AS COMPRAS PÚBLICAS À LUZ DO REGIME JURÍDICO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

PUBLIC PROCUREMENT UNDER THE LEGAL REGIME OF SCIENCE, TECHNOLOGY AND INNOVATION

Lucas de Faria Rodrigues¹

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir qual o regime jurídico aplicável às compras públicas no campo da ciência, tecnologia e inovação – aqui denominadas compras públicas de P&D (pesquisa e desenvolvimento). Diante da incapacidade de a Lei nº 8.666/1993 responder às demandas de uma área tão específica, na qual o risco e a incerteza são elementos muitas vezes presentes, o legislador criou uma hipótese de dispensa de licitação e trouxe a disciplina em legislação apartada (artigo 20 da Lei nº 10.973/2004). O que pretendo mostrar neste artigo é como um instrumento específico – as compras públicas de P&D, enquanto uma política de inovação pelo lado da demanda – representa, na prática, (i) o rompimento com o regime jurídico clássico das contratações públicas (aqui, especificamente, a Lei nº 8.666/1993); (ii) atribui mais maleabilidade ao gestor público; (iii) e permite conciliar o contrato com elementos típicos do processo de inovação (o risco e a incerteza). A Lei nº 8.666/1993 não só afastou a licitação de forma expressa, mas mitigou a aplicação da lei geral de contratações públicas em detrimento de regras e conceitos trazidos pela Lei nº 10.973/2004.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atua na Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Palavras-chave: Ciência; Tecnologia; Inovação; Compras públicas de P&D; Lei nº 10.973/2004

Abstract: The article objective is to discuss the legal regime applicable to public procurement in the field of science, technology and innovation – here called public procurement of R&D (research and development). Faced with the inability of Federal Law nº 8.666/1993 to respond to the specific area demands, where risk and uncertainty are elements frequently present, the legislator created a hypothesis of exemption from traditional bidding process and placed the discipline in a separate legislation (Article 20, Federal Law nº 10.973/2004). What I want to show in this article is how a specific instrument - public procurement of R&D, while a demand-side innovation policy - represents, in practice, (i) a break with the classical legal regime of public procurement (here, specifically, Federal Law nº 8.666/1993); (ii) attributes more malleability to the public manager; (iii) and allows to reconcile the contract with typical elements of the innovation process (risk and uncertainty). The Federal Law nº 8.666/1993 not only rejected the bidding process expressly, but mitigated the application of the public procurement general law, in detriment of the rules and concepts brought by Federal Law nº 10.973/2004.

Keywords: Science; Technology; Innovation; Public procurement of R&D; Federal Law nº 10.973/2004

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Contexto normativo: a Constituição Federal e a Lei nº 10.973/2004; 3 – Do enquadramento do modelo da compra pública de P&D; 4 – O artigo 24, inciso XXXI da Lei 8.666/1993: Só mais uma hipótese de dispensa de licitação?; 5 – Breves apontamentos sobre a regulamentação das compras públicas de P&D; 6 – Conclusão; Referências Bibliográficas

1. Introdução

O estudo do regime jurídico da *ciência, tecnologia e inovação* (CT&I) tem imposto um grande desafio aos intérpretes. Embora a CT&I tenha não de hoje um conjunto de normas voltadas à sua disciplina, são poucos

os estudos direcionados à sua análise sistematizada, sobretudo mais recentemente, diante de grandes mudanças legais e constitucionais nessa seara. Tal dificuldade somente se amplia quando esse conjunto normativo toca em campos mais tradicionais do Direito, como o Direito Administrativo.

Pessoalmente tenho ressalvas sobre o enquadramento desse tema em um “ramo” específico da ciência jurídica, seja porque é cada vez mais complexo pensar em “disciplinas” absolutamente estanques, seja porque a CT&I reúne aspectos – e dilemas – que tocam diversas ramificações clássicas do Direito.

Sem prejuízo dessas ressalvas introdutórias, o objeto de exame deste artigo é uma modalidade de compra pública voltada à *pesquisa e desenvolvimento* (P&D), as chamadas compras públicas de P&D, implementadas por meio do artigo 20 da Lei federal nº 10.973/2004, tendo como enfoque a regulamentação trazida pelo Decreto nº 62.817/2017 do Estado de São Paulo – um dos primeiros entes federativos a regulamentar o dispositivo da norma federal. Minha proposição aqui é sobre como interpretar uma disposição específica de compra pública, disciplinada fora do diploma geral de contratações (Lei nº 8.666/1993), a partir de uma ótica diferenciada – o que chamarei de *regime jurídico de CT&I*.

Fica evidente que o caráter absolutamente multifacetado da CT&I não impede – ao contrário, impõe – uma discussão relacionada às compras públicas neste campo. A despeito de inúmeras reflexões mais específicas sobre a regulamentação – das quais não me furtarei –, creio que dois grandes temas perpassam o debate agora iniciado: a relativização do conceito clássico de *regime jurídico de Direito Administrativo* e o papel quase mítico desempenhado pela Lei nº 8.666/1993 (associado à necessidade de superá-lo).

Nomeadamente em relação à mudança na visão tradicional daquilo que a doutrina comumente denomina *regime jurídico administrativo*, tive oportunidade de discutir este ponto sob a ótica da atuação das fundações de apoio na área de saúde, em artigo escrito em coautoria (cf. CASTRO; RODRIGUES, 2016). Naquela oportunidade, com apoio na obra de Sundfeld, mostramos a decadência da simplista visão de um único e onipresente *regime jurídico de Direito Administrativo* (cf. SUNDFELD, 2014).

A grade questão extraída naquele momento era se realmente haveria tal *regime*, característico e peculiar. Ali afirmamos que a grande quebra de paradigma talvez fosse reconhecer que existam tantos *regimes jurídicos* voltados a tutelar as relações do Estado quanto normas (ou a reunião delas). Não haveria, nesta acepção, um único *regime jurídico de Direito Administrativo*. Na verdade, o Direito Administrativo seria o conjunto de “normas (constitucionais, legais, regulamentares) mais a cultura jurídica (teorias, interpretações, práticas) destinadas a, por meio do Direito, organizar e controlar efetivamente a Administração Pública e, ainda, assegurar direitos aos particulares” (SUNDFELD, 2014, p. 35). Como lecionou Sundfeld (2014, p. 35), o Direito Administrativo, tal qual a sociedade, é absolutamente multifacetado, com diferentes vertentes e relações, talvez sem aquela identidade científica tão apregoada por determinados autores.

Dito isso, devemos buscar descobrir o *regime jurídico da CT&I*, peculiar e cheio de nuances, sobre o qual uma visão simplista tenderia à incompreensão ou mesmo à ruína de suas estruturas jurídicas – muitas delas absolutamente inovadoras. O modelo de compra pública de P&D previsto no artigo 20 da Lei nº 10.973/2004 – e de resto toda a legislação de CT&I – coloca-nos defronte ao outro grande tema: a incapacidade de a Lei nº 8.666/1993 responder às demandas de uma área tão diferenciada.

A Lei nº 8.666/1993 representa, em alguma medida, o fracasso do legislador pátrio – basta ver os inúmeros diplomas jurídicos voltados à sua modificação, ou mesmo as outras tantas exceções trazidas para sua aplicação, ou ainda, se quisermos ser menos rigorosos metodicamente, os inúmeros escândalos de corrupção cujos atores principais são tradicionais empreiteiras. O exercício de lançar críticas aleatórias ao modelo de contratação estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 não sairia impune, em um artigo acadêmico – por isso o faço (o exercício da crítica) com base no estudo e nas conclusões de Rosilho (2012). Segundo o autor, o modelo brasileiro fez opções que se mostraram inadequadas, por meio de “uma lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público” (ROSILHO, 2012, p. 2). Uma abordagem maximalista (tentou disciplinar todo o universo de compras governamentais) que não conseguiu resolver dilemas de muitos setores,

cujas características não permitiam um enquadramento adequado ao modelo legal. Não foi só, se ignorou que as contratações são uma forma de implementar políticas públicas. Uma norma que “não se preocupa efetivamente com a boa contratação”, que por isso mesmo acabou perdendo o protagonismo com uma onda reformista – ou, ainda como afirma Rosilho, rompeu-se a “unidade regulatória” da Lei nº 8.666/1993 (ROSILHO, 2012, p.17).

O dilema da Lei nº 8.666/1993 ganha contornos mais dramáticos quando tentamos aplicá-la a contratações relacionadas à CT&I – campo no qual o risco e a incerteza são elementos muitas vezes presentes, mas contrários aos mecanismos poucos flexíveis da norma geral de contratos (RAUEN, A., 2017c, p. 35). Neste sentido, é possível afirmar que “o regime de contratação estipulado pela Lei nº 8.666/1993 é incompatível com o processo (por natureza) interativo da inovação tecnológica que se baseia nas políticas de compras públicas para inovação” (PELLEGRINI et al., 2017, p. 298), ou ainda, a Lei nº 8.666/1993 “é incapaz de suportar os inatos processos retroativos ou loops tecnológicos da inovação” (PELLEGRINI et al., 2017, p.309).

Compras públicas reconhecidamente são mecanismos para efetivar políticas públicas – isso é algo já bastante consolidado entre autores nacionais e estrangeiros (cf. FASSIO, 2017). O que pretendo mostrar neste artigo é como um instrumento específico – as compras públicas de P&D, enquanto uma política de inovação pelo lado da demanda – representa, na prática, o rompimento com o regime jurídico clássico das contratações públicas (aqui, especificamente, a Lei nº 8.666/1993), atribui mais maleabilidade ao gestor público e permite, em alguma medida, conciliar o contrato com elementos típicos do processo de inovação (o risco e a incerteza).

2. Contexto normativo: a Constituição Federal e a Lei nº 10.973/2004

Ao se pretender entrar no universo jurídico da CT&I é preciso voltar os olhos para a Lei nº 10.973/2004, que não obstante tenha sido editada há mais de 10 anos, sofreu em 2016 uma série de significativas mudanças no seu texto. Estas modificações, por sua vez, decorreram de um outro movimento, constitucional, de atualização da Carta de 1988, por meio da Emenda nº 85/2015, que verdadeiramente trouxe novos instrumentos e sobretudo reformulou o microsistema constitucional vol-

tado à disciplina jurídica da CT&I. Este conjunto de novas disposições constitucionais levou à adaptação da legislação infraconstitucional em diversas frentes, por meio da Lei nº 13.243/2016 – que reúne alterações não só da já mencionada Lei nº 10.973/2004, como de diversas outras normas correlatas, inclusive a Lei nº 8.666/1993.

Aqui cabe uma breve contextualização. Quando da tramitação do Projeto de Lei nº 2.177/2011 – que acabou se transformando, posteriormente, na Lei nº 13.243/2016 – uma Comissão Especial formada no âmbito da Câmara dos Deputados verificou ser essencial, antes da aprovação da mudança legal, uma série de alterações constitucionais, culminando na proposição da PEC 290/2013, mais tarde aprovada e transformada na Emenda Constitucional nº 85/2015.

Organizar e sistematizar a legislação em matéria de CT&I foi um dos motes da Emenda Constitucional nº 85/2015. Isso incluiu criar um Sistema Nacional de CT&I e adotar uma lei nacional unificadora para o setor. Até a referida emenda não estava claro o regime de competências nesta seara, ocasionando a existência de inúmeros diplomas – veja, como exemplo, o Estado de São Paulo, que já possuía a Lei Complementar Estadual nº 1.049/2008. O que fez a Emenda Constitucional foi atribuir competência à União para editar normas gerais sobre CT&I (com a modificação do artigo 24), abrir caminho para mudanças legislativas infraconstitucionais e mudar o patamar da legislação até então existente.

3. Do enquadramento do modelo da compra pública de P&D

Quando se pensa na adoção de políticas públicas em matéria de CT&I fala-se basicamente em políticas pelo lado da oferta e políticas que atuam pelo lado da demanda (cf. RAUEN, A., 2015). “As políticas pelo lado da oferta são muito mais numerosas e mais empregadas, entre as quais estão as [...] bolsas, crédito subsidiado, incentivos fiscais e *venture capital*” (RAUEN, A., 2015).

As políticas de inovação pelo lado da demanda inserem-se nesse contexto como um instrumento capaz de contribuir para a criação de um portfólio eficiente e eficaz de políticas. Tais políticas fundamentam-se no consciente emprego das potencialidades governamentais, não para garantir que as firmas ofertem inovações, mas para criar, direcionar e

estimular a demanda por elas. Trata-se de usar a força que tem sido dispersada em direção a ações mais efetivas e concretas. Por que não empregar o poder de compra do Estado ou os regramentos (compulsórios ou não) de forma a também criar condições favoráveis à demanda por inovações? (RAUEN, A., 2017b, p.10)

Claro que políticas pelo lado da demanda e da oferta não são excluídas e devem conviver, mas não se pode ignorar o potencial transformador da primeira. Nos desenvolvimentos puramente privados – em que não haja incentivos do poder público – eventual mudança da técnica será definida exclusivamente pelo mercado, que detém o capital. Quando há políticas de inovação pelo lado da oferta, elas “atuam apenas incentivando indiretamente os resultados” (RAUEN, A., 2017a, p. 90). Com as políticas pelo lado da demanda, há possibilidade de se exigir o atingimento de outras finalidades, com a “produção de bens e serviços exigidos ao enfrentamento de problemas sociais” (RAUEN, A., 2017a, p. 90). Haveria – a partir de uma leitura contextual dos conjuntos normativos constitucional e infraconstitucional de CT&I – a possibilidade de reconhecimento de uma função social (mas não só, desenvolvimentista, ambiental, humana, etc.) da ciência².

A par de discussões mais teóricas sobre o tamanho do Estado e seu potencial interventor na economia (maior ou menor a depender da linha adotada), suas ações produzem resultados práticos efetivos nesta seara. Só para ficar em dois elementos, o “**monopólio** das leis associado ao **volume** de aquisições [...] cria um potencial de transformação da realidade que nenhum outro agente econômico de forma isolada consegue suplantare” (RAUEN, A., 2017b, p. 11). As compras públicas (o volume de aquisições), a partir de uma regulamentação específica voltada para CT&I (monopólio da produção legislativa) é um importante instrumento de intervenção e direcionamento das demandas da sociedade.

2 Reconheço o imenso risco de se fazer esta afirmação, ao se “funcionalizar” a ciência ou pretender defender tal função social. Não trarei minha discussão, no artigo, para este campo, entretanto, devo reconhecer que a Constituição Federal por seus diversos microsistemas abrangidos, em uma relação dialética inevitável, condiciona e direciona o exercício da ciência (pensando de forma abrangente em CT&I) ao atingimento de outras finalidades igualmente relevantes – saúde, educação, inclusão social, meio ambiente e assim por diante. Fico por aqui. Este tema tende de permear minha tese de Doutorado, em elaboração e não pretendo esgotar ou mesmo avançar nesta discussão.

Ao implementar políticas públicas por meio das aquisições que efetua, o Estado está garantindo direta ou indiretamente a efetivação de direitos fundamentais. Este profundo e potencial impacto transformador das compras públicas exige que ela não seja vista com uma finalidade em si mesma, na qual o preço é a única variável da equação. É preciso ver no artigo 20 da Lei nº 10.973/2004 – como também em outros tantos mecanismos trazidos pela lei – instrumento “não só de desenvolvimento tecnológico, mas de transformação da realidade na qual a sociedade brasileira está inserida” (RAUEN, A., 2017b, p. 34).

De modo geral a Lei nº 10.973/2004 traz a disciplina dos “*incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo*” – trata, para tanto, de políticas tanto pelo lado da oferta, como pelo lado da demanda. Aborda diversificados instrumentos, como o apoio conferido pelo ente público, diretamente ou por meio das agências de fomento, a projetos de CT&I; a criação de polos e parques tecnológicos; a relação de Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs) com empresas, fundações de apoio e demais atores previstos na lei; participação do poder público no capital social de empresas, a relação jurídica dos pesquisadores de ICTs; a disciplina dos Núcleos de Inovação Tecnológica, entre outros. Não cabe aqui dissertar sobre cada um destes instrumentos, em razão do objeto delimitado ainda na introdução.

O foco deste artigo é um destes instrumentos, trazido no capítulo do “*estímulo à inovação nas empresas*” da Lei federal nº 10.973/2004, mais precisamente no artigo 20. Trata-se de uma das formas de intervenção do Estado em matéria de CT&I na qual se “procura por meio da criação de uma demanda específica, influenciar o desenvolvimento tecnológico” (RAUEN, A., 2015, p. 08) – em outras palavras (e aqui vale, excepcionalmente, a transcrição do artigo):

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à 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.

Antes de avançar é imperioso fazer algumas ressalvas conceituais, tendo como base trabalhos de Rauen, A. (2015 e 2017a) e Squeff (2014 e 2017). A partir da terminologia de referência na União Europeia (cf. SQUEFF, 2017, p. 471), há uma diferenciação em matéria de políticas de inovação pelo lado da demanda entre o *Public Procurement for Innovation* (PPI)³ e *Pre-comercial Procurement* (PCP)⁴. Squeff, a partir de Zabala-Iturriagoitia, afirma que o PCP “refere-se à aquisição de resultados esperados de pesquisa”, cuidando de “um investimento público direto de P&D, mas não um desenvolvimento de produto; assim, o PCP não envolve a compra do produto final (protótipo) resultantes das suas etapas” (SQUEFF, 2017, p. 472). Ainda segundo Squeff, em outro texto de sua autoria:

Nas compras pré-comerciais, a ideia básica subjacente é que elas se destinam a produtos e serviços inovadores para os quais mais P&D precisa ser feito. Assim, o risco tecnológico é compartilhado entre os compradores e os potenciais fornecedores. Por definição, isto significa que os produtos ainda estão na fase pré-comercial, em que não existem “na prateleira”. A compra é, de fato, um contrato de serviço de P&D dado a um fornecedor em processo multiestágio, da exploração e viabilidade de pesquisa ao protótipo, testes e, finalmente, a comercialização (SQUEFF, 2014, p. 16).

O PPI, por sua vez,

[...] ocorre quando uma organização pública faz um pedido para atender a determinadas funções em um período razoável de tempo, por meio de um novo produto (Edquist e Zabala-Iturriagoitia, 2012). O foco do PPI não é fomentar o desenvolvimento de novos produtos por si, mas usar esses novos produtos ou serviços para satisfazer necessidades humanas ou desafios sociais. Diferentemente das aquisições regulares, o PPI ocorre quando as agências adquirem algo que não existia pronto no mercado. Como enfatiza o capítulo 3, não obstante a novidade dos produtos e serviços, trata-se de algo que já está inserido no mercado, ou prestes a ser. Edquist e Zabala-Iturriagoitia (2015) ressaltam que o PPI alcança a comercialização e a difusão, etapas do processo de inovação que o PCP não abarca (SQUEFF, 2017, p.472).

3 Algo como “compras públicas para inovação”, na tradução de PELLEGRINI et al. (2017, p. 298).

4 Ou em português, compra pré-comercial, segundo Rauen (2017a, p. 92).

Os dois autores afirmam de forma peremptória – com razão a meu ver – que o conceito Europeu não se adapta à realidade legal brasileira – o já mencionado artigo 20 da Lei nº 10.973/2004. Rauen, A. reconhece que “[...] a legislação brasileira permite uma variada gama de intervenções, algumas mais próximas das experiências internacionais em PCP, outras mais associadas à dinâmica tecnológica local” (RAUEN, 2015, p. 7), ou ainda, que “[...] a heterogeneidade das iniciativas permite questionar se o conceito europeu de PCP é, de fato, adequado à análise da realidade brasileira” (RAUEN, 2015, p. 9). Rauen em outro texto segue a mesma linha de afastamento dos conceitos estrangeiros, diante de características peculiares de cada país: “a multiplicidade de estratégias de aquisições públicas destinadas à solução de desafios sociais é de difícil tipificação e que a realidade de cada país fornecerá classificações distintas” (RAUEN, A., 2017a, p. 92). A legislação brasileira não é diferente, a própria abertura promovida pelo regime jurídico de CT&I aponta a este caminho – na medida em que estabeleceu uma hipótese de dispensa de licitação, mas não fixou um procedimento específico de compra. Em suma, ainda segundo Rauen, A. “os conceitos de PCP e PPI não foram propostos com base na realidade nacional. São importantes para compreender a racionalidade do Artigo 20, mas insuficientes para sua caracterização” (RAUEN, A., 2017a, p.95).

Nós juristas devemos cortejar menos os modelos estrangeiros (ou seja, como o instituto deveria ser idealmente) e mais o modelo de brasileiro: em outras palavras, como a legislação brasileira incorporou o instituto e quais requisitos ela estabeleceu. É evidente que a teoria e o modelo estrangeiros sobre CT&I são relevantes e devem ser examinados – até para que possamos enxergar onde erramos e como devemos melhorar. Contudo, o escopo, aqui, é olhar para o modelo posto e delinear os caminhos para sua aplicação.

Para todos os efeitos, seguindo Rauen, A., denominarei a hipótese de contratação descrita no artigo 20 como **compra pública de P&D**. Trata-se de uma das formas de intervenção do Estado em matéria de CT&I, na qual se “procura por meio da criação de uma demanda específica, influenciar o desenvolvimento tecnológico” (RAUEN, A., 2015, p. 8). Rauen, A. propõe a divisão das compras públicas de P&D em três grupos, a partir dos resultados esperados:

- 1 – Estudo aplicado: “está relacionado a contratações de pesquisas que objetivam gerar conhecimento a ser incorporado pelo corpo técnico demandante” (RAUEN, A., 2015, p. 11). Ademais, “seus resultados mais comuns são relatórios de pesquisa, palestras e apresentações” (RAUEN, A., 2015, p.11).
- 2 – Encomendas tecnológicas sem posterior necessidade de *scale up*: “Essas compras dizem respeito a contratações que exigem algum desenvolvimento tecnológico, mas cuja aplicação é muito restrita” (RAUEN, A., 2017a, p. 109). As soluções desenvolvidas, por si só, atendem à demanda inicial de forma plena, embora possam até a vir a ser comercializadas com terceiros. Por exemplo, a encomenda tecnológica de um sistema específico para atender determinado hospital público – uma vez desenvolvido atende à demanda do adquirente, embora possa igualmente ser comercializado com outros hospitais.
- 3 – Encomendas tecnológicas com posterior necessidade de *scale up*: “refere-se àquelas compras nas quais a demanda originária não é satisfeita apenas com o esforço de pesquisa contratado” (RAUEN, A., 2017a, p. 110). A demanda da administração não é atendida com o mero esforço de P&D, mas somente em um momento seguinte, quando os produtos forem desenvolvidos em escala e adquiridos (cf. RAUEN, A., 2017a, p. 110). Por exemplo, contrata-se por meio da encomenda tecnológica o desenvolvimento de uma turbina para hidrelétricas, com tecnologia até então inexistente no mercado. Caso o resultado esperado no desenvolvimento seja alcançado, ainda será necessária a aquisição futura de uma quantidade de turbinas – agora existentes no mercado – para serem instaladas nas usinas.

Diante desta variedade de compras públicas de P&D, fica claro não ser possível afiançar que o artigo 20 disciplina as encomendas tecnológicas – também trata desta hipótese, mas não exclusivamente dela.

4. O artigo 24, inciso XXXI da Lei 8.666/1993: Só mais uma hipótese de dispensa de licitação?

O artigo 24, inciso XXXI da Lei nº 8.666/1993 dispensou a licitação para “[...] contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts.

3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes”. Terá ficado claro, a partir de toda a exposição anterior, que esta previsão legal traduz ao menos duas características que debatemos neste trabalho. Em primeiro lugar, a de estimular ou implementar determinadas políticas públicas constitucionalmente relevantes (neste caso de CT&I), alcançando um dos objetivos do poder público quando excepciona o dever de licitar – chamado por Fassio de objetivo extraprocedimental (2017, p. 116). Em segundo, a presença desta disposição é o reconhecimento da incapacidade dos mecanismos tradicionais da Lei nº 8.666/1993 em responder às necessidades e características das compras públicas deP&D.

[...]

Os processos licitatórios previstos na Lei de Licitações foram criados tendo em mente a aquisição de bens e serviços disponíveis em prateleira, isto é, aquisições nos quais se conhece de antemão as características e o desempenho dos bens e serviços demandados. A licitação exige um rigoroso cumprimento de formalidades, na qual os fornecedores são vistos como meros vendedores e não como parceiros de desenvolvimento, como é o caso da P&D.

Antes da real possibilidade de utilização do capítulo 20 da Lei de Inovação era possível verificar o uso da inexibibilidade de licitação para a efetivação das aquisições de P&D no Brasil (RAUEN, A., 2015, p. 10).

No mesmo sentido Sundfeld e Souza (embora discorrendo sobre o caso de medicamentos, a matriz normativa à qual se referiam é a mesma):

Importa por ora, acima de tudo, compreender o motivo pelo qual a constituição de tais parcerias estratégicas pelo Estado brasileiro com parceiros privados — tais como as PDPs em medicamentos, voltadas a incrementar a autonomia tecnológica do país e a desenvolver a indústria nacional de medicamentos, bem como a reduzir os gastos públicos com medicamentos estratégicos para o SUS, sem deixar de abastecer o mesmo SUS durante o período de transferência tecnológica — **não poderia restar sempre sujeita ao procedimento da licitação. E o motivo é simples: são parcerias com objetos demasiadamente complexos, como é fácil notar.** Tanto que a licitação, tal como estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, pode não servir adequadamente para constituí-las (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p.14).

Estas percepções sobre a inadequação da Lei nº 8.666/1993 são amplamente exploradas em textos reunidos na obra de Rauen, A. (2017b), por pesquisadores não ligados diretamente ao Direito. A importância de outros autores, com um conjunto de ferramentas teóricas distintas daquelas dos juristas, examinarem a inadequação da Lei nº 8.666/1993 para as demandas de CT&I e demonstrá-la objetivamente, a partir de casos práticos, salta aos olhos⁵. Um exemplo foi o caminho para a aquisição da câmera multiespectral regular (câmara MUX) – “Câmeras multiespectrais são capazes de captar as ondas eletromagnéticas além do espectro visível, geralmente além da chamada banda composta pelas cores verde, azul e vermelho que o olho humano consegue enxergar” (PELLEGRINI et al., 2017, p. 301). Estas câmeras seriam acopladas em satélites, com o objetivo de realizar sensoriamento remoto. A contratação ocorreu em 12 de dezembro de 2004, quando o arcabouço regulatório era completamente distinto, tendo então sido utilizada a Lei nº 8.666/1993 de forma “pura”, o que permite hoje olhar para trás e enxergar o que deu errado – embora, apesar dos percalços, a câmara tenha sido efetivamente entregue (cf. PELLEGRINI et al., 2017). As adversidades identificadas por Pellegrini et al (2017) em síntese foram: i. o **projeto básico**, especificamente a necessidade incorporar no modelo legal a incerteza e os riscos inerentes ao projeto de encomenda e a impossibilidade de seu autor participar do certame licitatório; ii. **atraso nos pagamentos após cada etapa**⁶; iii. **dificuldade no cumprimento de prazos e de realização de aditivos**, pois a inflexibilidade da Lei nº 8.666/1993 contrasta com processos muito longos e complexos de CT&I, cuja dinâmica deve prever, invariavelmente, problemas inerentes ao próprio conceito de desenvolvimento e inovação (um determinado componente importado pode atrasar, uma determinada técnica empregada pode não ser efetiva, a arquitetura do projeto pode ser alterada, etc); por fim, iv. “**efeito sistêmico provocado pelas sanções previstas na Lei 8.666**”, ora, se uma lei inflexível

5 Demonstam também que uma certa falta de clareza sobre o regime jurídico aplicável às compras públicas de P&D permitiu experiências no passado, ainda que pontuais, com distintos modelos: compra direta sem qualquer licitação ou processo competitivo; dispensa de licitação com processo seletivo; compras utilizando os mecanismos da Lei nº 8.666/1993.

6 A despeito de ser este o apontamento dos autores, a partir da leitura do texto, eu tendo a dizer mais que o ponto seria a dificuldade em proceder a readequações em cronogramas de desembolso e certa inflexibilidade em relação às etapas, do que propriamente o atraso de pagamento (não consigo vislumbrar como o atraso propriamente dito em pagamento possa estar relacionado diretamente às regras da Lei nº 8.666/1993).

tenta ser usada para processos que tem na dinamicidade um elemento iminente, o resultado é a aplicação de sanções às empresas, com consequências danosas não só a elas, mas também à própria continuidade do projeto muitas vezes (PELLEGRINI et al., 2017, *passim*).

Esta incompatibilidade sistêmica com a Lei nº 8.666/1993 levou o legislador a criar uma exceção ao seu regime. Por isso, mais do que dispensar a licitação propriamente dita, o artigo 24, inciso XXXI – lido dentro do contexto da sua edição – é resultado da mitigação do regime jurídico “clássico” dos contratos administrativos, tal como previsto pela Lei nº 8.666/1993. Em outras palavras, a matriz normativa das contratações (parcerias ou quaisquer ajustes) em matéria de CT&I – ou o diploma de regência básico – é a Lei nº 10.973/2004. A aplicação do estatuto geral de contratações fica relegada a uma condição de subsidiariedade, devendo prevalecer a lei especial – e, para além disso, o espírito da lei de inovação.

Não quero negar com isto a incidência de outros tantos princípios constitucionais, porém reafirmar que estas contratações devem ser encaradas a partir das peculiaridades a ela inerentes – não sob o prisma das contratações comuns ou usuais da Administração. Ora, a interpretação dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993 deve ser feita de “maneira conectada com a lei que os anima e lhes dá o sentido comum, que é a Lei de Inovação” (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p. 16)⁷. A gênese dos diplomas normativos agora confrontados – Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.973/2004 – é completamente distinta. Querer simplesmente transpor as normas gerais de contratação para o regime específico das *inovações* significa arruinar este regime jurídico. E isto vai ser importante para lançar luzes sobre diversos dilemas quando da concretização do artigo 20 da Lei nº 10.973/2004.

Repito – pois de extrema relevância para a compreensão deste ponto – quando a Lei nº 8.666/1993 trouxe hipótese expressa de contratação direta, não só afastou o procedimento licitatório propriamente dito, mas mitigou a aplicação da lei geral de contratações públicas em detrimento de regras e conceitos trazidos pela Lei nº 10.973/2004; impôs ao intérprete primeiro examinar o diploma específico, de modo amplo e

⁷ Os autores falavam especificamente da interpretação de dos incisos XXV, XXXI ou XXXII da Lei federal nº 8.666/1993, mas entendo que a *ratio* seja aplicável também à leitura das demais disposições quando referidas a contratações em matéria de CT&I.

abrangente, exigindo-se dele a tarefa de compatibilizar, naquilo que for viável, o regime geral de contratações.

Esta interpretação parece ter suporte não só no afastamento da licitação em si, mas no próprio comando textual do artigo 24, inciso XXXI. Ora, dispositivo não determinou a observância “de princípios gerais de contratação” ou de “princípios gerais da Lei nº 8.666/1993”, mas sim a observância dos princípios gerais de contratação da Lei nº 10.973/2004. O uso do termo “dela constantes” parece referenciar à Lei nº 10.973/2004, não à disciplina geral da Lei nº 8.666/1993, o que reforça a existência de um regime jurídico específico em matéria de compras públicas de P&D⁸.

A estratégia do legislador de criar tal “exceção” não foi, por óbvio, a de criar procedimentos específicos de contratação para compras públicas de P&D. Adotou uma dispensa genérica. Isso gerou críticas, pois alguns autores defendiam procedimentos específicos de compras públicas de P&D. Segundo Rauen, A. isso manteria o conhecimento concentrado em um pequeno número de pessoas, impedindo uma abrangência maior (2017c, p. 35), ou ainda que o melhor seria se criar dentro da Lei nº 8.666/1993 uma disciplina específica para compras em matéria de CT&I (2017b, p. 96). Entretanto, ao menos neste momento da minha pesquisa, penso existir um contraponto. O autor parece incorrer nos mesmos argumentos que levaram à derrocada da Lei nº 8.666/1993 – ao menos no que diz respeito a uma ideia comum, retratada no início deste trabalho, da sua incapacidade de atender plenamente às demandas da Administração. Tendo a dizer que difusão de conhecimento – e de condutas bem-sucedidas pela Administração – se faz não com mais normas (embora reconheça que em alguns casos isso possa ser relevante), mas sim com compartilhamento de estratégias. Ademais, perpetuar um procedimento específico dentro da Lei nº 8.666/1993 tende a manter – e aqui reconheço o caráter absolutamente subjetivo da afirmação – o intérprete preso ao modelo (fracassado) de compras públicas previsto na norma.

Como afirma Rosilho (2012) em inúmeros trechos do seu trabalho aqui já mencionado, reforçado pelo argumento de Fassio (2017), a Lei nº 8.666/1993 procurou reduzir ao máximo o espaço de liberdade do

8 Por certo, isto não afasta a necessária observância de outros tantos princípios genéricos das contratações públicas (cf. JUSTEN FILHO, 2014, p. 478), decorrentes do próprio texto constitucional.

Administrador – o que não se mostrou capaz de atingir a pretensa finalidade da norma: a redução ou o combate à corrupção (ROSILHO, 2012). Fassio apresenta a discussão doutrinária sobre o tamanho da margem de discricionariedade do gestor público e os reflexos também na corrupção – embora indique posições divergentes, se aproxima da tese de que não é a limitação do gestor público suficiente para garantir a adoção de condutas adequadas sob este viés. Ao contrário, procedimentos demasiadamente formais podem apenas trazer uma aparência de legalidade e esconder uma série de condutas inadequadas, sem mencionar a possibilidade de atribuir equívocos nos processos de compra à própria legislação (FASSIO, 2017, p. 198). Nesta linha, deveria haver, isto sim, um trabalho de responsabilização dos gestores diante de decisões praticadas, com estímulos e penalizações pelo desempenho.

Tendo a dizer que a liberdade é importante, sobretudo para compras públicas de P&D, embora traga consigo o desafio de o Administrador saber usá-la. A falta de um rigoroso processo de compras previamente definido, permite que sejam moldados procedimentos simplificados – a partir de experiências estrangeiras ou das especificidades de um determinado caso concreto – que atendam à dinâmica específica de CT&I. Pode-se, por exemplo, adotar um processo seletivo – quando for cabível – e ele pode conter regras diferenciadas de seleção, que permitam o atendimento de valores resguardados constitucionalmente – como a moralidade, a isonomia, a impessoalidade e a eficiência.

Se por um lado a dispensa de licitação para compras públicas de P&D permite ao poder público decidir a melhor forma de comprar, deve também impor um ônus. Este ônus deve ser a mais absoluta transparência dos processos de compra, além de um efetivo e abrangente – mas contextualizado nas especificidades do regime jurídico de CT&I – processo de controle – ocupado menos com o cumprimento de formalidades legais da Lei 8.666/1993, mais com os resultados alcançados pela contratação, com a clareza do processo e sobretudo com a observância dos acima referidos princípios constitucionais.

Um *efeito prático* da regulamentação menos intensa na lei é a possibilidade de regulamentos infralegais, mais flexíveis, virem a preencher o espaço. É, por exemplo, o que fez o Estado de São Paulo por meio

do Decreto nº 62.817/2017⁹. Um *segundo efeito*, especificamente no caso da CT&I e aqui já tratado, é que os dispositivos legais da Lei nº 8.666/1993, ainda que preservem sua característica de regramento geral em matéria de contratos administrativos, perdem o protagonismo para um modelo de contratação diferenciado. Seria precipitado deixar de aplicar de forma abrangente toda e qualquer regra da Lei nº 8.666/1993 – é preciso olhar para dentro de cada situação concreta e interpretar tais dispositivos à luz desta dinâmica diferenciada¹⁰. Neste ponto devo discordar de Pellegrini et al., para quem

[...] houve movimentos na direção de incluir mecanismos, instrumentos e documentos normativos voltados para a PPI. Contudo, as demais condições e regras do arcabouço jurídico construídas na Lei no 8.666 referentes à formalização dos contratos continua aplicando-se [...], mesmo no caso de aquisição de produtos tecnologicamente complexos. Ademais, a Lei no 8.666/1993 permanece como grande balizadora das aquisições públicas no Brasil, mesmo que novos instrumentos tenham surgido (PELLEGRINI et al., 2017, p. 291).

Esta é uma visão bastante simplista do modelo normativo aqui discutido, mas ao mesmo tempo muito desafiadora no sentido de superação da visão segundo a qual a Lei nº 8.666/1993 continua sendo o grande diploma normativo em matéria de compras públicas de P&D. Esta norma, repito, passa a ser lida a partir de um filtro transformador, que é a Lei nº 10.973/2004. E este é o desafio que se coloca ao intérprete. Temos hoje um espaço de oportunidade, diante de um novo marco legal – pensando nas mudanças sofridas em 2016 pela Lei nº 10.973/2004 e outras alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 85/2015 – de consolidar uma **doutrina jurídica de CT&I**.

Um *terceiro efeito prático* desta abertura legal, advinda do afastamento do regime jurídico clássico de contratações, é o espaço para solu-

9 Vale consignar que a União baixou, posteriormente, o Decreto federal nº 9.283/2018, regulamentando a aplicação da Lei nº 10.973/2004. O entendimento que vigora no Estado de São Paulo, não de hoje, é no sentido de que os entes federados têm autonomia para editar regulamentos que considerem as suas especificidades, desde que observem os parâmetros da lei geral. Assim é com pregão eletrônico, as sanções administrativas, entre outros regulamentos.

10 Um exemplo são as regras relacionadas à elaboração do projeto básico, sobre as quais me debruçarei mais à frente.

ções criativas e específicas, novas engenharias jurídicas que respeitem as diretrizes constitucionais e legais de CT&I. Pode se pensar em ações menos ortodoxas do administrador, cuja centralidade são os valores constitucionais – como já afirmei anteriormente. É o afastamento do rigorismo da forma, em prol de se olhar mais para o resultado adaptando-se à dinâmica do percurso. Não estou sozinho neste ponto:

Também é interessante observar, nesse sentido, o **uso criativo do poder de compra do Estado**, por exemplo, no caso das PDPs da saúde e da inovadora engenharia financeira elaborada no Projeto Sirius para fazer frente aos problemas orçamentários. De fato, se essas intervenções possuem objetivos e características um tanto distintas entre si, elas compartilham do mesmo elemento comum, ou seja, a **tentativa de melhor empregar a presença das mais diferentes ações públicas** (RAUEN, A., 2017c, p.41).

Se falo nestes efeitos práticos da flexibilização, por assim dizer, há outro ponto que gostaria de destacar: a novidade do marco jurídico aqui discutido, do que decorrem duas implicações. A *primeira* delas se aproxima de um dos efeitos práticos mencionados anteriormente. Diz respeito à possibilidade de construir, conjuntamente, os parâmetros de aplicação e controle da norma. Se por um lado a ausência de uma jurisprudência administrativa consolidada ou de procedimentos minimamente detalhados, pode, em alguma medida, trazer insegurança ao Administrador, por outro possibilita o aprendizado – para todos os atores envolvidos – e a construção de parâmetros adequados – sobretudo de controle¹¹.

Porém, é evidente, o papel dos operadores do Direito, neste quadro, ganha especial relevo – a *segunda* implicação. Se é certo que a ciência e o desenvolvimento tecnológico são elementos primordiais desta equação, o jurista é aquele sujeito colocado no curso do processo, que pode assumir um papel ativo e viabilizador, ou ser (mais) um entreve burocrático. Não posso deixar de reconhecer que falo aqui, em especial, dos Advogados Públicos¹². A percepção sobre o papel de burocratas destes atores

11 Eis, a propósito, um campo extremamente amplo de pesquisa e estudo, relacionado à atuação dos órgãos de controle em matérias de CT&I.

12 Neste particular fico tranquilo em fazer algo que poderia ser denominado uma “autocrítica”, cujo objetivo final é aprimorar os órgãos de advocacia pública do país, dentre os quais a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, da qual integro os quadros. Entretanto, a

está presente em diversos textos e falas relacionados à CT&I. Pellegrini et al. afirma em seu artigo que as “instituições públicas necessitam, invariavelmente (motivadas por seus representantes jurídicos), utilizar a Lei nº 8.666/1993 ou o RDC [...]”¹³. É interessante notar como esta preocupação apareceu também nas audiências públicas que debatiam o Projeto nº 2.177/2011. Em audiência do dia 07 de maio de 2013, um participante “apontou a atuação coercitiva do ‘sistema U’ (CGU, AGU e TCU)¹⁴, outro apontou “[...] as pressões que a AGU promove sobre pesquisadores, ordenadores de despesas e colegiados das universidades”, cujo resultado seria a dificuldade no “desenvolvimento de pesquisas” e também o “o desinteresse dos cientistas em assumir posições de liderança e de supervisão em suas equipes”¹⁵. Toda generalização é indevida quando se pretende explicar um problema – e mais do que isso, explicar uma *percepção* instaurada na cultura dos cientistas. Inegável, por outro lado, sua existência. Não se trata de lançar uma crítica – que no mais carece de elementos concretos – trata-se, na verdade, de conclamar aqueles operadores atuantes na ponta, diretamente na solução do problema, a buscar alternativas legais, a partir deste ferramental legislativo disponibilizado sobretudo pela Lei nº 10.973/2004. Os consultores jurídicos de órgãos públicos são a primeira trincheira; está na mão deles – nossa, pois não posso ignorar minha origem – decidir qual o papel que desejam possuir: uma ponte ou um obstáculo para o desenvolvimento. Sem perder de vista parâmetros legais e constitucionais, não devemos ter medo para inovar.

inserção desta afirmação decorre menos da minha percepção pessoal, mais da percepção de outros atores, como demonstrado em seguida, com as respectivas referências.

- 13 Não se pode indicar de plano a incorreção em se determinar o uso da Lei nº 8.666/1993, sobretudo quando inexistiam mecanismos alternativos tão claros à disposição do administrador. Chama atenção neste caso a referência no texto, atribuindo responsabilidade em “utilizar a Lei nº 8.666/1993” aos representantes jurídicos.
- 14 Trata-se de fala de representante da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior. O trecho foi reproduzido do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de lei nº 2.177/2011, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, do dia 09 de maio de 2014, p. 841. A passagem contempla o resumo da fala proferida em audiência pública realizada no dia 07 de maio de 2013.
- 15 Trata-se de fala de representante do Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia. O trecho foi reproduzido do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de lei nº 2.177/2011, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, do dia 09 de maio de 2014, p. 842. A passagem contempla o resumo da fala proferida em audiência pública realizada no dia 07 de maio de 2013.

4.1. A dispensa de licitação para compras públicas de P&D impõe a realização de um procedimento competitivo simplificado?

Processo seletivo, chamamento público, procedimento competitivo simplificado ou como quer que se denomine o procedimento precedente à escolha do fornecedor nas compras públicas de P&D: não há uma resposta fechada quanto à indagação colocada neste item. A exigência de um chamamento dependerá de cada situação concreta, analisada de forma individualizada, com justificativa clara e transparente sobre os motivos que levaram à utilização ou não desta sistemática.

Não é possível desprezar a incidência de determinados princípios gerais às compras públicas de P&D – o que decorre do regime constitucional. Dentre estes axiomas está o da isonomia e, como decorrência, a necessidade de realização de um processo seletivo. Justen Filho, sobre este dispositivo, afirma que o procedimento seletivo deverá ser *realizado* “sempre que viável”, vale dizer, “essa solução não será aplicável quando se configurar inviabilidade de competição” (2014, p. 479). Claro, “não se trata, simplesmente, de evitar a licitação, mas de evitar a licitação comum tal como hoje é praticada” (RAUEN, A., 2017a, p. 96). Como defendido anteriormente, estes processos seletivos tendem a ser mais flexíveis, com espaço para conformação e adaptação por parte do administrador.

Porém, não é possível perder de vista que muitas vezes o processo de contratação de P&D tangencia a inexigibilidade de licitação:

[...]

A segunda consideração relevante é que, a rigor, ainda que nenhuma dessas hipóteses de contratação direta de parcerias estratégicas previstas na Lei de Inovação tivesse sido incluída no art. 24 de Lei de Licitações (como hipóteses de licitação “dispensável”, portanto), **poderia mesmo assim existir caso verdadeira inexigibilidade de licitação, na qual a competição sequer seriapossível. Parcerias estratégicas com múltiplos objetos, articulados entre si, com certa complexidade, exigindo parceiros escolhidos por longanegociação, não são passíveis de constituição por licitação**[...] (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p. 16).

Nem sempre que se fala em dispensa licitação deve se impor, automática e inflexivelmente, a realização de um chamamento público para

contratação de potenciais interessados. Quanto a isto não parece restar dúvidas. Haverá – e não é incomum – situações nas quais é simplesmente inviável a aplicação de qualquer procedimento competitivo para compras públicas de P&D – hipóteses que acabam por se aproximar de uma situação de inexigibilidade de licitação.

Há bons exemplos na experiência da União de situações em que houve contratação sem um procedimento voltado à competição por parte de potenciais fornecedores, em razão das circunstâncias que cercaram o processo. Podemos mencionar o **projeto Sirius** e a construção de um grande acelerador de partículas, que envolveu o desenvolvimento e aquisição de ímãs altamente complexos sob o ponto de vista tecnológico. Para formalizar a aquisição, o Centro Nacional de Pesquisa em Energia e Materiais (CNPEM), embora qualificado como organização social – não integrante, portanto, da estrutura da Administração Pública – enquadrou aquela compra nas hipóteses de contratação direta do seu regulamento, a partir da “especificidade do objeto da contratação” (RAUEN, C., 2017, p. 349).

Outra situação similar se deu com a contratação da Embraer para desenvolvimento de um protótipo de avião – o KC-390 – destinado à Força Aérea Brasileira, por inexigibilidade de licitação. O projeto nasceu como “iniciativa interna da Diretoria de Projetos Avançados (DAP) da empresa [...]” (RIBEIRO, 2017, p. 253), que só depois foi apresentada ao Ministério da Defesa. Os estudos preliminares (conceituais) envolveram uma intensa interação entre empresa e governo. Diante da inviabilidade de competição, a inexigibilidade foi reconhecida com base no artigo 25 da Lei nº 8.666/1993.

Neste quadro, tendo em vista especificamente o caso do desenvolvimento e aquisição dos aviões KC-390, acho prudente inserir um outro conceito muito comum neste modelo de contratação, embora nem sempre utilizado com essa nomenclatura – o conceito de solução. A centralidade do conceito de solução é relevante muitas vezes para a justificação do modelo jurídico e também para se ter clareza sobre a exigência ou não de uma etapa competitiva no curso da contratação. Haverá situações em que não se pode conceber um projeto a partir de suas partes isoladas, de modo fragmentado – há, neste particular, de se recorrer a um

velho axioma, segundo o qual não se tem a solução a partir do exame das suas partes (são múltiplos objetos articulados).

Nestes casos haveria uma inviabilidade operacional e técnica de fracionamento do objeto. Muitas vezes a *solução* é ao mesmo tempo ponto de partida conceitual e técnico da inovação – sem a reunião, os elementos de inovação, exigidos legalmente, não seriam moldados como tal –, como também o que dá fechamento para o modelo, ao permitir que se atribua de forma integral à contratada o desenvolvimento, gerindo e buscando alternativas para mitigar os riscos do projeto.

Voltando ao caso da Embraer e do desenvolvimento do projeto KC-390 e a aproximação que eu faço a essa ideia de solução, cumpre trazer um trecho do trabalho de Ribeiro:

Para dar conta do desenvolvimento e fabricação do KC-390, a Embraer conta com uma ampla gama de fornecedores, que fornecem desde equipamentos de alto conteúdo tecnológico e participação significativa no valor da aeronave, como o motor até serviços, componentes e materiais de menor conteúdo tecnológico e representatividade no custo do avião (2017, p.264).

A empresa contratada (Embraer), no caso acima, desenvolveu um modelo de avião, o KC-390, inexistente até então no mercado, como um protótipo único, entendido na sua integralidade. Isso não significa que a Embraer tenha fabricado todos os seus componentes – o radar, o trem de pouso, a blindagem, os sistemas eletrônicos, etc. Havia fornecedores específicos para partes que integraram o projeto, entretanto, a solução contratada, olhada na sua integralidade, não existia como tal, à disposição da Administração¹⁶.

É importante fazer esta explicação no contexto das compras públicas de P&D, pois não é incomum a ideia – equivocada – de que estas “partes” poderiam ser “licitadas” separadamente. Erram aqueles que assim pensam, pois fragmentam um objeto que na sua essência só existe como tal quando certos elementos estão reunidos; pois perdem de vista questões como eficiência e economicidade; pois ignoram a inviabilidade prática se

16 Não entrarei no mérito sobre a sistemática adotada para a seleção dos fornecedores, o que, no caso da FAB, seguiu critérios e parâmetros específicos, mas não um processo licitatório típico.

se gerir, licitar e concatenar inúmeros processos e contratos paralelos, com distintos fornecedores, mas cujo objetivo é único; e, por fim, pois ignoram a dificuldade de identificar, gerir e alocar os riscos, com a consequente distribuição de responsabilidades quando se possuem múltiplos atores.

Em linhas gerais, sobre o uso de um processo seletivo, embora escassos os precedentes, não parece ser outra a posição do Tribunal de Contas da União. Tratando das Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP) na área da saúde, decidiu pela orientação dos “[...] laboratórios públicos sobre a necessidade de realizar um processo seletivo ou de pré-qualificação do parceiro privado, **justificando adequadamente quando a sua realização for inviável**”¹⁷.

5. Breves apontamentos sobre a regulamentação das compras públicas de P&D

A leitura dos dispositivos voltados às compras públicas de P&D no Brasil e sua respectiva regulamentação – aqui destaco o artigo 20 da Lei nº 10.973/2004 e o artigo 52 do Decreto nº 62.817/2017 –, em linhas gerais, é autoexplicativa. Sem prejuízo, entendo prudente destacar alguns pontos, citando o texto normativo, quando a situação assim exigir:

i. A contratação prevista no artigo 20 não limita o espectro de órgãos contratantes, abrangendo qualquer ente da Administração, ainda que não qualificado, por exemplo, como uma ICT, desde que os demais requisitos restem satisfeitos. Em outras palavras, a abrangência do “sujeito ativo” neste processo é muito ampla, permitindo o uso da ferramenta em diversas áreas e setores.

ii. A abrangência da hipótese legal é tamanha no Brasil que levou autores a afastá-la de parâmetros conceituais europeus ou americanos, como afirmei anteriormente. Esta amplitude se deu tanto na definição dos contratantes, dos potenciais contratados (ICT, entidade sem fins lucrativos, empresas isoladamente ou em consórcio), bem como no objeto (atividade de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para solução de problema técnico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador).

17 TC nº 011.547/2014-6

iii. A própria lei traz um conceito legal de inovação (artigo 1º, inciso IV¹⁸), entretanto, a definição de risco (cuja presença é exigida para o enquadramento da contratação nesta hipótese legal) ficou a cargo do regulamento (artigo 52, §§ 2º, 3º e 4º¹⁹), bem como a forma de demonstração da finalidade da empresa (artigo 52, § 1º²⁰). Esta questão da demonstração da “vocaçãõ” da empresa era uma preocupação apontada por Rauen, A. (2017a., p. 99), que já indicava, nesta nova redaçãõ, a necessidade de solucioná-la por meio de regulamento, o que foi efetuado no âmbito do Estado de São Paulo.

iv. Fica evidente, a partir de uma leitura destas disposições, que o conceito de risco está longe de ser objetivo e fechado – o que não necessariamente é uma característica ruim. A definição de risco, diante da multiplicidade de situações concretas de contratação é realmente uma tarefa muito complexa. Haverá casos de enquadramento mais fácil, outros nem tanto – o grande ponto, como afirma Rauen, é que “tal dificuldade de classificação deve ser entendida como própria da natureza da atividade de pesquisa” (2017a, p.109).

v. Ainda sobre os riscos, penso que a sua incorporação no texto da lei tem papel simbólico bastante sensível. Riscos são inerentes a qualquer

18 Artigo 1º, inciso IV, Lei nº 10.973/2004: “Artigo 1º - [...]. IV - inovação: 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”.

19 Artigo 52, §§ 2º, 3º e 4º, Decreto nº 62.817/2017: “Artigo 52 - [...]§ 2º - Para os efeitos do “caput” deste artigo, considera-se como atividade que envolve risco tecnológico aquela em que haja incerteza na obtenção de resultados em conformidade com padrões de desempenho almejado, em virtude de limitações no estado da técnica para adequada execução ou especificação.

§ 3º - Considera-se como estado da técnica tudo aquilo tornado acessível ao público, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, em conformidade ao disposto no § 1º do artigo 11 da Lei federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

§ 4º - Inclui-se ainda, dentre as atividades que envolvem risco tecnológico, o desenvolvimento de produtos ou serviços que requerem a oferta, operação continuada e efetiva adoção por usuários, havendo incertezas sobre o atingimento de padrões de desempenho almejado, tais como serviços desenvolvidos por meio de tecnologia de inteligência artificial que demandam ganho de massa crítica de informações captadas por meio do uso efetivo dos serviços por seu público alvo.

[...]”

20 Artigo 52, § 1º, Decreto nº 62.817/2017: “Artigo 52 - [...]§ 1º - São consideradas voltadas para atividades de pesquisa as entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos ou empresas que incluam em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos”.

processo de contratação – por certo, estarão presentes em maior ou menor grau conforme cada compra específica. Veja, por exemplo, o risco de um fornecedor não efetuar a entrega; de a cotação do dólar variar; de a empresa falir e assim por diante. Os contratos voltados a contemplar compras públicas de P&D trazem como uma característica intrínseca riscos muito maiores quando comparados aos contratos comuns (RAUEN, 2017d, 381).

Volto ao caráter simbólico: por um lado desmistificar a presença deste elemento (ele existe, então vamos discipliná-lo e mitigá-lo?); por outro, se a solução em si não é avessa ao risco, a consequência é que os agentes públicos tampouco podem ser. Deve dar-se, evidentemente, um correto e adequado tratamento ao risco, porém, em hipótese alguma, fugir deles.

vi. Vale mencionar o disposto no §5º do artigo 52 da regulamentação paulista, que prevê como condicionante para a contratação ser o projeto previamente aprovado e elaborado pela contratada. Este dispositivo, penso, deve ser visto sob dois ângulos.

O primeiro deles da possibilidade, embora não obrigatória, de a própria contratada levar ideias e conceitos para avaliação da Administração – como, por exemplo, o que aconteceu no já discutido caso da Embraer e a encomenda da aeronave KC-390²¹. Esta prática, também presente na legislação americana, foi bem retratada por Rauen, segundo o qual existem casos denominados como “proposta não solicitada (unsolicited proposal)”:

A subparte 15.6 do FAR estabelece que quando um conceito é único e inovador e pode trazer benefícios ao governo, o detentor do conceito pode tornar-se fornecedor do Estado sem ter de realizar processo de concorrência pública. Essa possibilidade é interessante sob o ponto de vista do desenvolvimento tecnológico, pois garante que conceitos não conhecidos pelos gestores públicos possam ser explorados mesmo quando não existam editais específicos (2017d, 381).

O segundo, a meu ver, é a clara e inevitável superação – para compras públicas de P&D – da clássica regra de que o autor do projeto não

21 No Estado de São Paulo o Decreto nº 61.492/2015 criou o PitchGov SP, procedimento para “recebimento, análise e teste de soluções inovadoras [...] que contribuam com questões de relevância pública, apresentadas por interessados mediante provocação do Poder Público” (artigo 1º).

pode ser efetivamente contratado pela Administração (artigo 9º da Lei nº 8.666/1993). Ora, apresentei ao longo deste artigo a necessidade de superar o regime de contratações clássico no caso de compras públicas de P&D. A base normativa destas contratações está na Lei nº 10.973/2004, aplicando-se a Lei nº 8.666/1993 de forma subsidiária. Neste contexto, o desenvolvimento conjunto de projetos de inovação, ou mesmo pela própria empresa, é a base do primeiro modelo, o que confrontaria a lógica essencial do diploma geral de contratações públicas. Não se trata, portanto, de importar a acepção tradicional de um projeto básico como previsto na Lei nº 8.666/1993, pois aquela regulamentação simplesmente não responde às demandas peculiares de CT&I. Como bem aponta Rauen, “cabe ao Estado definir os obstáculos a serem superados e não, como tais obstáculos devam ser superados. São os fornecedores privados os responsáveis pelas escolhas tecnológicas mais adequadas à superação de tais obstáculos” (2017c, p. 42).

vii. Como fora exposto anteriormente, algumas encomendas tecnológicas dependem de *scale up*, com a necessária produção em larga escala do produto. Por esta razão, a lei, no artigo 20, § 4º, previu a possibilidade de contratação direta, sem licitação, da empresa desenvolvedora para o fornecimento em escala do produto ou processo desenvolvido. É interessante notar que a pesquisa ou o desenvolvimento propriamente já terão se consumado, sendo o resultado posteriormente adquirido.

viii. Nada obsta que os resultados obtidos no processo de desenvolvimento sejam posteriormente explorados comercialmente, com outros potenciais compradores. O que deve se ter em mente é a imposição da regulamentação estadual de que a propriedade intelectual pertença ao contratante. Portanto, a eventual exploração deverá ser precedida de um contrato de licenciamento, nos termos da disciplina trazida pelo artigo 6º da Lei nº 10.973/2004. Por certo, tal situação demandará uma análise específica de cada caso concreto, para o correto enquadramento nos permissivos legais. Via de regra, este licenciamento, quando contratado com cláusula de exclusividade, deve ser precedido de chamamento público, salvo em caso de desenvolvimento conjunto, em que esta oferta pública estará dispensada.

ix. Rauen destaca igualmente que a antiga redação do dispositivo impunha o pagamento conforme os **resultados** obtidos; com as modificações operadas em 2016, o §3º do artigo 20 da Lei 10.974/2004 passou a fixar o pagamento proporcional aos **trabalhos** executados (2017a, p. 99). Esta foi

uma mudança bastante significativa. Ora, se as compras públicas de P&D transitam sobre um campo de risco mais acentuado, é natural que resultados esperados ou buscados nem sempre sejam alcançados; porém isso não afasta o esforço dedicado ao processo. Este modelo de contratação “[...] necessariamente gerará algum conhecimento, contudo, dada a própria natureza da atividade, tal conhecimento pode não ser útil e nem suficiente para satisfazer a demanda do governo” (RAUEN, 2017a, p.103).

6. Conclusão

Não quis neste artigo propor uma leitura sistematizada de cada um dos dispositivos que tratam das compras públicas de P&D, embora os tenha apresentado quando foi necessário. Na verdade, meu objetivo primordial – e espero ter atendido – foi propor uma reflexão mais ampla, a partir do Direito, sobre um tema tão pouco debatido na academia jurídica. Seria em certa medida um tubo de ensaio para experiências deste jaez, relevante para construir – na soma com inúmeras pesquisas sobre o assunto – uma teoria jurídica sobre a CT&I no Brasil.

Entendo que a conclusão não é um espaço de reprodução sintetizada dos pontos apresentados ao longo do trabalho. Ao leitor fica a tarefa de buscá-los, na exposição principal, se assim for de seu interesse – e sobretudo se o texto se mostrar interessante para levá-lo a isso. Por esta razão, vou utilizar este espaço para lançar algumas proposições finais, sobre as quais não avancei de forma mais contundente nos tópicos anteriores, deixando indagações para, no futuro, talvez, retomá-las de forma mais aprofundada. São duas.

A primeira inerente à própria natureza dos contratos de compra pública de P&D. Um dos benefícios da regulamentação no seu atual estágio é a existência de um grande número de instrumentos jurídicos para viabilizar ajustes e parcerias em matéria de CT&I. Basicamente a Lei nº 10.973/2004 possibilita o uso de convênios de um lado e os contratos de outro, permitindo à Administração, de modo geral, optar pelo melhor mecanismo, dada as peculiaridades de cada caso. A distinção entre estes instrumentos é um tema bastante debatido por doutrinadores e na prática da Administração Pública – e certamente não cairei na armadilha de tentar enfrentar neste breve espaço. Porém, em alguma medida, parece-me que os contratos de compra pública de P&D preservam uma

característica típica dos convênios que é a ideia de parceria. Claro que os contratos pressupõem a existência de alguma vantagem econômica por parte da empresa – afinal, dependem de lucro para sobreviver e isto não é, definitivamente, uma heresia. Entretanto, o grau de interação entre o contratante e o contratado é sensivelmente mais significativo nas compras públicas de P&D, sobretudo em razão de o objeto contratual não ser precisamente definido de antemão (RAUEN, C., 2017, p. 341). Nas contratações comuns a interação é existente, mas em grau de intensidade muito menor. Vide, por exemplo, o caso do Projeto Sirius.

[...] os entrevistados da WEG sinalizaram não enxergar o atendimento aos desafios do projeto Sirius como um simples processo de compra, tendo em vista a intensa necessidade de cooperação mútua desde o início da definição da encomenda até o desenvolvimento do processo de produção pela própria empresa. Diante disso, para eles, a WEG pode ser considerada mais uma parceira do CNPEM do que simples fornecedora, especialmente devido ao fato de que o aprendizado tecnológico adquirido ao longo de todo esse processo foi extremamente valioso para a empresa (RAUEN, C., 2017, p.351).

É possível afirmar, então, que “risco, alta complexidade e assimetria de informações” (RAUEN, A., 2017, p. 388) são elementos impositivos de uma relação diferenciada entre contratante e contratada – entre Estado e seus fornecedores – com alto grau de interação e comprometimento mútuos, inexistentes em uma aquisição comum – daí ser também uma parceria (cf. RAUEN, A., 2017, p. 388).

A segunda proposição diz respeito a ponto abordado por Maria Paula Dallari e Fernando Menezes, ambos professores de Direito na Universidade de São Paulo, nas audiências públicas que debatiam o Projeto nº 2.177/2011 – aqui já mencionadas. Maria Paula Dallari indicava a necessidade de se criar uma “identidade jurídica de pesquisa”, com regras específicas e mais autonomia, o que passaria, em alguma medida, pela noção de autorregulação. Esta liberdade no processo de compras, imporá que os órgãos de controle fossem “mais sensíveis ao detectarem essa autonomia na cultura de financiamento de pesquisa”. O sistema de controle não pode adotar mecanismos tradicionais de checagem e auditoria, devendo criar mecanismos apropriados para este microssistema da técnica, em que a lei não deixa de ser um balizador, mas passa a ter um papel mais “geral e programático”, ca-

bendo ao regulamento trazer as minudências necessárias²². E, como apontou Fernando Menezes, nesta mesma ocasião, esta autonomia só pode ser viabilizada por meio da lei²³.

Talvez o que estejamos assistindo com a edição da Lei nº 13.243/2016 (que reformulou a Lei nº 10.973/2004) e da Emenda Constitucional nº 85/2015, seja justamente um certo grito de liberdade, a colocação de um espaço próprio para a pesquisa no contexto das compras públicas – muito daquilo que já vinha sendo almejado por especialistas antes do advento destas normas, como visto acima. Nossa tarefa agora, enquanto doutrina, é não deixar que estas mudanças sejam tomadas por leituras demasiadas conservadoras, que colaborem para colocar a CT&I no Brasil em um estado de agonia ainda maior.

Referências bibliográficas²⁴

CASTRO, Aloísio Pires; RODRIGUES, Lucas de Faria. *Quem tem medo do regime jurídico de direito administrativo? Perspectivas sobre as Fundações de Apoio*. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 84, jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodestudos/bibliotecavirtual.aspx>>. Acesso em 11 mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações*. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 264, set/dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98943>>. Acesso em 11 mar. 2018.

22 Trata-se de citações literais e resumo das ideias de fala da Sra. Maria Paula Dallari, a partir do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de lei nº 2.177/2011, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, do dia 09 de maio de 2014, p. 847/848. A passagem contempla o resumo da fala proferida em audiência pública realizada no dia 1º de julho de 2013.

23 Trata-se de resumo das ideias de fala do Sr. Fernando Menezes, a partir do relatório da Comissão Especial destinada a apreciar o Projeto de lei nº 2.177/2011, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, do dia 09 de maio de 2014, p. 848. A passagem contempla o resumo da fala proferida em audiência pública realizada no dia 1º de julho de 2013.

24 Foram utilizados diversos textos de uma mesma obra coletiva. Optei por apresentá-los separadamente, para permitir a correta referência ao corpo do artigo e porque não foram utilizados todos os textos da obra.

FASSIO, Rafael Carvalho de. *Novos Parâmetros para o Poder de Compra do Estado*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PELLEGRINI, Fernando; CAMPOS, André Sica de; CHAGAS JR., Milton de Freitas; FURTADO, André. “De Alfinete a Foguete”: A Lei nº 8.666 como Arcabouço Jurídico no Programa China-Brazil Earth Resources Satellite (CBERS) – Um Estudo de Caso do Fornecimento da Câmera Multi Expectral Regular (MUX) pela Opto Eletrônica (OPTO). In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

RAUEN, André Tortato. *Compras Públicas de P&D no Brasil: o uso do artigo 20 da lei de inovação*. Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior. Brasília: Ipea, Vol. 1, n. 40, ago/2015, pp. 07-18.

_____. Mapeamento das Compras Federais de P&D Segundo Uso da Lei de Inovação no Período 2010-2015. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017a.

_____. *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017b.

_____. Racionalidade E Primeiros Resultados das Políticas de Inovação que Atuam pelo Lado da Demanda no Brasil. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017c.

_____. Risco e Incerteza na Aquisição Pública de P&D: a Experiência Norte- americana. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017d.

RAUEN, Cristiane Vianna. O Projeto Sirius e as Encomendas Tecnológicas para a Construção da Nova Fonte de Luz Síncrotron Brasileira. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

RIBEIRO, Cássio Garcia. Desenvolvimento Tecnológico Nacional: O Caso KC-390. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

ROSILHO, André Janjácomo. *As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados*. In: 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=86113>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda: A Experiência da União Europeia. In: RAUEN, André Tortato (org.). *Políticas de Inovação pelo Lado da Demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

_____. *O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro*. Texto para discussão nº 1922. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações*. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 264, set/dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98943>>. Acesso em 11 mar. 2018.