLA, Vincenzo; SPAGNOLO, Giancarlo; ZANZA, Matteo. Procuring innovations. In DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo. (eds). Handbook of Procurement. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 514.

<sup>265</sup> EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob, op. cit., p. 12.

Obviamente que, no caso concreto, há o risco da ocorrência de eventuais distorções na estipulação dos requisitos funcionais e de performance tendentes a gerar direcionamento do certame para uma empresa em particular. Essa possibilidade deve ser evitada mediante treinamento e capacitação dos membros de comissões de licitação e dos servidores públicos atuantes na área de compras. O risco da ocorrência de situações desse naipe não significa que a norma, por si só, seja causadora de ofensa ao princípio da isonomia entre os potenciais concorrentes.

Da mesma forma, o princípio do julgamento objetivo não seria vulnerado com a introdução de regra desse tipo, afinal o estabelecimento de requisitos de desempenho no objeto licitado não significa seleção feita com base em preferências subjetivas, restando ao instrumento convocatório a estipulação de fatores de avaliação claros e objetivos a serem adotados como parâmetros da escolha da administração no final do procedimento.

No tocante às supostas dificuldades trazidas pelas ferramentas para efetuar estimativa do valor da contratação, trata-se de questão contornável, podendo o gestor estimar o preço com base em tecnologia já existente e amplamente adotada, que acabaria sendo utilizada no contrato da administração, caso não se provocassem novas possibilidades através do uso do mecanismo. Demais disso, cabe à Administração lançar mão de técnicas a possibilitar a estipulação de um valor máximo a pagar pelo objeto, acima do qual não haverá celebração de contrato.

De fato, a maior dificuldade para a instituição de regras desse tipo no contexto brasileiro consiste na ênfase que se dá aos ritos e procedimentos, ao invés do foco nos resultados que se pretende alcançar. Embora muito se discuta sobre o modelo de administração pública gerencial movida por resultados como substituta daquela guiada por processos<sup>266</sup>, observa-se que, no âmbito das normas gerais de compras públicas, essa tendência ainda se apresenta muito distante.

Licitações de meio cujos encargos atribuídos ao particular são detalhados no edital e no contrato ainda são fortemente predominantes, ao passo que as licitações de

---

<sup>266</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Brasília: Revista do Serviço Público, Ano 47, número 1, janeiro-abril 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

resultado, por meio das quais a administração veicula os resultados a serem atingidos para suprir a sua necessidade, deixando aos particulares a concepção dos meios, ainda são minoria<sup>267</sup>.

Isso se dá porque, ao proceder ao detalhamento completo do objeto, incluindo as especificações técnicas, e todo o *modus operandi* a ser executado pelo particular, nos casos de prestação de serviços e execução de obras, a administração opta por assumir os riscos nos casos de não atingimentos dos resultados, deixando, assim, de transferí-los ao particular contratado. No último tópico do presente capítulo, vamos aprofundar melhor esse ponto.

Por ora, vale observar que um cenário composto por encargos detalhados, controles rígidos, falta de liberdade para exploração da criatividade e ausência de foco no resultado representa ambiente completamente adverso à geração e difusão de inovações.

### **3.1.2 - A interação entre comprador público e agentes econômicos privados**

Em se tratando de inovações, já se viu no presente trabalho que o ambiente propício ao seu surgimento exige um nível qualificado de interação entre consumidores e fabricantes de bens ou prestadores de serviços, sendo insuficiente o relacionamento impessoal e prenhe de assimetria de informações que se tem em um ambiente formalmente rígido típico de uma licitação ordinária.

Em razão disso, demonstra-se relevante o estabelecimento de canais de comunicação entre a administração e as empresas do ramo para, através de uma relação dialógica, definirem solução alinhada ao que há de mais inovador no mercado e que melhor atenda a necessidade administrativa.

No âmbito das normas gerais brasileiras, a preocupação para criação de espaços de diálogo entre administração e atores de mercado tem sido enfatizada apenas de uns tempos para cá. A Lei nº 8.666 e a Lei do Pregão, inspiradas nos preceitos de padronização

---

<sup>267</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 253. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013, p. 187.

do objeto e menores preços, pouca atenção conferiram à necessidade de maior conhecimento da dinâmica do mercado por parte dos gestores públicos.

De fato, a contratação pública tem sido vista como espaço de confrontação, e não de cooperação, entre o interesse público e os interesses privados. A premissa usual é a de que haveria a exclusão recíproca entre tais interesses e seus titulares, instalando clima de desconfiança. “Tudo deveria ser conduzido da forma mais formal, objetiva e mecânica possível, sem espaço para o diálogo: a negociação público-privada seria uma aberração, geradora de indícios de corrupção<sup>268</sup>”.

Atualmente, a Administração define praticamente sozinha os detalhes da contratação, especificando projetos, termos de referência, modelos jurídicos e financeiros, antes de oferecê-los à iniciativa privada, mediante a realização de licitações.

De se ressaltar, no entanto, o dever criado pela lei geral de licitações de realização de audiência pública antes da publicação do instrumento convocatório, nos casos em que a contratação pública envolver valores superiores a cento e cinquenta milhões de reais<sup>269</sup>, não havendo qualquer óbice a que os gestores promovam audiências nas hipóteses em que os valores se situarem abaixo desse patamar.

A finalidade precípua da audiência pública “é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se questione e se examine a possibilidade da proposição de outras formas<sup>270</sup>”.

---

<sup>268</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=86115>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>269</sup> Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

<sup>270</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle, op. cit., p. 472-473.

A audiência pública pode e deve ser utilizada quando se estiver diante de uma contratação que envolve complexidade técnica e houver dúvida sobre qual é a melhor solução para atender à Administração, bem como qual é a forma mais adequada para preservar a relação benefício-custo<sup>271</sup>.

A audiência permite a construção de uma relação dialógica com os operadores econômicos e com a própria sociedade, concretizando o princípio republicano e viabilizando a participação dos administrados. Trata-se de mecanismo útil para ajudar os gestores na tarefa de definir o objeto da contratação pública, especialmente nos casos que envolver contextos de mercado com tecnologias incipientes e desconhecidas<sup>272</sup>.

A Lei do RDC aponta de modo claro como um dos seus objetivos a promoção da troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. O RDC “admite que a relação entre o público e o particular vem sofrendo alterações e que a eficiência e o sucesso de certas compras dependem da interação com os agentes disponíveis no mercado, antes mesmo da confecção do edital<sup>273</sup>”.

Embora a Lei nº 12.462 e seu regulamento não regulem o procedimento a ser observado para a promoção da troca de experiências entre o setor público e privado, as contratações sujeitas à sua incidência podem contar com espaços de interação orientados a essa finalidade, devendo sempre ser respeitado o postulado da publicidade para a realização dessas reuniões.

Uma das ferramentas que mais vem recebendo destaque como canal de comunicação na compra pública é o chamado diálogo concorrencial ou competitivo<sup>274</sup>. Esse mecanismo, adotado pelas Diretivas da União Europeia desde o ano de 2004, destina-se à promoção do diálogo entre a administração e empresas, nas hipóteses em que aquela não estiver em condições de definir sozinha os meios técnicos ou soluções técnicas de que

---

<sup>271</sup> MENDES, Renato Geraldo, *op. cit.*, p. 143.

<sup>272</sup> GARCIA, Flávio Amaral, *op. cit.*, p. 215.

<sup>273</sup> FABRE, Flávia Moraes Barros Michele, *op. cit.*, p. 73.

<sup>274</sup> Diálogo concorrencial e diálogo competitivo são expressões sinônimas. A primeira é utilizada no direito luso; já a segunda, no direito francês. Entre nós, a segunda forma é a mais usual, sendo, portanto, esta a que será utilizada no presente trabalho.

necessita para efetuar o edital, ou ainda quando não puder estabelecer por si mesma a moldagem jurídica ou financeira do contrato.

Mais do que uma mera etapa do planejamento da contratação pública, o diálogo competitivo constitui uma modalidade de licitação que segue preceitos especiais em virtude das suas peculiaridades e objetivos diferenciados. O diálogo competitivo deve ser utilizado nos casos de projetos inovadores ou de contratações que envolvam certa complexidade, não sendo cabível seu emprego nas hipóteses de contratação de serviços ou de produtos imediatamente disponíveis que possam ser fornecidos por muitos operadores no mercado.

Por meio dessa modalidade licitatória, as autoridades adjudicantes divulgam suas necessidades e os requisitos mínimos no anúncio de concurso e/ou memória descritiva, definindo também nos mesmos documentos os critérios de adjudicação escolhidos e um calendário indicativo. Através da concorrência entre os interessados, o diálogo visa a definir o objeto que melhor atenderá a necessidade da administração conforme as necessidades e requisitos mínimos previamente divulgados.

Esse processo pode se desdobrar em fases sucessivas reduzindo-se o número de soluções a debater durante o diálogo, nos moldes previstos no anúncio. Ao final, identificada a solução ou soluções hábeis ao atendimento da necessidade da Administração, os participantes são instados a apresentarem suas propostas finais com base na solução ou soluções escolhidas, devendo ser contemplados todos os elementos exigidos e necessários à execução do projeto.

Durante o diálogo, a administração deve garantir igualdade de tratamento de todos os participantes, não podendo dar informações que possam conferir vantagens a determinados participantes relativamente aos outros. Além disso, é vedada a revelação aos outros participantes de soluções propostas ou outras informações confidenciais comunicadas por um proponente que participe no diálogo sem o consentimento deste.

O recurso ao diálogo competitivo aumentou significativamente nos últimos anos na Europa, em termos de valores dos contratos, tendo se revelado útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas

necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas.

O Reino Unido e a França são os países onde esse instrumento possui maior consolidação, sendo largamente utilizado nos casos de contratações dotadas de maior complexidade ou nos casos em que a definição adequada do objeto, inclusive as possibilidades de inovação, recomende a oitiva prévia dos atores privados do mercado<sup>275</sup>.

Outro mecanismo previsto nas normas comunitárias para a promoção de comunicação entre atores do mercado e administração diz respeito à consulta preliminar ao mercado. Trata-se de uma faculdade à disposição da administração para, antes da abertura de um procedimento de contratação, realizar consultas ao mercado, a fim de preparar o procedimento e de informar os operadores econômicos dos seus planos de contratação e respectivos requisitos.

Através desse mecanismo, é possível solicitar ou aceitar pareceres de peritos ou autoridades independentes ou de participantes no mercado que possam ser utilizados no planeamento e na condução do procedimento de contratação, desde que esses pareceres não tenham por efeito distorcer a concorrência nem resultem em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência.

No Brasil, a ausência de instituição de mecanismos desse tipo deve-se à visão tradicionalmente adotada em relação às contratações públicas, baseada na ideia do maximalismo legal, na desconfiança em relação ao setor privado, na redução da atuação discricionária do gestor e na verticalidade das relações travadas entre administração e particulares.

Sob a perspectiva exclusivamente jurídica, não se vislumbra óbices de ordem constitucional a impedir a criação de mecanismos possibilitadores de diálogo entre setor público e privado no processo de contratação pública, ao contrário, é possível listar

---

<sup>275</sup> GEORGHIU, Luke; EDLER, Jacob; UYARRA, Elvira; YEOW, Jillian. Policy Instruments for Public Procurement of Innovation: Choice, Design And Assessment. *Technological Forecasting and Social Change*, 86, p. 1-12, 2014. Disponível em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162513002552?via%3Dihub>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

diversos preceitos da Constituição que autorizam seu uso, como, p. ex., o princípio da eficiência regente da atuação da administração pública, além da livre iniciativa, da concorrência, dentre outros.

Aliás, com o enfraquecimento das ideias formalistas e excessivamente burocráticas que permearam a moldagem das normas licitatórias brasileiras, especialmente da Lei nº 8.666, mecanismos de atuação consensual entre a administração e particulares têm se feito cada vez mais presentes no campo das contratações públicas brasileiras<sup>276</sup>.

A própria instituição do diálogo competitivo tem sido vista com bons olhos pela doutrina pátria, tendo sido o instrumento previsto de modo bastante similar ao modelo europeu no Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, que institui normas sobre licitações e contratos da Administração Pública<sup>277</sup>.

Por fim, um exemplo emblemático de licitação geradora de inovação que utilizou o diálogo competitivo e o recurso a especificações técnicas em termos funcionais pode ser extraído de uma contratação pública realizada por um dos maiores hospitais da Holanda, o Centro Médico da Universidade Erasmus<sup>278</sup>.

A licitação, promovida em 2015, tinha por objeto a prestação de serviços de desinfecção de setenta mil camas e colchões hospitalares por ano, tendo sido estabelecido como requisito de desempenho o menor consumo de energia e água.

Durante o processo de contratação, o Centro Médico da Universidade solicitou ao mercado, através do diálogo competitivo, a criação de uma solução para atendimento da sua necessidade, estipulando requisitos baseados em resultados, especialmente no aspecto ambiental de menor consumo de água e energia, conferindo ênfase diminuta na

---

<sup>276</sup> Exemplo disso é o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, regulado em âmbito federal pelo Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015, destinado aos casos de apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.

<sup>277</sup> O Projeto de Lei foi aprovado pelo Senado Federal, encontrando-se, atualmente, em trâmite na Câmara dos Deputados, sob nº 6.814/2017.

<sup>278</sup> OECD. Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies. Preliminary Print. Paris: OECD, 2016, p. 54-55.

fase de seleção para experiências passadas das empresas participantes com instalações de lavagem de cama.

Após o desenrolar do diálogo, o contrato acabou sendo celebrado com a IMS Medical. A empresa ofereceu uma solução robótica que inclui robôs de limpeza de alta precisão adaptados da indústria automotiva. Os custos por cama foram reduzidos em 35%, e a emissão de CO2 foi reduzida em 65%. Também foi registrado aumento de qualidade da limpeza das roupas de cama dos pacientes do hospital.

Vale ressaltar que, com a aquisição, a IMS Medical conseguiu aumentar sua equipe em 25%, tendo também surgido oportunidades para exportação do serviço.

A inovação surgida nessa contratação foi decorrência direta do foco na resolução da necessidade da administração pelas empresas, e não na obediência restrita a exigências detalhadas previamente no edital. Outro fator determinante foi a interação prévia entre a administração demandante e os *players* do mercado que possibilitou o conhecimento exato da necessidade da entidade hospitalar pelas empresas.

### **3.2 – A Licitação pró-inovação**

Sob a perspectiva da teoria econômica, licitação nada mais é do que um leilão reverso. Constitui-se, assim, num jogo no qual um jogador chamado comprador recebe cotações para aquisição de um bem ou serviço de dois ou mais jogadores chamados vendedores ou licitantes, após anunciar as regras para a escolha da oferta mais vantajosa<sup>279</sup>.

Trata-se, seguindo dizeres mais jurídicos, de técnica de negociação coletiva desenvolvida através de um processo no qual a Administração negocia simultaneamente com todos os interessados, mediante critérios previamente escolhidos, e assim escolhe a proposta mais vantajosa à respectiva contratação<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> KRISHNA, Vijay. Auction theory. New York: Elsevier, 2002.

<sup>280</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=86115>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Esse processo de seleção do parceiro privado para celebrar o contrato com a administração não apresenta uniformidade no Brasil, apresentando variações conforme a modalidade da licitação adotada em determinada contratação.

### **3.2.1 – A obsolescência da classificação das modalidades licitatórias da Lei nº 8.666**

A Lei nº 8.666, por exemplo, prevê cinco modalidades licitatórias distintas que são a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. A Lei nº 10.520, por sua vez, prevê uma única modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns que consiste no pregão, cujo formato pode ser tanto presencial quanto eletrônico. Por seu turno, a Lei nº 12.462 não criou nenhuma modalidade licitatória, tendo instituído leque de opções de ferramentas para o gestor utilizar durante a fase da seleção do parceiro privado.

A escolha da modalidade licitatória a ser adotada no caso concreto constitui decisão de extrema relevância para o sucesso da contratação pública, cabendo ao gestor optar pelo *modus procedendi* mais propício à obtenção de proposta mais vantajosa, tendo em conta a dinâmica do mercado em que inserido o bem, serviço ou obra que se pretende contratar. Será essa decisão que vai determinar como se dará a sequência dos atos de habilitação e seleção da proposta, além da forma do leilão para a escolha do parceiro privado, isto é, se será aberto, fechado ou misto.

Essas diferenças ficam claras quando se compara a concorrência, modalidade licitatória tida como regra na Lei nº 8.666, e o pregão. A primeira se desenvolve mediante um processo administrativo por meio do qual a Administração faz um chamamento público para que os interessados examinem os termos do edital e ofereçam suas propostas que serão examinadas depois de ultrapassada a fase de habilitação (a demonstrar que o interessado possui os atributos mínimos que autorizam a sua contratação). Posteriormente à habilitação, a Administração Pública instala disputa fechada, simultânea e única: os envelopes com as propostas são abertos e os dados lá consignados resultam na classificação das propostas pela ordem preestabelecida no edital. Já no pregão, o procedimento tem início com a apresentação das propostas, seguindo-se pela oferta de lances abertos e sucessivos pelos participantes até que se atinja

o menor preço; ao final, procede-se à habilitação somente do licitante sagrado vencedor do certame<sup>281</sup>.

Vale ressaltar que a habilitação constitui uma etapa da fase da licitação destinada a averiguar “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações<sup>282</sup>”. A finalidade da habilitação consiste na avaliação das condições pessoais dos licitantes em ordem a verificar se preenchem ou não os requisitos estritamente necessários à execução do objeto. Os requisitos de habilitação dizem respeito à qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, além do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal<sup>283</sup>.

Como visto, na Lei nº 8.666, a licitação processa-se, primeiramente, com a habilitação dos licitantes, seguida pela etapa da disputa das propostas que ocorre em fase única e na forma fechada de leilão. Ao revés, pela Lei do pregão, a licitação se inicia com a apresentação da proposta pelos participantes, partindo para disputa mediante leilão aberto, através de lances sucessivos, e se encerra com a habilitação exclusiva do licitante considerado vencedor. O RDC, por seu turno, contempla todas essas hipóteses, permitindo que as fases de habilitação e seleção das propostas sejam ou não invertidas, e que os lances sejam abertos, fechados ou mistos, tudo a depender da decisão do gestor no caso concreto.

Outra diferença marcante presente nas normas gerais reside nos critérios que devem ser adotados para balizar a decisão da administração para escolha de uma ou outra modalidade licitatória.

A Lei nº 8.666, fiel ao seu espírito de negação à discricionariedade do gestor, mais uma vez engessou a atuação dos servidores responsáveis pelas compras, entabulando critérios gerais para a escolha da modalidade licitatória, independentemente das especificidades peculiares encontradas em cada contratação. A norma prevê como

---

<sup>281</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=86115>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>282</sup> Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

<sup>283</sup> Artigo 27, da Lei nº 8.666, de 1993.

critério principal a nortear a escolha da modalidade licitatória (concorrência, tomada de preços ou convite) o valor estimado para a contratação<sup>284</sup>.

Além de cerceadora da atuação discricionária do gestor, a divisão legal das modalidades licitatórias com base no valor estimado da contratação traduz medida praticamente inútil, já que na prática “o valor de referência é uma mera estimativa e normalmente não ganha nenhuma função de limitar os lances, o que significa que o valor licitado pode acabar excedendo o limite superior da modalidade<sup>285</sup>”.

Também no pregão, não há espaço para discricionariedade do gestor na medida em que a Lei nº 10.520 prevê procedimento único para os casos destinados à aquisição de bens e serviços comuns. A diferença aqui é que o critério geral de escolha da modalidade não se apoia no valor estimado da futura contratação, mas na natureza dos bens e serviços a contratar<sup>286</sup>.

Em contraponto, na norma do RDC, inexistente preocupação de se criar diferentes modalidades licitatórias e muito menos de se estabelecer divisões entre estas em função de critérios gerais e abstratos, preconcebidos pelo legislador. A grande inovação da norma foi sistematizar um conjunto de opções, boa parte já prevista na ordem jurídica anterior, fornecendo ao gestor ferramentas variadas a utilizar conforme entender mais apropriado, de acordo as especificidades encontradas em cada contratação. Assim, cabe ao gestor decidir se a fase de habilitação virá ou não antes da seleção das propostas, ou se o leilão de disputa será aberto, fechado ou misto.

A norma do RDC andou bem ao refutar medida despautada de sentido consistente na previsão de diversas modalidades de licitação separadas pelo critério do valor estimado ou qualquer outro requisito pré-estipulado pelo legislador. O procedimento da compra pública deve ser desenhado de acordo com a necessidade da administração e a

---

<sup>284</sup> Artigo 22, e incisos, da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>285</sup> FIUZA, Eduardo P.S.; MEDEIROS, Bernardo A. de. A Agenda Perdida das Compras Públicas: rumo a uma reforma abrangente da Lei de Licitações e do arcabouço institucional. Texto para Discussão. Rio de Janeiro, IPEA, ago, 2014. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/zzzzztd\\_1990\\_web.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/zzzzztd_1990_web.pdf)>. Acesso em 10 fev. 2017.

<sup>286</sup> Vale ressaltar que as modalidades do concurso e do leilão previstas no artigo 22, incisos IV e V, respectivamente, da Lei nº 8.666, de 1993, também levam em conta a natureza do objeto.

solução correspondente, e isso só pode ser feito no caso concreto, conforme as peculiaridades de cada objeto licitado.

Não convém atribuir à lei a escolha do tipo de leilão específico a ser utilizado na aquisição de determinada solução, muito menos disciplinar, no plano legal, critério distintivo de uso da modalidade com base no valor do contrato. O tipo de leilão mais adequado para a contratação de uma obra não é necessariamente o mesmo daquele para a contratação de um serviço, ainda que ambos estejam na mesma faixa de valor estipulada pela lei.

Sufocar a atuação do gestor durante o processo de compras com dispositivos detalhistas não traz eficiência e inovação para as compras, ao revés, além do aumento do custo e do tempo do processo, a solução contratada, muitas vezes, não atende à necessidade da administração na medida em que foi que selecionada através de um processo desconexo à realidade específica da dinâmica do mercado em que inserido o objeto.

Bem por isso, as normas licitatórias devem voltar menos suas atenções ao estabelecimento de critérios universalizantes autorizativos do uso de determinadas ferramentas ou a ritos procedimentais inócuos, e mais na disponibilização de ferramentas variadas, cujo uso, no caso concreto, ficará a cargo do gestor que deverá decidir de modo motivado, pautado sempre pelos vetores principiológicos que informam o processo de contratação pública. Por óbvio, esse processo deve contar com transparência, sendo controlável não somente pelos órgãos institucionalmente encarregados dessa função, mas por todos os cidadãos.

### **3.2.2 - Por uma licitação mais schumpeteriana**

Dentre as possíveis causas para a baixa geração de inovação por meio das contratações públicas brasileiras, sobrepõe a hipótese segundo a qual o modelo concorrencial adotado pelas normas gerais de licitação, especialmente a Lei nº 8.666 e a Lei do pregão, não confere ênfase à inovatividade como elemento crucial na dinâmica da competição entre empresas.

A concorrência em licitação concebida nessas leis tem como parâmetro a teoria da concorrência perfeita. Esse modelo microeconômico utilizado a explicar a formação de preços em um sistema de mercado nada mais é do que uma abstração<sup>287</sup> que parte das seguintes condições: a) existência de grande número de compradores e vendedores, sendo que nenhum destes pode exercer controle significativo sobre o preço; b) o produto ofertado pelas empresas é homogêneo, sendo os consumidores indiferentes em relação ao vendedor de quem irão comprar, se os preços cobrados forem idênticos; c) livre entrada e saída do mercado, isto é, novas empresas podem entrar e outras sair sem obstáculos significativos no mercado e; d) perfeito conhecimento do mercado: os consumidores estão perfeitamente conscientes dos preços de todos os concorrentes; os trabalhadores, dos salários; e os produtores, dos custos de seus produtos<sup>288</sup>.

É dentro dessas condições que o mercado vai determinar o preço que equipará o quanto as empresas estão dispostas a oferecer e a quantidade que os indivíduos estão dispostos a comprar. Esse valor é definido como preço de equilíbrio.

Para Costa<sup>289</sup>, as normas licitatórias da Lei nº 8.666 e, acrescentamos aqui também as da Lei do Pregão, foram forjadas com base nesse modelo de concorrência:

As características do procedimento da licitação praticamente simulam todas as condições de mercado estabelecidas para definir o modelo concorrência perfeita (Costa, 1994). O produto é padronizado através de uma especificação que não alije participantes. Busca-se o maior número de concorrentes que possam participar do processo de compra com base naquela especificação. Publica-se a concorrência em jornais de grande circulação para dar conhecimento ao público. Finalmente, define-se como critério de classificação, ou escolha do fornecedor, uma metodologia que invariavelmente tem como base o preço do produto, para recolher as supostas vantagens do mercado, tal qual a concorrência perfeita.

---

<sup>287</sup> A propósito, segundo Lancaster: “talvez nunca tenha existido uma economia em que todos os mercados – de fatores, de insumos e de produtos – fossem perfeitamente competitivos, no sentido de que nenhum comprador ou vendedor assumisse importância tal que suas ações individuais produzissem efeitos perceptíveis sobre as condições dadas de equilíbrio”. (LANCASTER, Kelvin. A economia moderna: teoria e aplicações. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 58).

<sup>288</sup> COSTA, André Lucirton. Licitação, concorrência e preço: análise da Lei de Licitação com base em modelos de concorrência e formação de preços. Revista da Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 32, maio/jun. 1998, p. 200.

<sup>289</sup> Ibidem, p. 200.

É interessante observar como a Lei de Licitação tende a buscar, em sua sistemática, as condições do mercado perfeito para, pelo menos em tese, operar a oposição entre os concorrentes quase nos moldes descritos pela teoria econômica para a concorrência perfeita. A lei parece partir dos princípios de que nenhum fornecedor tem as condições de influir no mercado, os produtos são totalmente idênticos entre si (a lei não permite direcionamento do objeto) e os preços são dados pelas condições de oferta e procura, reflexo do mercado global do produto.

Propõe-se como alternativa ao modelo da concorrência perfeita utilizado como referência para o procedimento licitatório, o modelo de concorrência monopolística pelo fato deste último ser mais próximo à realidade dinâmica observada no mercado, particularmente à demanda real dos consumidores<sup>290</sup>.

Esse modelo é caracterizado também por um número relativamente grande de vendedores e pela facilidade de entrada e saída do mercado, no entanto, ao contrário da concorrência perfeita, aqui os produtos são diferenciados e essa diferenciação confere ao vendedor o desfrute de posição monopolística em relação ao produto que, ainda assim, permanece sujeito à competição de seus concorrentes.

Segundo a teoria da concorrência monopolística<sup>291</sup>, as empresas estão sempre procurando uma vantagem para alcançar o maior grau possível de monopólio para algum mercado específico. A competição ocorrerá não apenas por preços, mas em tecnologia, processo de fabricação, serviços etc., criando um mecanismo de desenvolvimento constante, estimulado através desse tipo de competição: a competição pelo monopólio, mesmo que em pequeno grau, de um mercado específico.

A vantagem do monopólio nesse tipo de concorrência não dura eternamente na medida em que o processo não é estático. Um vendedor de bens semelhantes ou substituto pode buscar uma nova característica em seu produto (tecnologia, custos, serviços) e conseguir oferecer melhores condições ao comprador, "roubando mercado" do antigo monopolista e tornando-se o novo<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> Idem, p. 200/204.

<sup>291</sup> Edward E. Chamberlin foi quem primeiro empregou essa expressão para designar esse tipo de estrutura de mercado. (CHAMBERLIN, Edward E. *The theory of monopolistic competition*. Cambridge: Harvard University Press, 1933).

<sup>292</sup> COSTA, André Lucirton, op. cit., p. 202.

Costa<sup>293</sup> conclui pela necessidade de revisão da Lei nº 8.666, criticando a padronização “forçada” de produtos e o critério de escolha do objeto centrado no preço na medida em que essas regras induzem a compra de produtos desatualizados com baixo grau de inovação:

é necessário rever os procedimentos propostos pela atual Lei de Licitação, pois, quando mantém uma padronização forçada dos produtos, via especificação (lembrem-se de que os produtores concorrem pela diferenciação), ela deixa de estimular um tipo de concorrência importante entre os vendedores. É fácil supor que um produtor menos capacitado, com um produto desatualizado e com baixo grau de inovação tecnológica, pode, em tese, fornecer para o setor público. Ele terá a oportunidade de “vencer” a licitação em que o critério de decisão é o preço, já que ele foi “nivelado” com o produtor líder do mercado pela especificação que não admite direcionamento. Assim, o procedimento licitatório cumpre um papel contrário aos seus objetivos maiores.

A teoria da concorrência monopolística, defendida pelo autor como premissa a ser adotada pelas normas licitatórias, aproxima-se do pensamento de Joseph Schumpeter que considera a inovação o elemento crucial na análise do funcionamento dos mercados e para o desenvolvimento econômico como um todo.

Schumpeter<sup>294</sup>, ainda na primeira metade do século passado, apresentou a ideia de que o desenvolvimento econômico é conduzido pela inovação através de um processo dinâmico e evolucionário em que antigas tecnologias são substituídas por novas. “O impulso fundamental que inicia e mantém a máquina capitalista em movimento decorre dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria”.

Esse movimento de transição do antigo para o novo produz a “destruição criativa”, força motriz do sistema capitalista<sup>295</sup>. No decurso dessas mudanças, aparecem novas formas de organização das empresas e novas atividades, enquanto outras desaparecem.

Em relação à concorrência, Schumpeter rechaça análises estáticas da concorrência centradas na variável “preço”, concebendo as inovações como principal fonte da análise

---

<sup>293</sup> Ibidem, p. 206/207.

<sup>294</sup> SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 112.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 113.

concorrencial vez que propiciam a obtenção de vantagens decisivas para as empresas frente a suas rivais. Para o autor<sup>296</sup>, “na realidade capitalista e não na descrição contida nos manuais, o que conta não é esse tipo de concorrência, mas a concorrência de novas mercadorias, novas técnicas, novas fontes de suprimento, novo tipo de organização(...)”.

Segundo o pensamento schumpeteriano, à medida que a corrida competitiva estimula a inovação nas empresas, reduz seus custos de produção e também melhora a qualidade do produto, resultando em demanda crescente. Em consequência, as empresas que tiveram sucesso no jogo competitivo não só se beneficiarão da demanda crescente, mas também desenvolverão capacidades através da aprendizagem e interação com outros atores no processo de competição.

Conforme visto no capítulo 1, a abordagem neo-schumpeteriana sobre o processo de inovação influenciou novas concepções sobre ambientes inovativos e, também, a formulação de políticas públicas de estímulo na área. Em relação às compras públicas, responsáveis pela movimentação de centenas de bilhões de reais anualmente, essa abordagem ainda aparece de modo bastante tímido no Brasil<sup>297</sup>.

Obviamente, não se sustenta a ideia da criação de um regime legal de compras públicas fundado exclusivamente na inovatividade como critério decisivo para a vitória de um concorrente em licitação, afinal, a vantajosidade visada pela administração em um certame deve primar pela busca da melhor qualidade e inovatividade do objeto, mas também pela compatibilidade do valor cobrado com a realidade observada no mercado, pois o Estado, assim como os cidadãos em geral, vive o problema crucial da economia que é a escassez de recursos.

---

<sup>296</sup> Idem, p. 107.

<sup>297</sup> A propósito, para Lember *et al.*, “when competitiveness is attained not through price-based competition, but through innovation, it is easier to accept it as an objective of national policy, including procurement (...). Today’s surge of conscious policymaking on innovation-oriented public procurement around the world reflects the very idea of evolutionary competitiveness that rests on innovation”. Quando a competitividade é obtida não através da concorrência baseada em preços, mas através da inovação, é mais fácil aceitá-la como um objetivo da política nacional, incluindo a aquisição pública (...). O aumento atual da formulação de políticas conscientes sobre compras públicas orientadas à inovação em todo o mundo reflete a própria ideia da concorrência evolucionária que se baseia na inovação. (LEMBER, Veiko; KATTEL, Rainer; KALVET, Tarmo. Public Procurement and Innovation: Theory and Practice. In: LEMBER, Veiko; KATTEL, Rainer; KALVET, Tarmo. (eds.) Public Procurement for Innovation Policy: International Perspectives. Berlin: Springer, 2014, p. 18, tradução nossa).

A despeito disso, não se pode deixar de considerar como causa importante para a dificuldade de se promover a finalidade regulatória de incentivo à inovação nas compras públicas a incompatibilidade entre o modelo concorrencial fundado em valores puros de eficiência econômica e a ideia de concorrência baseada na inovação como elemento central que cria diferencial entre empresas.

As Leis nº 8.666 e 10.520 possuem forte inspiração na ideia de padronização do objeto e no critério prioritário de seleção do parceiro privado centrado no preço, produzindo, também por essa razão, entraves à geração e difusão de inovação através das contratações públicas.

A fim de garantir a vantajosidade para a administração no aspecto técnico e inovativo, é fundamental a consolidação no âmbito das contratações públicas da adoção de critérios de julgamento distintos do menor preço, ensejando assim, uma concorrência maior entre os licitantes com base na qualidade, *performance* e inovação dos bens e serviços ofertados.

A seguir, estudaremos as barreiras encontradas nas normas gerais para utilização de critérios de julgamento distintos do menor preço.

### **3.2.3 – A necessidade de inverter a lógica da centralidade do critério de julgamento pelo menor preço**

Decisão de extrema relevância no processo de contratação pública diz respeito à escolha do critério de julgamento, ou, como denomina a Lei nº 8.666, o tipo de licitação, que será adotado para julgar a proposta mais vantajosa para satisfazer a necessidade da administração.

Segundo Almeida<sup>298</sup>, o verdadeiro critério que preside ao julgamento das propostas é mesmo o critério da proposta mais vantajosa, cabendo, então, questionar em que consiste essa maior vantagem. “Ora, umas vezes, a proposta mais vantajosa é a que oferece o menor preço, outras vezes é a que confere o maior retorno econômico, outras

---

<sup>298</sup> ALMEIDA, João Amaral e. Reflexões sobre o princípio do julgamento objetivo das propostas: os desafios brasileiros e a experiência europeia. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80267>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

ainda é a que melhor combina a técnica e o preço propostos ou então a que proporciona a melhor técnica”.

Na Lei nº 8.666, os “tipos de licitação”, que preferimos, por maior rigor, designar como critérios de julgamento, utilizáveis nos casos de contratação de bens, serviços e obras são três: menor preço, melhor técnica, e técnica e preço<sup>299</sup>. Na lei do pregão, o critério do menor preço é o único previsto<sup>300</sup>. No RDC, foram previstos os critérios do menor preço ou maior desconto, técnica e preço, e melhor técnica ou conteúdo artístico<sup>301</sup>.

Sustenta-se que o incentivo à inovação através das compras públicas exige a adoção de critérios de julgamento distintos do menor preço já que esta forma de avaliação privilegia a aquisição de bens e serviços *off-the-shelf*, encontrados em prateleira, desprovidos de qualquer característica ligada à inovatividade<sup>302</sup>.

De acordo com essa ideia, para atender ao objetivo regulatório de incentivo à inovação na compra pública, convém fugir da avaliação exclusiva pelo menor preço ofertado, afinal a utilização desse critério de julgamento redundará quase que de modo inevitável na aquisição de produtos ordinariamente encontrados no mercado, muitos, inclusive, de baixa qualidade.

No critério do menor preço, não há incentivos para que os participantes ofereçam qualidade melhor do que a apresentada na descrição mínima do objeto no instrumento convocatório, especialmente porque se o licitante melhora a qualidade, o custo aumenta, e o preço final fica maior, aumentando-se, assim, o risco de perder o negócio<sup>303</sup>.

Com efeito, quando se adota critério de julgamento diferente do menor preço, o aspecto puramente financeiro é substituído ou complementado no campo de avaliação da

---

<sup>299</sup> Artigo 45, parágrafo 1º, incisos I, II e III, da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>300</sup> Artigo 4º, inciso X, da Lei nº 10.520, de 2002.

<sup>301</sup> Artigo 18, incisos I, II e III, da Lei nº 12.462, de 2011.

<sup>302</sup> EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob. Public Procurement for Innovation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. GEORGHIOU, Luke; EDLER, Jacob; UYARRA, Elvira; YEOW, Jillian. Policy Instruments for Public Procurement of Innovation: Choice, Design And Assessment. Technological Forecasting and Social Change, 86, p. 1-12, 2014. Disponível em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162513002552?via%3Dihub>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

<sup>303</sup> MENDES, Renato Geraldo, op. cit., p. 61.

vantajosidade da administração por ou com outros fatores ligados à qualidade da concepção técnica da proposta, como organização, tecnologias ou recursos materiais e práticas sustentáveis<sup>304</sup> utilizados nos trabalhos.

Dessa forma, considera-se que a utilização de critérios de julgamento diferentes ou que vão além do menor preço tende a contribuir de modo mais contundente para uma compra pública *innovation-friendly*.

Nesse sentido, defende Almeida<sup>305</sup>:

“A inevitável presença de competição através de diferentes níveis técnicos de desempenho, nomeadamente de natureza qualitativa, que o mercado pode propor para o objeto licitado e que devem ser ponderados com os custos inerentes à sua obtenção, reclamam que a Administração se lance na tarefa de diferenciar as propostas em outros elementos que não apenas o preço.”

A adoção de critérios de julgamento que vão além do preço, como o da técnica e preço, comporta utilização nos casos em que o comprador deseja testar o quanto de qualidade ele pode obter, pois podem faltar-lhe medidas suficientes da capacidade do mercado em elevar a qualidade, ou quando pretende induzir a indústria ou setor a elevar o seu padrão de qualidade sem o uso de soluções de comando e controle<sup>306</sup>.

Provavelmente, a escolha do critério de julgamento distinto do menor preço seja uma das principais barreiras ao incentivo à inovação nas compras públicas brasileiras. Com efeito, a baixa geração de inovação por meio das compras públicas, demonstrada em

---

<sup>304</sup> A Lei nº 12.187/09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) prevê, em seu artigo 6º, inciso XII, a possibilidade de inclusão de critérios de sustentabilidade ambiental como fator de pontuação técnica das propostas nos casos em que adotado julgamento por técnica e preço, ou melhor técnica. Nesse sentido: Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: XII - o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

<sup>305</sup> ALMEIDA, João Amaral e. Reflexões sobre o princípio do julgamento objetivo das propostas: os desafios brasileiros e a experiência europeia. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx? pdiCntd=80267>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

<sup>306</sup> FIUZA, Eduardo P.S.; MEDEIROS, Bernardo A. de. “A Agenda Perdida das Compras Públicas: rumo a uma reforma abrangente da Lei de Licitações e do arcabouço institucional”. Texto para Discussão - Ipea. Rio de Janeiro: Ipea, ago, 2014. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/zzzzztd\\_1990\\_web.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/zzzzztd_1990_web.pdf). Acesso em: 10 mai. 2017.

pesquisas referidas no capítulo anterior, pode ser decorrência da baixíssima utilização de critérios como o da melhor técnica e da técnica e preço.

De acordo com pesquisa, promovida em 2014<sup>307</sup>, que analisou compras públicas federais da administração direta, autárquica e funcional, apenas 0,43% do valor empenhado nas licitações realizadas nos quinze anos anteriores à pesquisa foi oriundo de certames promovidos com base no critério da melhor técnica ou técnica e preço, sendo todo o restante avaliado pelo critério do menor preço.

A baixíssima utilização de critérios diferentes do menor preço na esfera federal causa espécie pela incompatibilidade com a tendência contemporânea do mercado que, ao menos entre empresas privadas e famílias, consome cada vez mais produtos e serviços inovadores de média e alta tecnologia, nem sempre com foco no menor preço. Não há maiores surpresas, no entanto, quando se atenta para as disposições legais que regulam a matéria, especialmente as da Lei nº 8.666.

Fazer a opção pelo critério de julgamento da melhor técnica ou da técnica e preço com base na Lei nº 8.666 pode ser comparado a uma corrida com obstáculos onde a chegada, ao invés de significar o triunfo da prova completada, representa, muitas vezes, frustração com o resultado atingido. Explica-se.

De início, a lei geral de licitações mais uma vez aqui decidiu detalhar os casos em que devem ser utilizados cada critério de julgamento, estabelecendo a regra geral da adoção do menor preço e o uso excepcional dos critérios da melhor técnica e técnica e preço<sup>308</sup>.

A norma fala que esses dois últimos devem ser utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, e ainda se dá ao trabalho de arrolar quais serviços seriam esses – elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> Ibidem.

<sup>308</sup> Artigos 45 e 46 da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>309</sup> Artigo 46, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993.

A norma também impõe a utilização da técnica e preço para aquisições de bens e serviços de informática<sup>310</sup>, podendo-se adotar outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo<sup>311</sup>.

No tocante ao fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços, a norma deixa claro o caráter excepcional do uso desses critérios e passa a exigir requisitos enfadonhamente burocráticos para autorizar seu uso. Assim sendo, a lei exige: a) autorização expressa e justificativa circunstanciada da maior autoridade do órgão ou entidade, b) demonstração do grande vulto do objeto que deve ser majoritariamente dependente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, c) direcionado aos casos em que o objeto admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório<sup>312</sup>.

Providenciadas essas medidas, chega o momento de o gestor se debruçar sobre o detalhamento dos fatores de avaliação que vão densificar o critério da técnica em ordem a mensurar quais serão os requisitos objetivos para julgamento da melhor técnica; e os pesos de cada um desses fatores que comporão a média ponderada junto com o preço, no caso da técnica e preço.

Mais uma vez aqui, ao invés de deixar o gestor escolher os fatores de avaliação mais apropriados a julgar as propostas, a lei decide fazê-lo, entabulando os critérios que devem ser levados em consideração no quesito da técnica, quais sejam: metodologia,

---

<sup>310</sup> Artigo 45, parágrafo 4º, da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>311</sup> A Instrução Normativa nº 4, de 2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MP, que dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática - SISP do Poder Executivo Federal, estabelece em seu artigo 26, parágrafo único, a obrigatoriedade de utilização da modalidade Pregão para as contratações de que trata esta IN sempre que a Solução de Tecnologia da Informação for enquadrada como bens ou serviços comuns, conforme o art. 1º da Lei nº 10.520, de 2002, preferencialmente na forma eletrônica, de acordo com o Decreto nº 5.450, de 2005.

<sup>312</sup> Artigo 46, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666, de 1993.

organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução<sup>313</sup>.

Por fim, ultrapassados todos esses obstáculos, caso se tenha conseguido adotar o critério da melhor técnica para julgamento das propostas, o resultado poderá ser frustrante.

O julgamento das propostas sob esse critério se inicia com a classificação somente das propostas que atingiram a nota de corte mínima no critério técnico. Em seguida, após fazer o julgamento das propostas classificadas, a lei obriga que seja negociado o preço da proponente melhor classificada, isto é a detentora da melhor proposta técnica, tendo como base o menor preço apresentado dentre as propostas classificadas. Se a licitante melhor classificada não concordar com o valor, o procedimento será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação<sup>314</sup>.

Em suma, a proposta que apresenta melhor técnica somente será contratada se concordar em ofertar preço igual ou inferior ao menor apresentado dentre as classificadas. Se não concordar, segue-se a negociação com o segundo colocado e, assim sucessivamente, até se atingir o menor preço dentre as propostas classificadas.

Não é difícil imaginar o porquê da baixíssima utilização desse critério de julgamento. Além da verdadeira odisséia para se atender às exigências legais e dos riscos decorrentes de interpretações de órgãos de controle, a adoção desse critério acaba redundando numa compra por menor preço ainda que de modo um pouco diferenciado. Nesse cenário, parece óbvio que a opção preferencial dos gestores acaba recaindo sobre o menor preço.

Ao comentar sobre o critério de julgamento pela melhor técnica, Moreira e Guimarães<sup>315</sup> sustentam que “a fixação deste parâmetro desconsidera que as melhores técnicas quase sempre pressupõem preços mais elevados – premissa que, se confirmada na prática, pode contribuir, em última análise, à contratação da pior proposta técnica pelo

---

<sup>313</sup> Artigo 46, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>314</sup> Artigo 46, parágrafo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>315</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 165.

menor preço”. Para os autores<sup>316</sup>, “não por acaso o tipo melhor técnica tornou-se raro de ser encontrado nas licitações”.

Em relação ao critério da técnica e preço, também se autoriza adoção de nota de corte mínima no critério técnico, e o julgamento das propostas é realizado através da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório<sup>317</sup>.

A calibragem dos pesos para a nota técnica e para a nota de preço deveria, em tese, levar em consideração as necessidades específicas da contratação<sup>318</sup>, no entanto, muitas vezes, os gestores, receosos de punições decorrentes de interpretações rígidas dos órgãos de controle, ao estabelecerem os pesos de cada fator, acabam ponderando os pesos sem darem a ênfase devida e merecida ao critério da técnica, privilegiando, assim, mais uma vez, o critério do preço.

Noutra vertente, o insucesso do uso do critério da técnica e preço nas compras públicas relaciona-se com a preponderância da elaboração de notas técnicas ligadas à qualificação da contratada e não nas vantagens das soluções técnicas propostas ao objeto licitado. Assim, na prática, todos ou a maioria dos participantes acaba recebendo nota técnica máxima, e o julgamento da proposta acaba efetivamente se tornando o de menor preço<sup>319</sup>.

Além de barreiras de ordem legal, não se pode olvidar que a utilização de critérios de julgamento distintos do menor preço exige habilidades bem maiores dos gestores de compras e dos membros da comissão de licitação, pois, se pelo critério do menor preço, o fator único a ser avaliado é de fácil mensuração; julgamentos baseados em critérios multifatores, como técnica e preço, onde se “combinam a avaliação da performance das propostas em diferentes e heterogêneos atributos”<sup>320</sup>, o desafio torna-se bem maior tanto

---

<sup>316</sup> Ibidem, p. 165.

<sup>317</sup> Artigo 46, parágrafo 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.666, de 1993.

<sup>318</sup> O parágrafo 1º, do artigo 29, da Lei nº 12.462, de 2011, permite que o fator de ponderação mais relevante (técnica ou preço) chegue a até 70%.

<sup>319</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim, op. cit., p. 138.

<sup>320</sup> ALMEIDA, João Amaral e. Reflexões sobre o princípio do julgamento objetivo das propostas: os desafios brasileiros e a experiência europeia. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx? pdiCntd=80267>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

no momento de descrever de modo objetivo os fatores e subfatores que serão avaliados nas propostas, quanto no momento de se efetuar o julgamento propriamente dito. Isso porque, conforme já falado em tópico anterior, o processo de contratação pública é informado pelo princípio do julgamento objetivo, não cabendo descrições vagas e abstratas no edital tampouco o julgamento de propostas lastreado em preferências subjetivas.

Nada obstante, se realmente se pretende levar a cabo o objetivo regulatório de incentivo à inovação nas compras públicas, esses desafios devem ser encarados, primeiramente, no nível legal, extirpando anomalias como as aqui vistas de modo a tornar mais fácil e célere a utilização de critérios multifatores de julgamento das propostas, dando aos gestores a autonomia que lhes é devida no processo de contratação.

Nesse sentido, é de todo recomendável que a lei do pregão passe a prever critérios de julgamento multifatores que vão além do menor preço, ficando a disputa aberta e sucessiva restrita ao preço, afastando-se a possibilidade de alteração do conteúdo das propostas técnicas durante o leilão, conforme, aliás, já ocorre nas licitações sujeitas ao RDC, tanto no formato presencial quanto formato eletrônico.

A propósito, convém destacar que a Lei do RDC representou evolução no aspecto de incentivo à inovação, ao reduzir os requisitos e exigências burocráticas para utilização de critérios de julgamento distintos do menor preço, diferentemente do que insiste em fazer a Lei nº 8.666.

Em outra frente, é indispensável a criação de programas governamentais de caráter permanente para capacitação e treinamento dos gestores de compras e dos membros de comissão de licitação de modo a fornecer-lhes subsídios para bem desenhar uma contratação pública *innovation-friendly* e ampliar o uso de critérios multifatores de julgamento nas contratações públicas.

Para além da obediência a ritos procedimentais e princípios jurídicos, é necessário conceber a contratação pública, frise-se, como fonte de oportunidades para o setor público induzir inovação junto ao setor privado. Até mesmo, quando se utiliza o critério

de julgamento pelo menor preço, possibilidades podem e devem ser exploradas com vistas a extrair potencial inovativo dos contratos.

Nesse sentido, vem se consolidando cada vez mais a inclusão dos chamados custos indiretos do objeto na avaliação do seu preço. Com isso, o julgamento das propostas pelo menor preço não fica adstrito à análise exclusiva do valor apresentado pelo licitante pelo seu produto, mas leva em conta todo o ciclo de vida do objeto, analisando sua economicidade “do berço ao túmulo”, desde o planejamento e aquisição da matéria-prima necessária à sua fabricação até o descarte final pós-consumo; ou, ainda, do “berço ao berço”, em que se leva em conta a aquisição de um produto com base em seu ulterior regresso ao ciclo da natureza (compostagem) ou ciclo industrial (reciclagem).

No Brasil, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, indica que, no âmbito das compras governamentais, os serviços, as obras e, em especial, os produtos, devem ser avaliados levando-se em consideração todo o seu ciclo de vida<sup>321</sup>, desde o seu início, com a extração da matéria-prima, passando pelas etapas intermediárias, até o final da vida, com o descarte como resíduo<sup>322</sup>. A norma estabelece prioridade nas aquisições e contratações governamentais para produtos reciclados ou recicláveis, e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis<sup>323</sup>.

Também a Lei do RDC, ao disciplinar o julgamento pelo menor preço, dispõe que os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis<sup>324</sup>.

---

<sup>321</sup> De acordo com o artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 12.305, de 2010, o ciclo de vida do produto é a série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final.

<sup>322</sup> A Lei nº 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente preceitua, em seu artigo 13, inciso III, que o Poder Executivo deve incentivar as atividades voltadas ao meio ambiente, visando “iniciativas que propiciem a racionalização do uso de recursos ambientais”.

<sup>323</sup> Artigo 7º, inciso XI, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 12.305, de 2010.

<sup>324</sup> Artigo 19, e parágrafo único, da Lei nº 12.462, de 2011. Vale ressaltar que a Lei nº 8.666, de 1993, em seu artigo 12, incisos III, V e VII, também estabelece alguns requisitos para os projetos básicos e executivos das obras e serviços, contemplando preocupações de ordem ambiental.

No âmbito da Diretiva nº 2014/24/UE, da União Europeia, a avaliação dos custos de ciclo de vida do produto também é indicada como ferramenta para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa. O artigo 68 da norma comunitária aponta os fatores que devem compor o cálculo desses custos, sendo sua concepção bastante similar à prevista nas normas brasileiras:

1. O cálculo dos custos do ciclo de vida abrange partes ou a totalidade dos custos relevantes a seguir indicados ao longo do ciclo de vida de um produto, serviço ou obra:
  - a) Custos suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores, nomeadamente:
    - i) custos relacionados com a aquisição,
    - ii) custos de utilização, tais como consumo de energia e de outros recursos,
    - iii) custos de manutenção,
    - iv) custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem.
  - b) Custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao produto, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário; estes custos podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas.

A avaliação do custo do objeto pelo seu ciclo de vida tem sido vista na Europa como um dos meios mais eficazes para geração e difusão de inovação nas compras públicas, induzindo métodos produtivos mais sustentáveis, e também a concepção de produtos mais duráveis que consomem menos recursos naturais, como água e energia<sup>325</sup>.

Na Finlândia, houve um interessante exemplo de licitação que, utilizando o critério dos custos do ciclo de vida produto, acabou propiciando inovação. A licitação visava à aquisição de fechaduras de um hospital. Com o uso de fechaduras mecânicas, toda vez que uma chave era perdida, fazia-se necessária sua reinstalação devido a requisitos de segurança da entidade hospitalar. No caso de fechaduras digitais, o problema é resolvido com uma simples reprogramação. Uma das licitantes apresentou sistema de fechaduras que usa energia de rotação mecânica para ativar fechaduras digitais, não havendo,

---

<sup>325</sup> GEORGHIU, Luke; EDLER, Jacob; UYARRA, Elvira; YEOW, Jillian. Policy Instruments for Public Procurement of Innovation: Choice, Design And Assessment. *Technological Forecasting and Social Change*, 86, p. 1-12, 2014. Disponível em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162513002552?via%3Dihub>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

portanto, necessidade de uma fonte de energia. Embora as fechaduras mecânicas fossem mais baratas quando analisado somente o valor no momento da aquisição, as fechaduras digitais com uso de rotação mecânica foram consideradas menos dispendiosas levando-se em conta o ciclo de vida do produto no qual se inclui o custo da reinstalação. O objeto acabou sendo adjudicado a empresa iLOQ que desenvolveu o sistema, tendo o setor público economizado montantes substanciais, além de melhorado a segurança e a eficiência energética. No tocante à empresa, trata-se de uma das que apresentam mais rápido crescimento na Finlândia, tendo conseguido exportações para a Dinamarca, Holanda e Suécia<sup>326</sup>.

A avaliação do preço do objeto, incluindo os custos do seu ciclo de vida, constitui importante ferramenta a ensejar inovações de produtos, serviços e de processos produtivos, notadamente se levarmos em consideração a poderosa força indutora produzida pelas compras públicas no comportamento dos atores de mercado. Além disso, se os critérios caracterizadores dos custos indiretos forem concebidos de modo coordenado, articulando-se as políticas públicas de compras, de inovação e ambiental entre as três esferas da administração pública, os resultados podem ser extraordinariamente positivos.

### **3.3 – Licitação de resultados e a gestão dos riscos dos contratos**

De tudo o que visto até aqui, resta claro que a promoção de inovação na contratação pública requer que as licitações sejam desenhadas de forma a propiciar concorrência entre os particulares para a concepção de diferentes soluções que vão atender à necessidade da administração, ou seja, as licitações devem focar nos resultados a serem atingidos e não nos meios para tanto.

Não há dúvidas de que licitação de resultado tende a gerar mais inovação do que licitação de meio.

Na licitação de meio, a administração define, de antemão, as peculiaridades da prestação que será imposta ao contratante, sendo selecionado o concorrente que poderá

---

<sup>326</sup> OECD. Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies. Preliminary Print. Paris: OECD, 2016, p. 34.

executar essa prestação da maneira mais adequada, afinal o “meio” pelo qual será satisfeito o interesse público já foi escolhido e detalhado no edital<sup>327</sup>.

Na licitação de resultado ou “de fim”, a definição do “meio” integra o objeto da licitação, cabendo à Administração definir, apenas, o “fim” a ser atingido. Nesse caso, as propostas dos licitantes deverão incluir a definição das técnicas a serem utilizadas, as quais deverão ser as melhores para a consecução do “fim” almejado<sup>328</sup>.

Cita-se como exemplo de licitação de meio uma obra pública cujo método construtivo foi definido pela Administração. Já licitação de resultado, verifica-se quando a Administração licita a construção de um prédio sem definir se a obra utilizará concreto armado ou estrutura metálica<sup>329</sup>.

É justamente essa liberdade dada ao particular para explorar a melhor solução ao caso concreto que lhe confere ambiente favorável para inovar.

A distinção entre licitação de meio e de resultado é inspirada na clássica divisão bipartida das obrigações do direito privado entre obrigações de meio e de resultado.

Nas primeiras, não obstante haja um fim a ser atingido, o contrato se satisfaz com o comportamento diligente da parte: o cumprimento obrigacional não é dependente do resultado. Citam-se como exemplos desse tipo de obrigação os contratos com médicos ou advogados. Já nas obrigações de resultado, o cumprimento da obrigação só se dá quando a prestação devida atinge o objetivo predefinido pelas partes, tendo se como exemplos os contratos de transporte e de cirurgias plásticas<sup>330</sup>.

As normas gerais brasileiras de compras públicas adotam uma clara preferência para a licitação de meio, impondo, como regra, o estabelecimento no instrumento convocatório do detalhamento do modo de execução dos encargos que compõem o objeto, além da indicação de todos os itens ou insumos unitários que deverão ser empregados no

---

<sup>327</sup> ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>329</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>330</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *op. cit.*, p. 252.

contrato. Tem-se, assim, mais uma espécie de barreira à inovação nas contratações públicas brasileiras.

É certo que em relação aos contratos de fornecimento de bens, não há que se falar em obrigações de meio ou de resultado, visto que não há o ajuste de uma obrigação de fazer, mas sim de uma obrigação de dar, sendo os contratos de compras divididos apenas quanto a sua forma – integral ou parcelada. No primeiro caso, a entrega do bem se efetiva de uma só vez no prazo entabulado no edital e no contrato. Já a forma parcelada ocorre quando o objeto puder ser entregue em itens, lotes, etapas, parcelas etc., sendo exemplos: resmas de papel, material de limpeza, água, açúcar e café para entrega mensal em quantidades determinadas.

O modo como os contratos de fornecimento de bens vem sendo disciplinados pelas normas e celebrados no cotidiano da administração pública brasileira é contraproducente no que diz respeito ao incentivo à inovação. Além das normas sugerirem o uso de especificações técnicas claras dos produtos sem recorrerem às especificações por funcionalidades, há clara opção para a compra de produtos padronizados, encontrados em prateleira. Não por outro motivo, a modalidade de licitação mais utilizada para esses casos é o pregão, destinado a bens comuns, cujo critério de julgamento é exclusivamente pelo menor preço.

Sem embargo das legítimas finalidades balizadas pela eficiência econômica na opção pela padronização de bens e pelo uso do pregão para essas compras, fato é que, do ponto de vista da inovação, esse modelo tem pouco contribuído. Bem por isso, defensores do uso ampliado das compras públicas como instrumento de incentivo à inovação defendem um maior esforço para substituição da aquisição de produtos de prateleira por bens ou serviços dotados de inovação<sup>331</sup>.

A propósito, no contexto da chamada economia de serviços em que a prioridade para a compra de produtos vem sendo substituída para a contratação de serviços a atender as necessidades dos consumidores, esse esforço deve incluir até mesmo

---

<sup>331</sup> EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob, op. cit., p. 15.

inovações quanto à concepção da forma de soluções para administração, invertendo-se a lógica da compra de bens para a prestação de serviços.

Em relação à contratação de serviços e à execução de obras, também há uma clara preferência legal para que a administração detalhe pormenorizadamente os encargos que deverão ser cumpridos pelos contratados. Ao invés de deixar os particulares livres para a concepção dos meios que reputam mais adequados à consecução do objeto, a administração, na esmagadora maioria dos casos, é quem faz este trabalho.

A ausência de transferência de autonomia de gestão dos meios para os particulares nos contratos de prestação de serviços e de execução de obras traduz consequência evidente das opções disponibilizadas pelas normas gerais acerca dos regimes de execução de empreitada destinados aos contratos administrativos com esse tipo de objeto.

A noção de “empreitada” empregada no âmbito das normas gerais de contratação pública é semelhante à do direito privado, sendo concebida como “negócio jurídico por meio do qual a Administração atribui a um terceiro (empreiteiro) a obrigação de cumprir o encargo representado pela execução de um objeto que foi por ela definido como a solução adequada para atender sua necessidade<sup>332</sup>”.

O modo como essa empreitada será realizada pelo particular é ditada pelo regime de execução escolhido para a contratação. A definição do regime de execução visa ao estabelecimento da distribuição de responsabilidades e riscos entre os contratantes em face do que vier a ser encontrado durante a execução do ajuste. A fixação do regime de execução que será adotado no contrato constitui decisão de suma importância no processo de contratação pública, afetando precipuamente a maneira pela qual a execução do objeto será aferida, medida e paga. A lei geral de licitações e o RDC impõem a sua clara explicitação, desde logo, no instrumento convocatório.

No Brasil, os regimes de execução mais utilizados para os contratos de serviços e de obras são o de empreitada por preço global e por preço unitário<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> MENDES, Renato Geraldo, *op. cit.*, p. 195.

<sup>333</sup> Trata-se dos regimes de execução mais utilizados, no entanto, deve-se frisar que a Lei nº 8.666, prevê, em seu artigo 6º, inciso VIII, alíneas “d” e “e”, outros dois regimes: o de tarefa, quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; e o da empreitada

Na empreitada por preço global, a administração contrata a execução do objeto por preço certo e total, uma vez que possui a definição precisa de todos os encargos contratuais, tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo. É o caso, por exemplo, da contratação de obras para construção de uma creche em que a administração dispõe de todos os dados necessários (mão-de-obra, insumos, quantidades, etc.) para a definição completa dos encargos que compõem o objeto.

Na empreitada por preço unitário, embora o aspecto qualitativo dos encargos seja precisamente definido, não há possibilidade de precisar de antemão o aspecto quantitativo, ficando, assim, sujeito à apuração no momento da execução do contrato, mormente para fins de medição e remuneração do contratado. A título exemplificativo, vale citar os contratos para perfuração de poços artesianos ou de escavação de grandes proporções. Nessas hipóteses, a administração define os meios para consecução do objeto, mas, por não conseguir precisar as quantidades exatas que serão perfuradas ou escavadas, define uma unidade de medida (metro cúbico de terra, p. ex.) que será utilizada como critério para medição e pagamento.

Conquanto haja essa diferença entre um regime e outro em relação ao aspecto quantitativo do objeto, a utilização de ambos os regimes requer uma prévia definição da administração sobre a solução que deverá ser implementada pelo particular para o atendimento da necessidade administrativa, isto é, cabe à administração definir o que deve ser feito, com o que deve ser feito e como deve ser feito pelo contratado<sup>334</sup>.

A opção feita pela Lei nº 8.666 para a adoção de regimes de execução relacionados a licitações de meio nos casos de contratações de serviços e de obras deve-se a dois fatores inter-relacionados que representam duas faces da mesma moeda, quais sejam: a redução de custos e de riscos.

---

integral quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

<sup>334</sup> MENDES, Renato Geraldo, op. cit., p. 196.

Na licitação de meio, o contrato prevê remuneração mais reduzida ao particular na medida em que recaem sobre a administração os encargos atinentes à determinação das atividades necessárias à obtenção do resultado satisfatório. É a administração quem assume os riscos pela obtenção do resultado, não cabendo ao particular precificar esse tipo de risco na sua proposta<sup>335</sup>.

Sob outro prisma, licitações de resultado geram uma margem de incerteza maior quanto ao que será obtido ao final. Conquanto o risco seja assumido pelo particular contratado, tem-se que a licitação de resultado eleva a possibilidade de que o objeto não seja executado de modo satisfatório, aumentando, assim, as probabilidades de prejuízo à Administração e aos cidadãos em geral<sup>336</sup>. A elevação dos riscos nas licitações de resultado é a principal causa para a ausência de difusão desse tipo de contratação.

Além da questão dos riscos e dos custos, a opção preferencial por licitações de meio no Brasil deve-se à nossa tradição cartorial de prioridade para o controle sobre as atividades-meio desenvolvidas no âmbito da administração pública. Assim, ao invés de se focar no controle das metas e resultados que se quer alcançar com a contratação, prefere-se adotar regimes de execução e outros mecanismos excluindo a autonomia de gestão do particular, conferindo à Administração poderes fiscalizatórios e sancionatórios com vistas a exercer o controle sobre as atividades impostas aos contratados para a execução do ajuste.

Nesse sentido, aponta Schwind<sup>337</sup>:

a Administração Pública se preocupa normalmente com o controle de meios. Procura controlar exaustivamente a atuação do contratado sob o entendimento de que, dessa forma, atingem-se os resultados desejados. Os objetivos almejados seriam, assim, uma decorrência direta do emprego dos meios determinados pela Administração.

---

<sup>335</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013, p. 185.

<sup>336</sup> Ibidem, p. 187.

<sup>337</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78396>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Obviamente que os riscos e os custos são fatores que devem ser sempre levados em consideração no planejamento das contratações públicas, no entanto, já se viu no presente trabalho que a aversão ao risco e o foco exclusivo no menor preço dos contratos são elementos adversos à inovação nas contratações públicas. Aliás, de acordo com pesquisa realizada no Reino Unido, a aversão ao risco e a ênfase destacada ao menor preço estão entre as principais barreiras para a inovação nas aquisições públicas britânicas<sup>338</sup>.

A superação dessa suposta dicotomia entre redução de riscos e licitação focada em resultados passa necessariamente pelo aprimoramento da repartição dos riscos entre as partes no contrato público.

De modo geral, a distribuição dos riscos dos contratos administrativos costuma cingir-se à garantia da manutenção do “equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, através da alocação *ex ante* para a Administração dos riscos considerados extraordinários, indicados na lei como decorrentes de fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, força maior, caso fortuito, fato da Administração e fato do príncipe<sup>339</sup>.

Embora a Lei nº 8.666 não contenha qualquer vedação para que as partes contratantes disponham de modo distinto sobre a distribuição dos riscos ordinários e extraordinários; na prática, o critério distintivo utilizado para essa distribuição ainda fica por conta da tradicional separação, apontada na lei geral de licitações, entre álea ordinária, alocada ao particular; e extraordinária, alocada à Administração Pública.

Grosso modo, a álea ordinária corresponde aos riscos inerentes à dinâmica dos negócios privados; ao passo que a álea extraordinária diz respeito aos riscos mencionados

---

<sup>338</sup> GEORGHIU, Luke; EDLER, Jacob; UYARRA, Elvira; YEOW, Jillian. Policy Instruments for Public Procurement of Innovation: Choice, Design And Assessment. *Technological Forecasting and Social Change*, 86, p. 1-12, 2014. Disponível em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162513002552?via%3Dihub>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

<sup>339</sup> O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal impõe a manutenção das condições efetivas da proposta, nos termos da lei. A Lei nº 8.666, em seu artigo 65, inciso II, alínea “d”, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994, estabelece a possibilidade de alteração do contrato para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

acima, atribuídos, de praxe, à Administração. Esse modo tradicional de alocação dos riscos nos contratos administrativos deve-se fundamentalmente ao fraco tratamento dado pela Lei nº 8.666 sobre o assunto, e à ausência de uma cultura mais disseminada entre os gestores de compras acerca da necessidade de explicitação detalhada dos riscos e da distribuição das responsabilidades entre as partes.

Com efeito, além de alocar a maior parte dos riscos à Administração, essa fórmula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos, gerando, pela falta de clareza, toda a sorte de disputas entre as partes contratantes<sup>340</sup>.

Essa fórmula de distribuição de riscos peca pela incompletude, propiciando insegurança jurídica ao incentivar discussões infundáveis sobre a responsabilidade pelas despesas decorrentes de determinados eventos ocorridos durante a execução dos ajustes. Ademais, por não se ater às particularidades da contratação em específico, fere regra básica das ciências econômicas segundo a qual “cada tipo de risco deve ser transferido à parte em melhores condições de assumi-lo”.<sup>341</sup>

A discriminação detalhada das responsabilidades das partes pelos riscos surgidos durante a execução dos ajustes constitui premissa indispensável ao sucesso de uma licitação de resultado na medida em que propicia o exato conhecimento dos encargos do particular, facilitando, por conseguinte, sua adequada precificação.

No âmbito das contratações públicas brasileiras, a ideia de licitação de resultado com foco na gestão dos riscos tem começado a surgir de modo mais consistente, especialmente após a edição da Lei do RDC.

Um dos mecanismos orientados a essa direção é a contratação integrada que consiste num regime de execução destinado a obras e serviços de engenharia para os casos em que a administração não disponha de condições de identificar, de antemão, as

---

<sup>340</sup> Para JUSTEN FILHO: “inexiste critério objetivo capaz de diferenciar com proficiência álea ordinária e extraordinária. As tentativas em conceituar tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. Essa fórmula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400).

<sup>341</sup> COSSALTER, Phellipe. A “Private Finance Initiative”. Tradução de Marçal Justen Filho. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 6, ano 2. Abr./Jun. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12769>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

tecnologias e soluções técnicas que melhor se ajustem ao atendimento da sua necessidade<sup>342</sup>.

Diferentemente dos regimes de execução de empreitada por preço unitário e global, na contratação integrada a administração não dita os meios para o particular alcançar o resultado pretendido, cabendo a este definir as soluções técnicas mais apropriadas para execução dos encargos que lhe foram cometidos com vistas ao atingimento do resultado final demandado pela administração.

Nos casos de adoção desse regime, o instrumento convocatório é publicado juntamente com um anteprojeto, cabendo ao contratado a obrigação de elaborar projeto básico, executivo e executar as obras ou os serviços de acordo com a solução que entender mais pertinente. Evidentemente, os projetos apresentados pelo contratado devem passar pelo crivo da administração antes da execução das obras ou serviços.

---

<sup>342</sup> Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014) I - inovação tecnológica ou técnica; (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014) II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014) III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014) § 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. § 2º No caso de contratação integrada: I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo: a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei; c) a estética do projeto arquitetônico; e d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade; II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014) § 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas. § 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos: I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. § 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

É interessante notar que os pressupostos legais autorizadores da utilização desse regime de execução se fazem presentes justamente quando o objeto envolver alternativamente inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Em relação aos riscos na contratação integrada, a norma contempla a repartição objetiva de responsabilidades decorrentes de eventos supervenientes à contratação através da elaboração de matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, prevendo também a possibilidade de instituição de taxa de risco proporcional às contingências atribuídas ao particular.

A matriz de risco oferta segurança jurídica à contratação, mitigando a assimetria de informações entre contratante e contratado, bem como definindo, de modo claro e objetivo, as consequências contratuais resultantes de evento futuro.

Obviamente, quanto mais riscos assumidos pelo particular, maiores serão os encargos financeiros para adimplir os encargos decorrentes dessas responsabilidades, sendo, por conseguinte, também maior a taxa de risco a ser desembolsada pela administração.

A taxa de risco será devida ao contratado independentemente de os riscos efetivamente acontecerem durante a execução do ajuste, funcionando, assim, como verdadeiro mecanismo de incentivo à adoção de métodos e práticas mais eficientes, seguros e inovadores na medida em que uma maior produtividade na execução dos meios com gerenciamento apropriado dos riscos garantirá maiores retornos financeiros para o particular ao final do ajuste.

A contratação integrada é um interessante exemplo de modelagem de licitação de resultado que, se bem planejada, pode servir como instrumento de incentivo à geração de inovação no campo das contratações públicas.

O RDC também traz outras duas espécies de arranjos contratuais com foco nos resultados que podem ser considerados mecanismos favoráveis à inovação. Trata-se da remuneração variável e do contrato de eficiência.

Por meio do mecanismo da remuneração variável, a Administração pode estabelecer uma remuneração adicional ao particular nos contratos de serviços e obras, baseada no seu desempenho em relação ao atingimento de determinadas metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega, os quais devem ser previamente definidos no edital e no contrato<sup>343</sup>.

Assim, além da remuneração normal devida pela execução do objeto, conforme o padrão mínimo de qualidade contratado, a norma faculta a inserção de cláusula prevendo um *plus* na remuneração do contratado, caso vantagens adicionais, objetivamente fixadas pela administração, venham a ser atingidas com sua performance.

O mecanismo tem sido utilizado nos contratos de construções de pavimentos asfálticos, pagando-se remuneração adicional conforme o aumento do nível de qualidade do pavimento entregue. Evidentemente, há uma qualidade mínima abaixo da qual a proposta é desclassificada, no entanto, acima desse nível mínimo, pode haver variações qualitativas, daí a conveniência do uso do mecanismo como incentivo à obtenção da melhor qualidade do serviço nesses casos.

A remuneração variável, vinculada ao desempenho do particular, constitui mais uma ferramenta instituída no campo do direito administrativo premial. O incentivo econômico estipulado em favor do contratado com vistas ao atingimento de certos resultados tende a ser muito mais eficaz do que o modelo tradicional baseado exclusivamente no controle dos meios e na aplicação de sanções por descumprimento de cláusulas do ajuste.

A ferramenta possui excelentes qualificativos para ser utilizada como mecanismo da função regulatória de incentivo à inovação, podendo funcionar como fonte indutora para o aumento de níveis de qualidade e eficiência de determinados serviços e obras, e para o fomento à adoção de práticas e métodos produtivos mais sustentáveis do ponto de vista ambiental.

---

<sup>343</sup> Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

Já no contrato de eficiência<sup>344</sup>, o particular assume a obrigação de reduzir despesas correntes da administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual da economia gerada. A norma não confere nenhuma ênfase aos meios pelos quais o contratado deverá executar esses encargos, deixando-o livre para conceber as melhores soluções para o atingimento da meta de economia de despesas correntes<sup>345</sup>.

A ênfase aqui é única e exclusiva nos resultados, tanto assim, que a norma diz que esse tipo de contrato pode ser executado através de prestação de serviços, incluindo ou não, a critério do particular, a realização de obras e o fornecimento de bens.

Na licitação do contrato de eficiência, os concorrentes devem apresentar proposta de trabalho e de preços. A primeira deve conter as obras, serviços ou bens, com respectivos prazos de realização ou fornecimento; e a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, bem ou serviço e expressa em unidade monetária. Já a proposta de preços deve corresponder a um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

O critério de julgamento das propostas para essa modalidade contratual é sempre o do maior retorno econômico que consiste no resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço. Nesse caso, é possível que um licitante que apresente proposta com remuneração maior vença a

---

<sup>344</sup> Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada. § 2º Na hipótese prevista no caput deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento. § 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

<sup>345</sup> De acordo com o artigo 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, despesas correntes classificam-se em despesas de custeio e transferências correntes. Despesas de custeio são as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis. Transferências correntes são as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado. A aplicação do contrato de eficiência deve se situar, em virtude das finalidades da ferramenta, no campo das despesas de custeio.

licitação, desde que também apresente proposta contendo montante maior da redução das despesas correntes.

A título exemplificativo, suponha-se que a Administração lance uma licitação de contrato de eficiência visando à economia de suas despesas com energia elétrica. A empresa A, apresenta proposta assumindo que reduzirá esses gastos em \$ 500, com preço de 10% sobre esse montante; ao passo que a empresa B, apresenta proposta se comprometendo a diminuir em \$ 1000 essas despesas, com preço de R\$ 30% sobre essa quantia. Pelo julgamento do maior retorno econômico, a empresa B deve vencer a licitação por ter oferecido benefício líquido à administração maior (\$700) do que A (\$ 450).

A lei também dispõe sobre os riscos contratuais, especialmente para o caso em que não for gerada a economia contratada, estipulando a possibilidade de desconto na remuneração do contratado, multas, além da imposição de outras espécies de sanções contratuais.

O contrato de eficiência pode ser muito melhor aproveitado como arranjo contratual indutor de inovação, incentivando a geração e difusão de soluções para economia de gastos da administração, notadamente àquelas despesas relacionadas à conservação de bens imóveis, de material e de consumo (como água, energia, etc.). Em que pese seu alto potencial para promoção de inovação, muito pouco se tem observado na prática em relação à sua utilização.

De modo geral, a utilização ainda reduzida de licitações de resultado no âmbito da administração pública brasileira revela a persistência da cultura do setor público para o controle de procedimentos e dos meios empregados pelos particulares para a execução dos contratos. O Brasil caminha ainda a passos lentos para uma administração pública mais voltada ao atingimento de metas e de resultados.

Licitar com foco nos resultados exige também uma relação de maior confiança entre setor público e privado, atualmente bastante abalada em virtude da veiculação ininterrupta de notícias sobre escândalos envolvendo crimes praticados por agentes públicos e empresários cujo cenário se passa justamente no campo das contratações públicas.

Nada obstante, gestores de compras e membros de comissão de licitação vivem numa atmosfera de aversão completa ao risco, focando de modo quase que exclusivo no menor preço ao planejar as contratações públicas. Isso se deve não somente pela ausência de capacitação e treinamento adequados, mas precipuamente pelo receio de serem punidos em decorrência de interpretações rígidas e excessivamente formalistas dos órgãos de controle cuja atuação no controle dos meios tem se sobressaído frente à fiscalizatória de resultados<sup>346</sup>.

A despeito de todos esses elementos extralegais, no plano legal, a lei do RDC representa esforço e avanço na construção de arranjos contratuais focados nos resultados. Exemplos nessa direção são as ferramentas acima estudadas criadas no âmbito da Lei nº 12.462.

A promoção da função regulatória da contratação pública consistente no incentivo à inovação requer uma maior consolidação de ferramentas orientadas a essa direção. Nesse aspecto, andou bem o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, que institui normas sobre licitações e contratos da Administração Pública<sup>347</sup>, ao incorporar os mecanismos *innovation-friendly*, supra referidos, em suas disposições.

### 3.4 – Conclusões Parciais

O desafio de promover o incentivo à inovação através da aquisição governamental de bens, serviços e obras enseja um esforço para se conceber novos mecanismos legais orientados a essa finalidade em todas as fases do processo de aquisição, seja no planejamento, na licitação ou no contrato.

---

<sup>346</sup> 79,5% das auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União em 2013 (responsáveis por 61,8% dos homens-dias empregados pelo Tribunal em auditorias) eram de conformidade, e praticamente nenhuma era operacional. Auditoria de conformidade consiste no instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. Auditoria operacional é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. (FIUZA, Eduardo P.S.; MEDEIROS, Bernardo A. de. “A Agenda Perdida das Compras Públicas: rumo a uma reforma abrangente da Lei de Licitações e do arcabouço institucional”. Texto para Discussão - Ipea. Rio de Janeiro: Ipea, ago, 2014. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/zzzzztd\\_1990\\_web.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/zzzzztd_1990_web.pdf). Acesso em: 10 mai. 2017).

<sup>347</sup> O Projeto de Lei foi aprovado pelo Senado Federal, encontrando-se, atualmente, em trâmite na Câmara dos Deputados, sob nº 6.814/2017.

No cenário das normas gerais de contratação pública, há uma série de desafios que devem ser enfrentados para que se possa melhor explorar a finalidade regulatória de incentivo à inovação. Pode-se considerar que o maior desafio nesse aspecto diz respeito a uma maior consolidação da chamada licitação de resultado.

Em contraposição às licitações de meio em que a administração define, de antemão, os detalhes dos encargos que serão impostos ao contratante, as licitações de resultado são desenhadas de forma a propiciar concorrência entre os particulares para a concepção de diferentes soluções que vão atender à necessidade da administração. É justamente essa liberdade dada ao particular para conceber os melhores meios e explorar a melhor solução ao caso concreto que lhe confere ambiente favorável para inovar.

No tocante aos contratos de fornecimento de bens, não se aplica o raciocínio divisor entre obrigações de meio ou de resultado, visto que não há o ajuste de uma obrigação de fazer, mas sim de uma obrigação de dar. Sem embargo, o modo como os contratos de fornecimento de bens tem sido concebido no cotidiano da administração pública brasileira é contraproducente no que diz respeito ao incentivo à inovação. Além das normas sugerirem o uso de especificações técnicas claras dos produtos sem recorrerem às especificações por funcionalidades, há clara opção para a compra de produtos padronizados, encontrados em prateleira, avaliados exclusivamente pelo critério do menor preço.

No âmbito da contratação de serviços e obras, há uma clara preferência legal para adoção de regimes de execução detalhistas em relação aos encargos que deverão ser cumpridos pelos contratados. Assim, ao invés de deixar os particulares livres para a concepção dos meios que reputam mais adequados à consecução do objeto, a administração, na esmagadora maioria dos casos, é quem cumpre esta tarefa.

As bemvindas exceções a essa regra são o regime de empreitada integral e o da contratação integrada, sendo esta última novidade trazida pelo RDC. A propósito, a Lei nº 12.462, de 2011, representou avanço na construção de arranjos contratuais focados nos resultados, tendo também instituído nessa linha, o contrato de eficiência e a remuneração variável.

Outro obstáculo à inovação imbricado com a ideia de licitação de resultado diz respeito às regras estabelecidas nas normas gerais impondo que o objeto da licitação seja definido de modo claro e completo no instrumento convocatório, não se admitindo maiores flexibilidades na fixação da solução perseguida pela administração.

Assim sendo, cabe à própria administração identificar previamente a sua necessidade e conceber integralmente a solução, incumbindo aos agentes econômicos contratados apenas proceder, quase que de modo automático, ao fornecimento do bem, à prestação dos serviços ou à execução das obras, nos exatos e detalhados termos em que previstos no instrumento convocatório.

A determinação legal de definição clara e precisa do objeto termina por arrefecer as possibilidades de se trazer soluções inovadoras provenientes da inventividade dos atores do mercado para o atendimento da demanda do órgão público. A ideia de buscar soluções inovadoras concebidas pelos atores do mercado requer que o objeto da licitação e suas especificações sejam definidos de modo mais aberto com base em funcionalidades ou performances a serem atingidas para o atendimento da necessidade da administração, na linha do que previsto na Diretiva 2014/24/UE, da União Europeia.

Dessa forma, em vez de se licitar um objeto através do detalhamento minucioso de todas as características, especificações técnicas e custos unitários de cada item, a licitação deve ser feita para selecionar a melhor solução em termos de performance e desempenho a suprir a real necessidade da administração.

Para selecionar a melhor solução técnica em termos de performance ofertada pelos concorrentes, a adoção do critério de julgamento pelo menor preço não é a melhor opção para avaliação, sendo essa alternativa insuficiente e pobre. No entanto, essa é a opção utilizada na esmagadora maioria das licitações brasileiras até porque é considerada a preferencial pelas normas gerais (única possível no pregão). A padronização do objeto e o critério prioritário de seleção do parceiro privado centrado no preço são considerados graves entraves à indução de inovação através das contratações públicas.

A utilização de critérios de julgamento distintos do menor preço como melhor técnica ou técnica e preço com base na Lei nº 8.666 representa uma verdadeira odisséia

procedimental recheada de obstáculos burocráticos inócuos cujo fim, aliás, pode se revelar frustrante na medida em que tais critérios não deixam de privilegiar o menor preço ofertado.

Promover o incentivo à inovação através das compras públicas exige a adoção de critérios de julgamento distintos do menor preço já que esta forma de avaliação privilegia a aquisição de bens e serviços de prateleira, desprovidos de qualquer característica ligada à inovatividade. Em regra, no critério do menor preço, não há incentivos para que os participantes ofereçam qualidade (e inovação) superior à apresentada na descrição mínima do objeto no instrumento convocatório. Nesse sentido, a consecução da finalidade regulatória de incentivo à inovação requer que a avaliação da vantajosidade da administração seja fundada em outros fatores ligados à qualidade da concepção técnica da proposta, como organização, tecnologias ou recursos materiais e práticas sustentáveis utilizados nos trabalhos. Em suma: deve-se estimular a adoção de critérios de julgamento baseados em critérios multifatores.

Outro desafio diz respeito à escassez de mecanismos formais pré-licitatórios e durante a licitação que possibilitem uma interação efetiva entre a administração demandante e os fabricantes de bens ou prestadores de serviços, sendo insuficiente, para fins de fomento à inovação, o relacionamento impessoal e cheio de assimetria de informações que se tem em um ambiente formalmente rígido de uma licitação ordinária. Atualmente, a Administração define praticamente sozinha os detalhes da contratação, especificando projetos, termos de referência, modelos jurídicos e financeiros, antes de oferecê-los à iniciativa privada, mediante a realização de licitações.

Nesse sentido, demonstra-se relevante o estabelecimento de diversificados canais de comunicação entre a administração e as empresas do ramo para, através de uma relação dialógica, definirem solução alinhada ao que há de mais inovador no mercado e que melhor atenda a necessidade administrativa. Uma das ferramentas que mais vem recebendo destaque nessa direção é o chamado diálogo competitivo. Adotado pelas Diretivas da União Europeia desde o ano de 2004, o mecanismo destina-se à promoção do diálogo entre a administração e empresas, nas hipóteses em que aquela não estiver em condições de definir sozinha os meios técnicos ou soluções técnicas de que necessita para

efetuar o edital, ou ainda quando não puder estabelecer por si mesma a moldagem jurídica ou financeira do contrato. Mais do que uma mera etapa do planejamento da contratação pública, o diálogo competitivo consiste numa modalidade de licitação que segue preceitos especiais, devendo ser utilizado nos casos de projetos inovadores ou de contratações que envolvam certa complexidade.

No Brasil, a escassez de mecanismos desse jaez deve-se à visão tradicionalmente adotada em relação às contratações públicas, fundada na desconfiança em relação ao setor privado, na redução da atuação discricionária do gestor e na verticalidade das relações travadas entre administração e particulares. A propósito, com o enfraquecimento das ideias formalistas e excessivamente burocráticas que permearam a moldagem das normas licitatórias brasileiras, especialmente da Lei nº 8.666, mecanismos de atuação consensual entre a administração e particulares têm se feito cada vez mais presentes no campo das contratações públicas brasileiras.

De certa forma, as normas gerais de contratações públicas refletem uma face importante da administração pública no Brasil, ainda fortemente focada no controle de procedimentos e dos meios empregados pelos particulares para a execução dos contratos (Lei nº 8.666), mas seguindo o caminho rumo a uma gestão mais voltada ao atingimento de metas e de resultados (Lei nº 12.462).

O desafio de induzir inovação por meio das compras públicas exige não somente a eliminação das barreiras e obstáculos legais vistos no presente capítulo, mas coloca também a necessidade de um novo olhar para o processo de contratação pública, menos focado no cumprimento de formalidades inócuas e no controle dos meios empregados pelo particular, e mais na vantajosidade dos resultados da aquisição, concebendo-a, ademais, como fonte de oportunidades para o setor público induzir inovação junto ao setor privado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Incentivar inovação através das aquisições governamentais exige muito mais do que a criação de mecanismos legais instituindo discriminações positivas a favor de segmentos da indústria escolhidos pelas autoridades. É preciso conceber um novo processo de contratação pública de bens, serviços e obras, dotado de ferramentas capazes de induzir inovatividade dos parceiros privados.

Uma articulação consistente entre a política de estímulo à inovação com a de compras públicas exige esforço nessa direção, garantindo, de um lado, a preservação do princípio da competitividade ínsito ao procedimento licitatório, e de outro, a consecução da relevante finalidade regulatória de incentivo à inovação do setor privado.

No âmbito das normas gerais brasileiras de licitação e contrato administrativo, há uma série de desafios que devem ser enfrentados para tornar o processo de contratação pública um ambiente *innovation-friendly*.

A Lei nº 8.666, com suas regras excessivamente detalhistas que sufocam a atuação discricionária do gestor, praticamente não confere espaço para o desenho de contratação

alinhado com o objetivo de promoção da inovação. Em que pese a modificação feita pela Lei nº 12.349, de 2010, introduzindo a promoção do desenvolvimento nacional sustentável dentre as suas finalidades, é incontestável a incapacidade das ferramentas trazidas pela Lei Geral de Licitações no tocante à atuação indutora de inovação junto ao setor privado.

O pregão, apesar de ter representado inovação para a administração especialmente em relação ao formato eletrônico da modalidade que trouxe maior agilidade e menores dispêndios para o processo de seleção, não trouxe grandes contribuições para o fomento à inovação das empresas, especialmente porque se destina à aquisição de bens e serviços padronizados, avaliados sempre pelo critério do menor preço.

Já o Regime Diferenciado de Contratação Pública representou avanço no tocante ao estímulo à inovação via compra governamental, incorporando a ideia de que o processo de contratação pública pode servir como instrumento de regulação. O RDC tem como princípio o desenvolvimento nacional sustentável, e o incentivo à inovação tecnológica como um dos seus objetivos. A lei conta com ferramentas favoráveis ao incentivo à inovação, como a contratação integrada, a remuneração variável, o contrato de eficiência, além da facilitação, em relação à Lei nº 8.666, da utilização de critérios de julgamento focados em outros fatores e não somente no menor preço. Demais disso, a norma, inspirada na ideia do minimalismo legal, confere maior margem de liberdade para o gestor desenhar a contratação conforme as especificidades do caso concreto, facilitando, assim, a criação de modelagem licitatória e contratual mais consentânea com o objetivo regulatório de indução de inovação.

Conforme demonstrado no Capítulo 3, há uma série de mecanismos considerados indispensáveis para a construção de um processo de contratação pública favorecedor de inovação. Esses mecanismos devem ser incorporados em todas as fases do processo de contratação pública, seja a do planejamento, da licitação e do contrato.

Durante a fase do planejamento, é fundamental a consolidação de ferramentas que promovam interação entre a administração pública demandante e os fabricantes de bens e prestadores de serviços a garantir uma qualificada relação dialógica entre consumidor

e produtor, propiciando melhores condições para se definir a solução alinhada ao que há de mais inovador no mercado e que melhor atenda a necessidade administrativa.

O incentivo à inovação na compra pública requer também uma maior consolidação da chamada licitação de resultado, em contraposição às fartamente utilizadas licitações de meio onde a administração define, de antemão, os detalhes dos encargos que serão impostos ao contratante. Nas licitações de resultado, a concorrência foca na concepção de diferentes soluções apresentadas pelos particulares que vão atender à necessidade da administração. Essa liberdade conferida ao particular para conceber os melhores meios e explorar a melhor solução ao caso concreto compõe um cenário muito mais favorável à inovação.

Nesse sentido, a definição das especificações do objeto da licitação deve ser mais aberta, feita com base em funcionalidades ou performances a serem atingidas. Ao invés de se licitar um objeto através do detalhamento minucioso de todas as suas características e especificações técnicas, a licitação deve selecionar a proposta que apresente especificações como melhor solução em termos de performance e desempenho para suprir a necessidade da administração.

A consecução da finalidade regulatória de incentivo à inovação requer também que a avaliação da vantajosidade da administração no momento do julgamento das propostas seja fundada em fatores distintos do menor preço, como a qualidade da concepção técnica da proposta, organização, tecnologias empregadas, recursos materiais e práticas sustentáveis utilizados nos trabalhos. Para estimular empresas a inovar, é preciso ampliar a utilização de critérios de julgamento focados em outros fatores, sendo, para tanto, necessário, facilitar no plano legal a adoção de critérios de julgamento distintos do menor preço.

Ainda que se adote o critério do menor preço na licitação, é preciso consolidar e ampliar a avaliação do preço pelos chamados custos indiretos do objeto. Dessa forma, o julgamento das propostas pelo menor preço não deve ficar adstrito à análise exclusiva do valor apresentado pelo licitante pelo seu produto, mas levar em conta todo o ciclo de vida do objeto, através da análise da sua economicidade “do berço ao túmulo”, desde o planejamento e aquisição da matéria-prima necessária à sua fabricação até o descarte

final pós-consumo; ou, ainda, do “berço ao berço”, em que se leva em conta a aquisição de um produto com base em seu ulterior regresso ao ciclo da natureza (compostagem) ou ciclo industrial (reciclagem).

A avaliação do custo do objeto pelo seu ciclo de vida tem sido considerada um dos meios mais eficazes para geração e difusão de inovação nas compras públicas, induzindo métodos produtivos mais sustentáveis, e também a concepção de produtos mais duráveis que consomem menos recursos naturais, como água e energia.

O atingimento de melhores resultados na consecução da finalidade regulatória de incentivo à inovação na contratação pública exige mudanças que vão além de alterações no plano legal. É necessário conceber um novo olhar sobre o processo de contratação pública, menos focado no excessivo controle sobre os meios empregados pelos particulares para a execução do objeto e mais centrado no controle das metas e resultados a serem alcançados pela solução proposta pelo particular.

É preciso mudar o cenário hodierno das compras públicas brasileiras composto por encargos detalhados, controles rígidos de meios, falta de liberdade para exploração da criatividade, desconfiança em relação ao setor privado, ênfase na verticalidade na relação administração-contratado, cerceamento da atuação discricionária do gestor e ausência de foco nos resultados.

Do ponto de vista dos órgãos de gestão, a mudança dessa perspectiva traz à tona a necessidade de criação de programas governamentais de caráter permanente visando à capacitação e treinamento dos gestores de compras e dos membros de comissão de licitação de modo que a contratação pública passe a ser vista mais do que um mero processo administrativo necessário para aquisição de bens, serviços e obras, mas também como fonte de oportunidades para o setor público viabilizar políticas públicas, dentre as quais a de incentivo à inovação.

Treinar e capacitar os servidores para desenvolver novas habilidades nessa direção são fundamentais, afinal a tarefa de desenhar uma contratação pública indutora de inovação não é trivial, trazendo desafios como a utilização de critérios multifatores de

juízo das propostas, a alocação dos riscos contratuais entre as partes e a gestão destes durante o ajuste.

Também os órgãos de controle possuem papel fundamental para a integração da política de inovação nacional com a de compras públicas, devendo aferrar-se menos no controle de procedimentos e de meios, e mais no controle das metas e resultados perseguidos pela contratação como um todo, incluindo as finalidades regulatórias da aquisição governamental. Aliás, a geração de inovação por meio de uma contratação pública deve ser computada como um extraordinário ganho para os resultados da contratação.

De certa forma, o ambiente das contratações públicas brasileiras reflete uma faceta importante da administração pública no país. Apesar de ainda fortemente enraizada na concepção de controle de “procedimentos”, com redução da atuação discricionária do gestor de compras e fiscalização apertada dos meios empregados pelos particulares para a execução dos contratos (p. ex., Lei nº 8.666), tem-se caminhado rumo a um horizonte de gestão mais voltada ao atingimento de metas e de resultados dos contratos, conferindo-se maior liberdade para o gestor desenhar a contratação, e com maior enfoque à performance dos contratados (p. ex. Lei nº 12.462). Esse movimento, observado no âmbito das normas gerais de contratação pública, aponta para um cenário muito mais propício ao uso das compras do Estado para o estímulo à inovação.

A utilização do poder das compras do Estado como instrumento indutor de inovação no setor privado requer um debate mais qualificado sobre o modo de se atingir esse objetivo. O presente trabalho pretendeu contribuir para essa discussão que, embora muito relevante, ainda se apresenta incipiente no Brasil. Novas pesquisas em relação ao tema merecem ser feitas, inclusive através do estudo de casos de sucesso de inovações nas aquisições públicas. Para incentivar inovação na contratação pública, é preciso, antes de tudo, inovar o modo de pensar a contratação pública.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVITZ, Moses. Resource and Output Trends in the United States since 1870. *American Economic Review, Papers and Proceedings of the American Economic Associations*, 46, p. 5-23, mai., 1956.

ALMEIDA, João Amaral e. Reflexões sobre o princípio do julgamento objetivo das propostas: os desafios brasileiros e a experiência europeia. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80267>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e Contratação Integrada na Prática – 250 Questões Fundamentais*. Belo Horizonte: Forum, 2014.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra. *Licitação nas empresas estatais*. Comentário n. 105, de 01.08.2000. Disponível em <<http://www.celc.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARROW, K. Economic Welfare and the Allocation of resources for Invention. In: GROVES, Harold M., Chairman, Universities-National Bureau Committee for Economic research.

The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors. Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research, 1962, p. 609-626.

ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of Public Procurement*, vol. 10, n. 2, Academies Press, p. 149-186, 2010.

ARRUDA, Mauro; VERMULM, Roberto; HOLLANDA, Sandra. Inovação tecnológica no Brasil: a indústria em busca da competitividade global. São Paulo: Anpei, 2006. Disponível em: <[www.anpei.org.br/download/estudo\\_anpei\\_2006.pdf](http://www.anpei.org.br/download/estudo_anpei_2006.pdf)>. Acesso: em 2 set. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. Brasil Maior. Inovar para competir. Competir para crescer. Balanço Executivo: 2 anos. Brasília: ABDI, 2010. Disponível em [http://www.abdi.com.br/Estudo/PBM%20-%20Balan%C3%A7o\\_.pdf](http://www.abdi.com.br/Estudo/PBM%20-%20Balan%C3%A7o_.pdf). Acesso: em 19 jan. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. Direito da Inovação. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias após a Emenda Constitucional nº 85 (2015). Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito\\_ao\\_desenvolvimento\\_2015.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito_ao_desenvolvimento_2015.pdf)>. Acesso: em 20 out. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. Ciência e Inovação sob a Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 916, p. 267-295, fev. 2012.

BITTENCOURT, Sidney. Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2015.

BOLTON, Phoebe. Government procurement as a policy tool in South Africa. *Journal of Public Procurement*, v. 6, n. 3, p. 193-217, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BOUND, Kirsten; PUTTICK, Ruth. Buying power? Is the Small Business Research Initiative for procuring R&D driving innovation in the UK? Nesta Research Report, jun/2010. Disponível em <[https://www.nesta.org.uk/sites/default/files/buying\\_power\\_report.pdf](https://www.nesta.org.uk/sites/default/files/buying_power_report.pdf)> Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 2.177, DE 2011, do Sr. Bruno Araújo, que “institui o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação” (PL 2177/11). Brasília, 2013. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1240923&filename=PRL+2+PL217711+%3D%3E+PL+2177/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1240923&filename=PRL+2+PL217711+%3D%3E+PL+2177/2011)> Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2013 (Deputada Sra. Margarida Salomão e outros). Brasília, 2013. Disponível em <[http://www.andifes.org.br/wp-content/files\\_flutter/1383139499PEC290-2013.pdf](http://www.andifes.org.br/wp-content/files_flutter/1383139499PEC290-2013.pdf)> Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos Interministerial nº 104/ MP/MF/MEC/MCT, de 18 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm)>. Acesso em: 16 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos Interministerial nº 22 – MP/MF/MDIC/MCTI, de 10 de agosto de 2012. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Mpv/580.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/580.htm)>. Acesso em: 18 out. 2016.

\_\_\_\_\_. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019. Disponível em <<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1712401/Estrat%C3%A9gia+Nacional+d e+Ci%C3%A4ncia%2C%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+2016-2019/0cfb61e1-1b84-4323-b136-8c3a5f2a4bb7>> Acesso em: 9 out. 2016.

\_\_\_\_\_. BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator: BRITTO, Ayres. Relator p/ Acórdão FUX, Luiz. Julgado em 16/04/2015. Acórdão Eletrônico DJe-254, divulgado em 16.12.2015. Publicado no Diário Oficial da União em 17.12.2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Brasília: Revista do Serviço Público, Ano 47, número 1, jan./abr 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencia l.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

CABRAL, Luís M. B.; COZZI, Guido; DENICOLO, Vincenzo; SPAGNOLO, Giancarlo; ZANZA, Matteo. Procuring innovations. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo. (eds). Handbook of Procurement. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 483-529.

CAETANO, Marcelo. Manual de ciência política e direito constitucional. 6ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1970, reproduzida no Brasil: Direito Constitucional. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

CAMARGOS, Natália Morato; MOREIRA, Marina Figueiredo. Compras para a Inovação no Ministério da Saúde – no Discurso, Sim; na Licitação, Não. Contabilidade, Gestão e Governança. Brasília, vol. 18, n. 3, p. 126-141, set./dez. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais pragmáticas, Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena M.M. O foco em arranjos produtivos e inovativos locais de micro e pequenas empresas. In: Pequena empresa: cooperação e desenvolvimento local. LASTRES, H.M.M; CASSIOLATO, J.E.; MACIEL, M.L. (orgs). Rio de Janeiro: Relume Dumará Editora, 2003

CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena M. M. Sistemas de inovação e desenvolvimento: As implicações de políticas. São Paulo em Perspectiva, v. 19, n. 1, p. 34-45, jan./mar. 2005.

CHAMBERLIN, Edward E. The theory of monopolistic competition. Cambridge: Harvard University Press, 1933.

CIBINIC, John; NASH, Ralph C. Formation of Government Contracts. 3 ed. Washington, DC: George Washington University Press, 1998.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso Futuro Comum. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSSALTER, Phellipe. A “Private Finance Initiative”. Tradução de Marçal Justen Filho. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 6, ano 2, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12769>>. Acesso em 20 jul. 2017.

COSTA, André Lucirton. Licitação, concorrência e preço: análise da Lei de Licitação com base em modelos de concorrência e formação de preços. Revista da Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 32, p. 195-208, mai./jun. 1998.

DAL POZ, Maria Ester; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e riscos no patenteamento de Biotecnologias: a situação brasileira corrente. In: BARBOSA, Denis Borges et al. Propriedade Intelectual e biotecnologia. Curitiba: Juruá, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE NEGRI, Fernanda. Elementos para a análise da baixa inovatividade brasileira e o papel das políticas públicas. Revista USP. São Paulo, nº 93, p. 81-100, março/maio, 2012.

DE NEGRI, J. A.; SALERNO, M. S. (Eds.). DE NEGRI, F. Padrões tecnológicos e de comércio exterior das firmas brasileiras. In: DE NEGRI, J. A.; SALERNO, M. S. (Eds.). Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras. Brasília: Ipea, 2005.

DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY – DTI. Innovation Report. Competing in the global economy: the innovation challenge. December, 2003. Disponível em: <<http://www.berr.gov.uk/files/file12093.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

DROMI, José Roberto. Licitación pública. Buenos Aires: Ediciones Ciudad argentina, 1995.

EDLER, J. Demand policies for innovation. Manchester Business School, 2009. (Working Paper, n. 579). Disponível em: <http://goo.gl/wdYDI4>. Acesso em: 10 fev. 2016.

EDLER, Jakob; GEORGHIOU, Luke. Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side, 2007. Research Policy 36, p. 949-963. Disponível em: <<http://goo.gl/8Msnal>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

EDLER, Jakob; RUHLAND, Sascha; HAFNER, Sabine; RIGBY, John; GEORGHIOU, Luke; HOMMEN, Leif; ROLFSTAM, Max; EDQUIST, Charles; TSIPOURI, Lena; PAPADAKOU, Mona. Innovation and public procurement. Review of issues at stake. Study for the European Commission (No ENTR/03/24). Final Report. Fraunhofer Institute Systems and Innovation Research. December/2005. Disponível em <[http://cordis.europa.eu/innovation-policy/studies/pdf/full\\_study.pdf](http://cordis.europa.eu/innovation-policy/studies/pdf/full_study.pdf)>. Acesso em: 10 mai. 2017.

EDQUIST, Charles. Introduction. In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob. Public Procurement for Innovation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

EDQUIST, Charles; HOMMEN, Leif. Public Technology Procurement and Innovation Theory. In C., Edquist, L. Hommen, and L. Tsiouri (Eds.), Public technology procurement and innovation. Boston / Dordrecht / London: Kluwer Academic Publishers. 2000.

EDQUIST, Charles.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon M. Public Procurement for Innovation (PPI) as mission-oriented innovation policy. Research policy, v. 41, n. 10, p. 1.757-1.769, Dec. 2012.

ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos, Coimbra: Livraria Almedina, 2013.

EUROPEAN COUNCIL. Lisbon European Council - Presidency Conclusions. 2000. Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe. SEC(2007) 1668. Brussels, December, 2007.

FABRE, Flávia Moraes Barros Michele. Função Horizontal da Licitação e da Contratação Administrativa. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito do Estado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 72, nº 3, ano XXVII, p. 27-36. jul./set. 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIUZA, Eduardo P.S.; MEDEIROS, Bernardo A. de. A Agenda Perdida das Compras Públicas: rumo a uma reforma abrangente da Lei de Licitações e do arcabouço institucional. Texto para Discussão. Rio de Janeiro, IPEA, ago, 2014. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/zzzzztd\\_1990\\_web.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/zzzzztd_1990_web.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

FREEMAN, Christopher. A economia da inovação industrial. Tradução de André Luiz Sica de Campos e Janaína Oliveira Pamplona da Costa. Campinas: Ed. Unicamp, 2008.

FURTADO, Celso. O capitalismo global. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos. Casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GEORGHIOU, Luke; EDLER, Jacob; UYARRA, Elvira; YEOW, Jillian. Policy Instruments for Public Procurement of Innovation: Choice, Design And Assessment. *Technological Forecasting and Social Change*, 86, p. 1-12, 2014. Disponível em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162513002552?via%3Dihub>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

GEROSKI, P. A. Procurement policy as a tool of industrial policy. *International review of applied economics*, v. 4, n. 2, p. 182-198, 1990.

GONÇALVES, Pedro Costa. Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de Contratação Pública*. Vol. III. Coimbra: Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HOFFMANN, Gleisi. Quem tem medo do RDC? Folha de São Paulo. *Tendências/Debates*. 26 abr 2014.

INÁCIO JR., Edmundo; RIBEIRO, Cássio Garcia. Mensurando o mercado de compras governamentais. *Caderno de Finanças Públicas*, n. 14, p. 265/287, dez./2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Pesquisa de inovação: 2014/IBGE, Coordenação de Indústria. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA – IPEA. A reforma da lei nº 8.666/93 e do arcabouço legal das compras públicas no Brasil: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado. Brasília, Nota Técnica nº 8, nov. 2013. Disponível em <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5766/1/NT\\_n08\\_Reforma-Lei-866693-arcabouco-legal\\_Diset\\_2013-out.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5766/1/NT_n08_Reforma-Lei-866693-arcabouco-legal_Diset_2013-out.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2016.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 11, n. 39, p. 94-100, jan./mar. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KIM, Linsu; NELSON, Richard (orgs.). *Tecnologia, aprendizado e inovação: as experiências das economias de industrialização recente*. Tradução de Carlos D. Szlak. Campinas: Ed. Unicamp, 2005.

KRISHNA, Vijay. *Auction theory*. New York: Elsevier, 2002.

LEMBER, Veiko; KATTEL, Rainer; KALVET, Tarmo. Public Procurement and Innovation: Theory and Practice. In: LEMBER, Veiko; KATTEL, Rainer; KALVET, Tarmo. (eds.) *Public*

Procurement for Innovation Policy: International Perspectives. Berlin: Springer, 2014, p. 13-34.

LUNDEVALL, Bengt-Åke. National systems of innovation: towards a theory of innovation and interactive learning. London: Pinter, 1992.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. t. 3. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

MARX, Karl. O Capital. Vol. 2. 3ª edição, São Paulo, Nova Cultural, 1988.

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

MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. Natural Resources Forum, v. 28, p. 257-267, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública – Fases, Etapas e Atos. Curitiba: Zênite, 2012.

MONTEIRO, Vera. Licitação na modalidade de pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCnd=86115>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MOREIRA, Marina Figueiredo. Quando o Governo é Mercado: Compras Governamentais e Inovação em Serviços de Software. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Administração – PPGA). Brasília: Universidade de Brasília - UNB, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Contabilidade - FACE, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, e BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC – Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Temas polêmicos de licitações e contratos. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 92, ago. 2009. Disponível

em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=62157>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

MOURÃO, Victor; CANTU, Rodrigo. Public procurement and innovation in Brazil: A changing course of public procurement policy? In: LEMBER, Veiko; KATTEL, Rainer; KALVET, Tarmo. (eds). Public Procurement, Innovation and Policy: International Perspectives. Berlin: Springer, 2014. p. 65-92.

NAZARENO, Cláudio. As mudanças promovidas pela Lei Nº 13.243, DE 11 DE JANEIRO DE 2016 (Novo Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação) e seus impactos no setor. Estudo Técnico Junho/2016. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. Disponível em <[http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema11/2016\\_7581\\_mudancas-promovidas-pela-lei-13-243-marco-legal-cti-claudio-nazareno](http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema11/2016_7581_mudancas-promovidas-pela-lei-13-243-marco-legal-cti-claudio-nazareno)>. Acesso em: 12 dez. 2016.

NELSON, Richard; WINTER, Sidney. An evolutionary theory of economic change. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. Fórum Administrativo - Direito Público - FADM, Belo Horizonte, n. 100, ano 9 jun. 2009. Disponível em: <[http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=57932](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=57932)>. Acesso em: 31 jul. 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Poder de compra governamental como fator de indução ao desenvolvimento – faceta extracontratual das licitações. Revista Fórum Dir. Fin. e Econômico – RFDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 155-172, set./fev. 2015.

PALMBERG, Christoffer. Technical systems and competent procurers - the transformation of Nokia and the Finnish telecom industry revisited? Telecommunications Policy, v. 26, p. 129-148, 2002.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Government at a glance – 2013. Disponível em: <[http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2013\\_gov\\_glance-2013-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2013_gov_glance-2013-en)>. Acesso em: 8 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies. Preliminary Print. Paris: OECD, 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Oslo – Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª ed. Paris: OCDE, 2005.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Manual de Frascati: Proposta de práticas exemplares para inquéritos sobre investigação e desenvolvimento experimental. Coimbra: OCDE, 2007.

\_\_\_\_\_. Relatórios Econômicos da OCDE – Brasil. 2015. Paris: OCDE, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente de Estocolmo (Declaração de Estocolmo). Disponível em

<[http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 8 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

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

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Desenvolvimento sustentável em licitações e contratos públicos: regulamentação, políticas de contratação e discricionariedade administrativa. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 30-40, mar. 2016.

ROLFSTAM, Max. Understanding public procurement of innovation: definitions, innovation types and interaction modes. Rochester, NY: Social Science Research Network, Feb./2012. Disponível em: <<http://goo.gl/N185B9>>. Acesso em: 22 set. 2016.

ROSENBERG, Nathan. Por dentro da caixa preta: tecnologia e economia. Tradução de José Emílio Maiorino. Campinas: Ed. Unicamp, 2006.

\_\_\_\_\_. Perspectives on Technology. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROTHWELL, R.; ZEGVELD, W. Industrial innovation and public policy: preparing for the 1980s and the 1990s. (Contributions in Economics and Economic History, Book 42). Westport: Greenwood Press, 1981.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78396>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, Alberto Carvalho da. Descentralização em política de ciência e tecnologia. Estudos Avançados, São Paulo, v. 14, n. 39, mai/ago. 2000.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico Nacional*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Ricardo Pereira. *Compras governamentais: características das firmas industriais e participação das que inovam*. In: DE NEGRI, J. A.; SALERNO, M. S. (Orgs.). *Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras*. Brasília: Ipea, 2005. p. 299-324.

SOLOW, R. A. *Technical change and the aggregate production function*. *The Review of Economics and Statistics*, v. 39, Aug. 1957.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SQUEFF, Flavia H. S. *O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro*. (Texto para Discussão, n. 1.922). Brasília: IPEA, 2014.

STOKES, Donald. *O Quadrante de Pasteur. A ciência básica e a inovação tecnológica*. Campinas: Ed. Unicamp, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Como reformar licitações? Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, v. 11, n. 54, p. 19–28, mar./abr., 2009.

\_\_\_\_\_. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 55-79, mar./ago. 2012.

SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. *Instituições e políticas industriais e tecnológicas: reflexões a partir da experiência brasileira*. *Estud. Econ.*, São Paulo, v. 40, nº 1, mar. 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612010000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612010000100001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Política industrial e desenvolvimento*. *Revista de Economia Política*. São Paulo, v. 26, n. 2, p. 163-185, abr./jun. 2006.

TAVARES, André Ramos. *Ciência e Tecnologia na Constituição*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, a. 44, n. 175, jul./set., 2007.

UYARRA, Elvira; FLANAGAN, Kieron. *Understanding the innovation impacts of public procurement*. *European planning studies*, v. 18, n. 1, p. 123-143, 2010.

VERONESE, Alexandre. *A institucionalização constitucional e legal da Ciência, Tecnologia e Inovação a partir do marco de 1988: os artigos 218 e 219 e a política científica e tecnológica brasileira*. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, vol. 19, n. 2, p. 525-558, mai./ago, 2014.

VIOTTI, Eduardo Baumgratz. *Brasil: de política de C&T para política de inovação? Evolução e desafios das políticas brasileiras de ciência, tecnologia e inovação*. In:

Avaliação de políticas de ciência, tecnologia e inovação: diálogo entre experiências internacionais e brasileiras. p. 137-174. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; ASTONE, Daniel; VILELLA Mariana. Compras de Tecnologia e Inovação pelos Órgãos Públicos de Educação: Análise de Entraves e Propostas para Aquisição. Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia, 2015. Disponível em <[http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/12/ILAB\\_CompraseInovacaoEduc\\_v6-1.pdf](http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/12/ILAB_CompraseInovacaoEduc_v6-1.pdf)> Acesso em: 10 mar. 2017.

VONORTAS, Nicholas S.; BHATIA, Pushmeet; MAYER, Deborah P. Public Procurement and Innovation in the United States. George Washington: Elliot School of International Affairs, 2011.

WONG, P. K.; HO, Y. P.; AUTIO, E. Entrepreneurship, Innovation and Economic Growth: Evidence from GEM data. *Small Business Economics*, v. 24, p. 335–350, 2005.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZOCKUN, Maurício. “Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratação à luz da Constituição da República”. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALLIM, Rafael (coords.), *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/2011): Aspectos Fundamentais*, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19-25.