

# CONTRATO ADMINISTRATIVO DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: UMA APROXIMAÇÃO

---

## *ADMINISTRATIVE CONTRACT FOR TECHNOLOGICAL INNOVATION: AN APPROACH*

**SERGIO FERRAZ**

Livre-docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor titular aposentado da UERJ e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Procurador do Estado do Rio de Janeiro aposentado. Membro do Conselho Superior da Associação Paulista de Direito Administrativo – APDA.  
sergio@ferrazconsjur.adv.br

Recebido em: 16.01.2020  
Aprovado em: 20.02.2020

**ÁREAS DO DIREITO:** Administrativo; Constitucional

**RESUMO:** O presente artigo se debruça sobre os contratos administrativos de inovação tecnológica, tema sobre o qual, até o momento, nem doutrina nem jurisprudência pátrias construíram firmes balizas, tampouco foram incorporados pela prática administrativa. Nesta tarefa, são analisados os dispositivos legais que introduziram o instituto no Ordenamento Jurídico brasileiro, com a investigação das peculiaridades desse tipo contratual, suas modalidades remuneratórias e as diretrizes a serem empregadas na sua interpretação e aplicação, em especial aquelas trazidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e os princípios da Liberdade Econômica. *A posteriori*, reflete-se sobre a viabilidade da realização de prévio certame licitatório como requisito para referidas contratações e, diante dos dispositivos legais até o momento editados, analisa-se o uso da licitação na modalidade concurso. Assim, investiga-se o novel instituto, reflexivo das hodiernas

**ABSTRACT:** This article focuses on administrative contracts for technological innovation, a subject on which, so far, neither national doctrine nor jurisprudence has built firm beacons, nor have they been incorporated by administrative praxis. In this task, the legal provisions that introduced the institute in the Brazilian Legal System are analyzed, with the investigation of the peculiarities of this contractual type, its remuneration modalities and the guidelines to be used in its interpretation and application, especially those brought by the Law of Introduction to Norms of Brazilian Law and the principles of Economic Freedom. After that, it is reflected on the feasibility of carrying out a previous bidding process as a requirement for such contracts and, in view of the legal provisions so far edited, the use of bidding in the tender modality is analyzed. Thus, we investigate the new institute, reflective of today's needs and almost

necessidades e quase inédito na doutrina brasileira, sob enfoque teórico e prático.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato – Inovação tecnológica – Licitação – Concurso.

unprecedented in Brazilian doctrine, under a theoretical and practical approach.

**KEYWORDS:** Contract – Technologic innovation – Bidding – Contest.

1 – Imagine o Brasil como um país, se não hegemônico, suficientemente poderoso no concerto internacional, para aí também exercer atividades em benefício da paz e da segurança mundiais. Vedadas constitucionalmente que são, para o país, as guerras de conquista, como *player* global (em nossa hipótese), haverá de lhe caber, por exemplo, vigiar em benefício da paz universal. E, para isso, lhe interessa dispor de um artefato militar (radares sofisticados, aeronaves supersônicas e estratosféricas, satélites de imensa resolução e profundidade) capaz de detectar, em escala permanente e ultrafronteiras, qualquer movimentação ou atividade bélica ou terrorista. Ou, para ficarmos em território nacional, de seu interesse será dispor de alguns dos instrumentos científicos, antes referidos, para detectar e combater as queimadas na Amazônia. Enfim, estará assim o Brasil cumprindo suas obrigações e compromissos. Só que *tais aparatos ainda inexistem*, ou *existem ainda com limitada tecnologia*. Surge então a indagação: cruzar os braços, ou *contratar a busca do novo ou do inexistente*?

Com nosso arsenal legislativo – Lei 8.666/93 e outras posteriores, no tema das licitações e contratações – a resposta se apresentou, até há pouco, de difícil abordagem (o problema, enfatize-se, já foi enfrentado e solvido, não só nos Estados Unidos, mas em muitos outros países desenvolvidos). Agora, contudo, temos matéria-prima em mãos. E é a ela que se dedica este texto.

O novo quase sempre impacta, quando não até mesmo gera receios. E ainda no caso do enfrentamento do desafio, a resposta alcançada nem sempre se revela indene de dúvidas ou aplacadora de hesitações.

As considerações anteriormente desenvolvidas se tornam mais questionadoras ainda quando pensamos no novo em termos de Administração Pública e de contratação pública. Aqui, a emoldurar o desenrolar do drama, ainda existe a tradicional – porém não inteiramente verdadeira (ao menos quando tomada ao pé da letra, como acontece na quase totalidade da doutrina e da jurisprudência) – máxima de que o Estado só pode agir no limite do que expresso em lei. Ora, o novo, exatamente por ser novo, dificilmente estará sempre abarcado na amplitude do preceito de direito positivo. E até quando preceito dessa ordem exista, por vezes o novo tem tal dinamismo de desenvolvimento que acaba por ultrapassar as

possibilidades do imperativo da segurança jurídica, quando a situação inovadora exige a prática de um ato administrativo.

Esse é o tema que inquieta o administrador, nas situações em que, por imperativos do interesse coletivo, do interesse nacional, ou ainda dos imperativos fáticos, se vê a braços com a iniciativa de contratar a busca de um objeto que não exista, podendo até mesmo tratar-se de casos em que a própria definição exata e concreta do objeto que se busca não é de fácil particularização.

Nossa lei básica de contratação administrativa ainda é, em dezembro de 2019 (quando este trabalho está sendo escrito), a Lei federal 8.666, de 1993. Note-se que, apenas em 2004, com o advento da Lei 10.973 (02.12.2004), é que se inseriu a previsão de contratação direta de inovação tecnológica, ainda assim com redação tímida e pouco clara. Por isso mesmo, tanto a Administração Pública quanto os órgãos de controle se pautaram por uma interpretação francamente desencorajadora desse caso de contratação direta, o que, por certo, originou uma cultura, na Administração Pública claramente hesitante, escapista mesmo, quando se apresentavam situações de contratação do novo. Do ponto de vista jurídico, a clarificação somente foi intentada bem mais tarde pela Lei 12.349 (15.12.10), que introduziu no artigo 24 da Lei 8.666 o inciso XXXI, com a seguinte redação: “XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.”

Mesmo assim, e até em vista das dificuldades inerentes ao tema da inovação tecnológica e de sua contratação pela Administração Pública, dados claramente disruptivos de toda uma experiência de atividade negocial estatal, o assunto permanece cercado de incertezas jurídicas e de dificuldades dialógicas em face dos órgãos de controle. Ou seja, a cultura administrativa, a controladora e a jurisprudencial têm, no particular, bloqueado as tentativas de muitos, no sentido de dotar de segurança jurídica o tratamento da matéria. É para somar esforços, em empreender tais tentativas, que se apresenta este ensaio.

Anote-se colateralmente que, anteriormente, ao falarmos em cultura defectiva, como parte da justificação das incertezas que cercam o assunto de que estamos a tratar, pensamos também que o fator *tempo* exerce aqui uma considerável influência. Expliquemo-nos.

Até os dias presentes, quando se pensa em contratação administrativa (reservadas aquelas alvo de leis específicas, por exemplo, pregão, RDC etc.) entre nós o que vem à mente, de pronto, é a Lei 8.666. Seus mais de 20 (vinte) anos de vigência criaram um ambiente cultural que não se muda da noite para o dia.

A reduzida clareza do artigo 20 da Lei 10.973/04, em sua redação original, não ensejou ao intérprete/aplicador/controlador dados suficientes de convicção, para a formação de um ambiente cultural mais arejado. Em realidade, foi somente com a promulgação da Lei 13.243, de 2016, que alcançamos parâmetros mais nítidos para o tópico da inovação e de sua contratação, que a matéria propiciou um estudo mais seguro e favoreceu a formação de uma teoria mais apurada. Mas, de 2016 para cá, o fluxo do tempo é escasso, certamente ainda não maturado suficientemente, para a formação de uma nova cultura.

Enquanto isso, em muitos países europeus – mas sobretudo nos Estados Unidos –, até pela métrica de suas projeções no concerto mundial, a contratação do inexistente, de metas para sua criação, de busca de definições para sua particularização – sobretudo no campo da tecnologia dos armamentos e da estruturação do aparato militar, assim como na pesquisa de novos medicamentos –, tudo isso já existia há muitos anos, até mesmo como condição da manutenção da posição de relevo mundial, desfrutada por tais países.

Em suma, dificuldades existem, para a estabilização das teorias e doutrinas aqui envolvidas. E exatamente porque elas existem é que a matéria deve ser abraçada como objeto de estudo.

2 – Segundo antes afirmáramos, a aquisição de inovação tecnológica ingressou no nosso direito positivo em 2004, por força do artigo 20 da Lei 10.973 (02.12.04), assim redigido:

“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. (Redação dada pela Lei 13.243 de 2016)”

A possibilidade estava então criada. Mas sua utilização foi muito raramente cogitada pela Administração Pública, fosse em razão do caráter de ineditismo, fosse pela própria complexidade da ideia de *risco tecnológico*, núcleo do próprio conceito legal de inovação, *in casu*. Tal panorama não se alterou quando, pela Lei 12.349 de 2010, foi acrescido à Lei de Licitações (8.666/93) um inciso – o XXXI – em seu artigo 24, com a redação já anteriormente transcrita. A formulação resultava em acrescentar, ao elenco legal de casos de dispensa de licitação, a aquisição de bens ou serviços marcados pela característica da inovação tecnológica.

Aqui, breve e provavelmente útil digressão.

O artigo 24 da Lei 8.666/93 trata de hipóteses em que, com caráter taxativo, é facultado ao administrador proceder à contratação direta. É dizer: não se afasta *a priori*, nos casos do citado artigo 24, a exigência constitucional da seleção licitatória. Mas o próprio artigo 37, XXI, constitucional, que firma o princípio da licitação, delegou à lei o afastamento da exigência. Todavia não afastou, na contratação direta, a observância dos princípios fundamentais da Administração Pública, consagrados no *caput* do mesmo artigo 37. O que motiva a opção pelos afastamentos legais da exigência licitatória é a convicção do legislador de que, nos casos por ele eleitos e abrigados em texto normativo *taxativo*, há a suposição/presunção de que, nas referidas situações, a licitação não asseguraria a concretização da contratação mais vantajosa para a Administração, ou tampouco a contratação mais eficiente e célere para o interesse da coletividade. Enfatize-se, porém: a Lei 8.666 exige que, na opção pela dispensa, haverá que previamente instaurar-se processo administrativo, em que INTEGRALMENTE demonstrada, com fundamentação suficiente, que o interesse público na contratação e o interesse coletivo na prestação contratada fiquem evidenciados, como justificativa da dispensa de licitação, para além de qualquer dúvida.

Diversa e a dicção, bem como a intelecção, do artigo 25 da Lei 8.666, que cuida de outra figura: a *inexigibilidade* de licitação.

Nesse passo, o que se alveja são as situações em que se apresenta *inviável* a competição dentro do universo de potenciais candidatos à contratação. Essa inviabilização tanto pode prender-se a particularidades do sujeito a ser contratado, como a peculiaridades do objeto buscado pelo contrato. De uma forma ou de outra, não há padrões ou paradigmas diferenciais suficientemente amplos, que fomentassem uma competição ou que fundassem uma escolha logicamente inatacável de parte do agente administrativo.

Por isso mesmo, em face do que elenca o artigo 24, a licitação é teoricamente viável, mas, na forma da previsão legal expressa, bem como da incontestável fundamentação do agente administrativo, deve ser afastada, porque não assegura, no caso concreto, a melhor e/ou a mais pronta seleção.

Já em questão de *inexigibilidade*, em princípio não há que se falar em licitação, uma vez tipificadas as circunstâncias *exemplificativamente* postas no artigo 25 ou nelas passíveis de enquadramento (tudo, é claro, cabal e minudentemente comprovado em processo administrativo próprio). Todavia, se a administração ou qualquer pessoa aventar, motivada e comprovadamente, a viabilidade de competição, de *inexigibilidade* não se há mais de cogitar (sem prejuízo, é claro,

de a matéria passar a um detido exame quanto a sua eventual alocação, ou não, em determinada hipótese de dispensa).

As Leis 12.349/10 e 13.243/16 e, por consequência, a Lei 8.666/93, artigo 24, XXXI, estatuíram a dispensabilidade de licitação – e não a inexigibilidade – para as contratações vinculadas às disposições dos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei 10.973/04. Mas, seja pelas deficiências e ineficiências da referida Lei 10.973, seja pela ausência de maturação do pensamento jurídico nesse tema, seja ainda pela ausência de um ambiente cultural que confortasse os juristas interessados e estudiosos da matéria, seja enfim pela duvidosa opção legislativa em tela (é nosso pensamento que a inovação tecnológica mais se afeiçoaria ao escaninho da inexigibilidade que ao da dispensa de licitação), o certo é que

- nem a doutrina, nem também a jurisprudência, construíram balizas firmes pertinentes à matéria; os grandes comentadores brasileiros ficaram à quase unanimidade, praticamente silentes;
- nem a prática administrativa a incluiu em seu arsenal contratual, tendo sido, na vigência da Lei 10.973, muito pouco aplicado o afastamento da licitação na contratação da inovação tecnológica.

3 – Diagnosticadas as falências do instrumental normativo, adveio, por fim, em 2016, a Lei 13.243, que trouxe marcos mais claros para o debate da matéria. Para começar essa incursão, importante transcrever, mais uma vez, o artigo 20 da Lei 10.973/04, com a redação dada pela Lei 13.243/16:

“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.”

A leitura do preceito, conquanto de fluente composição, semeia impressionante messe de indagações e preocupações. Mas o núcleo mesmo, dessa semeadura, se localiza no conceito de atividades que envolvam *risco tecnológico*. Note-se: conceito que a Lei 13.243 não enuncia. Mas ao menos dois diplomas regulamentares de marcada relevância se dedicaram à explicitação conceitual.

Assim é que o artigo 52, § 2º, do Decreto 62.817, de 04.09.2017, do Estado de São Paulo, definiu:

“Art. 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.

[...]”

Posteriormente, e com maior adstrição ao central entendimento do que seja risco tecnológico, declarou o Decreto federal 9.283, de 07.02.2018, no inciso III do seu artigo 2º:

“Art. 2º – [...]

III – risco tecnológico – possibilidade de insucesso no desenvolvimento de solução, decorrente de processo em que o resultado é incerto em função do conhecimento técnico-científico insuficiente à época em que se decide pela realização da ação;

[...]”

Ao que se constata, o patamar em que ambas as transcrições se encontram está na *incerteza na obtenção* do resultado almejado, em face da insuficiência do estado da técnica, no momento em que se decide contratar a inovação tecnológica. Por isso mesmo, a delimitação do campo do risco tecnológico é necessariamente variável no tempo, restringindo-se ou até desaparecendo conforme a evolução do estado de desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

Ademais disso, cumpre destacar que o objeto deste trabalho é a aquisição, mediante contratação pública, de *tecnologias novas* para dar a solução desejada para uma certa demanda da Administração Pública e/ou do interesse coletivo. É dizer, não estamos aqui nos ocupando da aquisição de tecnologias ainda não integradas no arsenal administrativo, mas já existentes e disponíveis no mercado (aqui, a contratação, verificada caso a caso, pode encaminhar-se para os escaninhos da inexigibilidade/dispensa de licitação). Os *personagens* integrantes desse universo da aquisição de inovação tecnológica são os seguintes:

- do lado contratante, os órgãos e entidades da Administração Pública que, por comprovado e cabalmente justificado interesse público, busquem uma solução científico-tecnológica ainda inexistente, ou parcialmente desenvolvida, para dar respostas a motivadas, reais e concretas demandas da própria Administração ou da Sociedade;

• do lado contratado, ICTs (instituições de ciência tecnologia) públicas; entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas (públicas ou privadas), isoladamente ou em consórcios.

A *qualificação* do contratado se afirma em sua dedicação à pesquisa, desenvolvimento e inovação, com capacitação tecnológica reconhecida em seu setor de atividade.

O *objeto* da contratação é a busca de solução para um problema técnico específico e/ou a obtenção de produto, serviço ou processo inovador.

O *traço diacrítico*, a separar tal contratação de qualquer outra disciplinada em nosso direito positivo, é o *risco tecnológico*, ou seja, o prévio reconhecimento, por todos os envolvidos na avença, de que o fim almejado não se possa concretizar, por insuficiência temporal do estado da arte (isto é, do conhecimento científico e tecnológico reinante à época da execução do contrato). Exatamente por tais peculiaridades, o insucesso não é aqui *inadimplemento* ou *causa disruptiva* da avença.

No momento em que este trabalho está sendo elaborado, tramita, no Senado Federal, com a propaganda de se tratar de texto definitivo e de próxima aprovação, o Projeto de Lei 1.292-F de 1995, vocacionado a ser a futura Lei Geral de Licitações e Contratos. O artigo aí correspondente ao 24, XXXI, da Lei 8.666/93, a saber, o artigo 74, V, do citado Projeto de Lei, nenhuma novidade traz sobre o assunto.

4 – As notas claramente diferenciadoras da contratação ora examinada implicam atribuição, a esses pactos, de particularidades, legalmente albergadas, que cumpre agora e aqui examinar. Sempre tendo em mente que, diversamente da contratação administrativa ordinária, o que aqui se intenta obter é uma solução ainda inexistente ou defectiva, impassível de definição prévia pela Administração, integrando aleatoriedade e possibilidade de não se conhecer de antemão quando o alvo será atingido, nem mesmo se isso acontecerá. E mais, a eventual frustração não desencadeará, em princípio, sanções ou mesmo a extinção automática do pacto, a não ser que comprovado erro grosseiro, culpa grave, dolo substancial ou desídia, na execução, pelo contratado, da pesquisa, do seu desenvolvimento ou da concretização do resultado desejado.

Com tais ponderações em vista, examinaremos agora as peculiaridades do contrato, conforme estabelecido no artigo 20 da Lei 10.973/04, aqui na redação imposta pela Lei 13.243/16.

*Em primeiro tomo*, merece ser focalizada a amplitude temática do objeto do contrato. Ela abrange não só a solução ainda inexistente, mas, se atingida esta,



toda e qualquer criação intelectual a ela pertinente, até o prazo de dois anos após o término do contrato (art. 20, § 1º). Ademais, uma vez exitosa a encomenda da inovação, o fornecimento em escala do produto ou do processo inovador poderá ser objeto de contrato, dispensada a licitação, com o próprio desenvolvedor da encomenda (art. 20, § 4º).

Em segundo tomo, a Lei admite que, com motivação expressa, a Administração Pública contrate a mesma encomenda de inovação, em parte ou na totalidade, com mais de um candidato capacitado (art. 20, § 5º). Anote-se que o procedimento de contratação (e pois, da pertinente licitação, se houver) observará as regras próprias da entidade ou ente da Administração Pública contratante (art. 20-A, § 2º); inexistentes estas, incidirá a Lei 8.666/93, com as adaptações eventualmente necessárias, à vista das peculiaridades do objeto contratado. Determinou ainda a Lei uma série de tratamentos preferenciais ou inclusivos de certos setores para a contratação e a simplificação dos procedimentos pertinentes (por exemplo, priorização de regiões menos desenvolvidas, de microempresas ou empresas de pequeno porte), tudo como posto no artigo 20-A, § 4º. *Em terceiro lugar*, importa destacar que, em vista da nota de incerteza relativa ao atingimento da meta buscada, a remuneração do contratado é, primordialmente, atrelada às etapas ou *blocos de trabalhos* executados no curso da pesquisa e do desenvolvimento do projeto, para tanto devendo o pacto conter um cronograma físico-financeiro, com metas a serem progressivamente alcançadas. Se a meta for satisfeita, o contratado poderá, se assim previsto na avença, perceber uma remuneração adicional de êxito. Em caso contrário, para aquele segmento contratual haverá apenas o pagamento previsto no cronograma, sem adicional. O regulamento da Lei de Inovação, ou seja, o Decreto 9.830/19, a partir de seu artigo 29, cuidou minuciosamente da temática da remuneração do contratado. E o fez, a nosso ver, sem ultrapassar as fronteiras constitucionais próprias do regulamento de execução. Não obstante ser o presente trabalho apenas uma primeira aproximação à Lei de Inovação, cremos que se impõe esmiuçar, neste momento, o tratamento conferido à matéria remuneratória. Daí nos debruçarmos, nos parágrafos seguintes, sobre a questão, de vez que aqui reside um dos pontos de diversidade mais marcantes das encomendas de inovação, quando confrontadas com os contratos da Lei 8.666/93. Mais à frente prosseguiremos nas outras peculiaridades desses contratos.

Exatamente à vista da incerteza quanto aos resultados da contratação, bem como à dificuldade de estimação dos custos das atividades cometidas ao contratado, o Decreto 9.283 aponta à Administração a possibilidade de opção, cabalmente justificada, por um leque de modalidades remuneratórias, a saber:

“Art. 29 – [...]

§ 1º Os órgãos e as entidades da administração pública poderão utilizar diferentes modalidades de remuneração de contrato de encomenda para compartilhar o risco tecnológico e contornar a dificuldade de estimar os custos de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação a partir de pesquisa de mercado, quais sejam:

I – preço fixo;

II – preço fixo mais remuneração variável de incentivo;

III – reembolso de custos sem remuneração adicional;

IV – reembolso de custos mais remuneração variável de incentivo; ou

V – reembolso de custos mais remuneração fixa de incentivo.

§ 2º A escolha da modalidade de que trata este artigo deverá ser devidamente motivada nos autos do processo, conforme as especificidades do caso concreto, e aprovada expressamente pela autoridade superior.

[...].”

A contratação por preço fixo foi reservada às hipóteses de baixo risco tecnológico, isto é, àquelas em que plausivelmente se pode antever o êxito da encomenda bem como os reais custos de seu alcance. Para tais casos, o contrato poderá prever tanto o pagamento por etapas quanto o pagamento final quando da concretização do projeto. Note-se que, aqui, o regulamento omite situação que, conquanto não deva ocorrer em razão do baixo risco tecnológico e da expressiva probabilidade de concretização da encomenda, no entanto, pode-se verificar: o resultado final avençado não se ver realizado, sem culpa ou dolo de parte do contratado, bem como pela intercorrência de caso fortuito ou força maior. Em tais casos incidirá o artigo 20, § 2º, da Lei 10.973/04 a saber:

“Art. 20 – [...]

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

[...].”

Se a decisão administrativa se inclinar pelo encerramento do contrato, será caso de ser o contratado ressarcido das despesas em que incorreu para a execução do contrato, cobrindo todas as etapas do desempenho. Todavia, inviabilizada a conclusão positiva da encomenda, por dolo ou culpa do contratado, nada lhe

será devido em acréscimo aos pagamentos já efetivados por etapas cumpridas na forma do cronograma contratual, mas com duas ressalvas, a saber:

a) as parcelas pagas, até então, não serão devolvidas, eis que presumidamente efetuadas a contento;

b) se o contrato somente tiver previsto pagamento ao final, fará jus o contratado a pagamento proporcional, correspondente às etapas realizadas satisfatoriamente, em consonância com o cronograma. Note-se que, para poder pleitear tal retribuição, deverá o contratado cumprir com suas obrigações de informar ao contratante a evolução dos trabalhos e resultados, com as pertinentes mensurações e os devidos monitoramentos, tudo na forma do que previsto artigo 28 *caput* do Decreto 9.283/19.

A segunda modalidade de tratamento remuneratório, a ser focalizada, é a de preço fixo mais remuneração variável de incentivo. Essa modalidade se destina àqueles pactos em que, com margem de confiança, são previsíveis os custos da execução do contrato, a isso se adicionando o interesse da Administração em estimular o contratado à concretização mais excelsa do avençado (por encurtamento dos prazos de execução e/ou aperfeiçoamentos técnicos). Aplicam-se a contratos com esse tipo de remuneração as mesmas considerações antes expendidas, quanto à eventualidade de, a seu termo, não se concretizar inteiramente a encomenda projetada. Também comum à hipótese aqui prevista de retribuição, bem como à que anteriormente considerada, temos que o Decreto 9.283/18, com a devida ponderação e equilíbrio, estabelece casos em que o preço fixo pode ser modificado, como se vê do § 4º de seu artigo 29:

“Art. 29 – [...]”

§ 4º O preço fixo somente poderá ser modificado:

I – se forem efetuados os ajustes de que trata o *caput* do art. 28;

II – na hipótese de reajuste por índice setorial ou geral de preços, nos prazos e nos limites autorizados pela legislação federal;

III – para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; ou

IV – 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 8.666, de 1993.

[...].”

Por último, um enfoque que incide nas contratações por preço fixo mais remuneração variável: os adicionais de alcance de metas e de incentivo podem ser,

ou não, pactuados cumulativamente (a critério da Administração), e fundamentadamente assim justificado, eis que bem distintos os propósitos a motivarem um e outro.

O terceiro tipo de remuneração é o que estabelece reembolso de custos sem qualquer remuneração adicional. Tal modalidade é direcionada para os casos em que é inviável a estimação prévia, em razão das incertezas tecnológicas, dos custos das despesas incorridas na execução do objeto contratual. Nessas circunstâncias, o contrato terá de estabelecer um teto de gastos para fins de reserva de orçamento. O contratado que, sem prévio acerto com o contratante, exceder tal limite estará a fazê-lo por sua conta e risco. Temos, enfim, aqui um duplo risco: o tecnológico e o financeiro, os dois afetando, observadas suas diferenças estruturais e finalísticas, o contratante e o contratado. E, exatamente por isso, tal especificação remuneratória tem como alvo precípua as entidades sem fins lucrativos ou aqueles casos em que o contratado tenha a expectativa de ser compensado com benefícios indiretos (o próprio Decreto 9.283 aponta um exemplo desse caso: o contratado se reserva, no pacto, algum direito sobre a propriedade intelectual ou da transferência de tecnologia, decorrentes de sua atuação). Mas se ressalve: nada impedindo a adoção de benefícios indiretos, como os sugeridos no Decreto 9.283, a outros tipos remuneratórios.

Segue-se, no Decreto 9.283/18 uma outra espécie: a do contrato de reembolso de custos mais remuneração *variável* de incentivo. O próprio regulamento elege a situação-padrão para a adoção do tipo: a existência de razoável prévia estimação de custos adicionada à plausível expectativa de redução de prazos de cumprimento do objeto contratual ou dos próprios custos da atividade do contratado. Aqui, não nos parece aceitável a acumulação de adicional de realização da fase contratual com adicional de incentivo, já que este último também se ata à concretização das metas, sobretudo as parciais da execução.

Por fim, há que referir o caso da remuneração mediante reembolso dos custos mais adicional *fixo* de incentivo. O que, deduzido no parágrafo anterior, aqui também incide, com uma única diferença: a gratificação de incentivo tem seu valor *fixado* no contrato, somente cabendo sua revisão nas hipóteses elencadas no antes transcrito § 4º, incisos I a IV, do Decreto 9.283/18.

Após a análise das minúcias do sistema de remuneração, cabe agora regressar à enunciação das particularidades do contrato de encomenda de inovação tecnológica.

*Em quarto lugar*, tais contratos podem envolver licenciamento ou a transferência da tecnologia desenvolvida, bem como a cessão de direitos da propriedade intelectual. Tais atos de disposição exigirão comprovada demonstração de interesse

público na sua concertação, além de compensações à Administração (financeira ou não), quando ela for cedente. Nos casos aqui disciplinados, o contrato:

a) poderá, ainda, prever que, havendo licenciamento da criação à Administração Pública, esta ficará desobrigada do pagamento de *royalty* ou qualquer outro tipo de remuneração, pelo prazo da licença; a licença sem prazo aqui será inadmissível, por seu caráter nitidamente expropriatório;

b) nos casos de cessão de direitos (tecnologia/propriedade intelectual) ao contratado, terá de prever prazos e condições para a comercialização da criação, revertendo tais direitos em favor da Administração Pública, sem qualquer reparação, se inadimplente o contratado;

c) se o contrato de encomenda tecnológica não contiver pactuação como a prevista no item “a” supra, os resultados do projeto, a sua documentação e os direitos de propriedade intelectual pertencerão à Administração Pública, sem qualquer reparação.

Em *quinto lugar*, o contratado, sem prejuízo das responsabilidades assumidas no instrumento contratual, poderá, sem específica consulta prévia à contratante, subcontratar determinadas etapas da encomenda até o limite previsto no pacto. No eventual silêncio, a propósito, do contrato, quanto aos limites da subcontratação, poderá esta ser livremente celebrada pelo contratado. Mas à Administração Pública incumbirá, ainda assim, opor-se a tal iniciativa, mediante cabalmente fundamentada objeção, se o interesse coletivo, ou o da Administração, assim o ditar. Note-se que a subcontratação não elide, minimamente que seja, o elenco das obrigações do contratado de monitorar a execução do pacto e de informar minuciosa e permanentemente seu desenrolar, inclusive com a mensuração dos resultados alcançados. E, de toda sorte, até porque a eventual subcontratação não apaga a responsabilidade do contratado, o subcontratado não ingressa no pacto entre Administração e contratado, somente perante este podendo pleitear seus eventuais direitos.

*Por último*, no presente segmento, cabe focalizar a questão da *duração* do contrato de encomenda de inovação científico-tecnológico. A Lei, no artigo 20, § 2º, limita-se a prever a possibilidade de sua prorrogação, sem estabelecer prazos iniciais ou adicionais. Tampouco o faz o decreto regulamentador (9.283/18). A solução se encontra no artigo 57, *caput*, inciso V, da Lei 8.666/93, disposição essa introduzida pela Lei 12.349 de 2010, de que resultou que os contratos, de que estamos a tratar, “poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses”, é dizer, 10 (dez) anos. Somos de parecer que a eventual prorrogação do artigo 20, § 2º, mais focalizado anteriormente, haverá de comportar-se dentro desse limite. Isso

até porque, com o ritmo vertiginoso do desenvolvimento tecnológico, depois de dez anos, ou a inovação já foi atingida, ou a pertinente busca se marca de irrefreável obsolescência.

Nunca será demais advertir que qualquer das decisões da Administração Pública, enfocadas no presente texto, hão de submeter-se ao artigo 20 e seguintes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a redação imposta pela Lei 12.376 de 2010, complementada pelo Decreto 9.830/19. Assim:

a) não poderão elas basear-se unicamente em valores jurídicos abstratos, sem consideração às *consequências práticas* delas emanáveis;

b) a obrigatória motivação terá de realçar a necessidade e adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas; por isso mesmo, terá em expressa consideração as decorrentes dificuldades e obstáculos reais do gestor, as exigências das políticas públicas e os direitos dos administrados;

c) as decisões, aqui contempladas, observarão os precedentes aplicáveis à matéria; ademais disso, se impuserem ao contratado prejuízos anormais ou injustos, haverá de estabelecer, motivada e consensualmente, compensações ao contratado e demais prejudicados;

d) arbitragem e mediação devem ser tidas como vias preferenciais de composição de eventuais litígios.

Tampouco excessivo será lembrar que as decisões da Administração Pública, na temática do presente trabalho, se encontram também jungidas aos princípios da Liberdade Econômica, enumerados no artigo 2º da Lei 13.874 (20.09.2019), Lei nacional, por isso que diretamente derivada dos artigos constitucionais 1º, IV, 170, parágrafo único, e 174, *caput*. São eles, recordemos:

a) a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

b) a boa-fé do particular perante o poder Público;

c) a intervenção subsidiária do Estado sobre o exercício de atividades econômicas;

d) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

5 – Em item anterior (especificamente, o de número 2) do presente trabalho, discorreremos sobre as distinções entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação. O núcleo da diferença entre uma e outra, ambas conducentes a uma contratação direta, é de fácil apresentação (facilidade todavia restrita ao campo teórico, nem sempre discernível tão simplesmente na pragmática administrativa): na dispensa, a *licitação* seria em tese *possível*, mas não asseguraria a nota de vantajosidade para a Administração, tampouco satisfazendo à concretização da celeridade e da

eficiência reclamadas pelo interesse público. Já na inexigibilidade, a *licitação* é em princípio descabida, seja pela inviabilidade concreta de *competitividade*, seja pelo aspecto eminentemente técnico e singular da prestação a ser contratada. Observe-se que esse quadro conceitual, posto nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, não se altera nos artigos 73 e 74 do já referido PL 1.292/95.

A nosso ver, a encomenda tecnológica configura, com nitidez teórica, caso típico de inexigibilidade de licitação. Mas não é essa a determinação de nosso direito positivo, que a tem como situação de dispensa de licitação. Dessa sorte, o debate se resume a uma dualidade interrogativa: contratação direta por dispensa ou realização de licitação?

Claro, e o direito posto abriga essa escolha, pode-se imaginar a adoção da dispensa de licitação. Dá-se, porém, no plano prático, que os órgãos de controle interno e externo são extremamente adversos a contratações diretas em geral, e em particular a contratações envolvendo insumos ou processos tecnológicos quando o contratado não se encarta nas provisões dos incisos XXI, XXV, XXVIII e XXXII do artigo 24 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. A tal óbice são aditáveis algumas preocupações, que, com frequência, poderão ocorrer, agravando a supracitada desconfiança dos órgãos de controle. Assim, por exemplo, e partindo do pressuposto fundamental de que a encomenda tecnológica, de que trata este trabalho, está caracterizada pelo binômio inovação/risco científico-tecnológico de frustração, pode ocorrer iterativamente que a suposição da existência, no caso concreto, de tal binômio decorra, simplesmente, da ignorância, por parte da Administração Pública, do estado científico-tecnológico do conhecimento na área em que se deseja contratar. Também pode se dar o caso de que a inovação existe, mas o risco não esteja presente, eis que o estado da arte já contempla, com razoável margem de segurança, a perspectiva de seu desenvolvimento ou aperfeiçoamento.

Às considerações precedentes deve-se acrescentar o amplíssimo leque de graves consequências que a resistência do controle externo habitualmente provoca: responsabilizações onerosas aos agentes públicos e aos personagens contratuais, sustação de contratos, paralisia administrativa, insatisfações coletivas etc.

Por tudo isso, recomendamos enfaticamente que a encomenda tecnológica seja precedida de licitação, mas na modalidade *concurso*, legalmente prevista exatamente para seleção e contratação de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, no artigo 22, § 4º, da Lei 8.666/93. É verdade que, segundo é de nosso conhecimento, alguns concursos públicos para seleção e contratação de produtos de cunho científico-tecnológico foram já tentados, sem êxito registrável. Mas é provável que a falha, em tais casos, se localizasse na feitura do respectivo

edital, ou na identificação incontestável, em cada caso, da existência do binômio inovação/risco tecnológico.

Doutra parte, é lícito afirmar que a doutrina tem sido extremamente omissa, entre nós, no tratamento da modalidade *concurso*.

No que mais de perto diz respeito ao presente texto, o eminente Marçal Justen Filho, comentando o artigo 22, § 4º, da Lei 8.666/93, após lembrar, com a habitual exatidão, que, de regra, no concurso, não há futura execução, devendo o interessado apresentar, com sua proposta, o trabalho pronto e acabado, alerta para dois tópicos de grande relevância, de precípua incidência para a modalidade ora em foco:

a) o edital do concurso deverá estabelecer prazos *mínimos*, depois de sua divulgação, para a formulação do projeto no trabalho a contratar, devendo tal prazo ser compatível com uma aferição média razoável do tempo necessário para o exaurimento da atividade buscada. A isso, aditamos nós que deve o instrumento convocatório, com os mesmos cuidados, fixar prazos *máximos*;

b) o edital deverá fixar com clareza os critérios de julgamento, por maior que seja a dose de subjetividade que envolva a apreciação da qualidade/vantajosidade em mira.

São mais detalhadas e firmes as contribuições de Marçal Justen Filho quando, mais adiante, ao comentar o artigo 52 da mesma Lei, examina os requisitos do edital do concurso. De toda sorte, poucos são, em nosso país, a produção bibliográfica, o contributo jurisprudencial, a prática administrativa e, além de tudo, a elaboração legislativa, debruçados sobre o concurso como modalidade de licitação. Na nossa literatura jurídica nada existe, no tema, sequer comparável ao notável e alentado estudo de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”<sup>1</sup>.

Não obstante todas as ressalvas e lamúrias, acima postas, não temos dúvida em afirmar que a encomenda tecnológica, no Brasil, deve ser licitada, e pela modalidade de concurso. E isso porque, conforme aliás já referimos:

a) os órgãos de controle são extremamente arredios quanto às dispensas de licitação (e às contratações diretas em geral);

b) o concurso constitui modalidade de fácil estruturação técnica, inclusive desatada de qualquer restrição normativa no que respeita a valores financeiros e

---

1. OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*. Coimbra: Almedina, 1998.



parcelamento de etapas. E essas são duas diretrizes de interesse excelso na seleção para contratação de inovação tecnológica.

Com espedeque nos dois itens supra, expenderemos algumas considerações na sequência.

A complexidade, de regra, da encomenda tecnológica, em face de uma situação na qual efetivamente existente o binômio inovação/risco de frustração, inclusive porque muitas vezes exigente de capacitação em diversos campos científico-tecnológicos, frequentemente levará a constatação da necessidade do parcelamento do objeto em mais de um concurso. Esmiucemos nossa opinião.

Na encomenda tecnológica, haverá sempre uma *primeira fase*, na qual se buscará identificar a concreta existência, em determinado caso, do multirreferido binômio inovação/risco tecnológico, e isso ainda quando a Administração esteja convencida de sua real ocorrência. Mesmo assim, convém realizar o concurso, com vistas ao controle externo (e às inconveniências, que antes abordamos, para a Administração e para a sociedade, de uma eventual postura adversa de tais órgãos). Seguir-se-á uma *segunda fase*, que até pode ser cumulada à primeira, em que se buscará um trabalho demonstrativo da viabilidade da encomenda e do desenvolvimento de sua realização. Por fim, em uma *terceira fase*, ter-se-á como alvo a obtenção da configuração do produto, do serviço ou do processo tecnicamente inovador.

O regulamento do concurso deverá descrever, com todas as possíveis minúcias, o objeto a alcançar em cada uma das etapas indicadas anteriormente. Obviamente, o concorrente que negar a possibilidade do objeto, no primeiro e/ou no segundo concursos, não deverá ser admitido ao terceiro. Para maior segurança jurídica, bem como para mais provável obtenção de juízo positivo por parte dos órgãos de controle, seria de grande valia, inclusive porque abrigada em nosso direito positivo, a realização de *chamamentos públicos* anteriores aos próprios concursos. Parece-nos claro que o atendimento a tais chamamentos não poderá ser tido como requisito para admissão aos concursos supervenientes, o que contrariaria princípios básicos da Constituição e da própria Lei de licitações. Mas tais chamamentos serão preciosos adjutórios na comprovação da satisfação aos requisitos da Lei de Inovação (artigo 20), bem como na procura antecipada de viáveis parceiros capacitados para a futura contratação. Anteriormente, como fizemos alusão ao direito positivo, temos por oportuna a transcrição dos textos diretamente conectados à exposição, extraídos de dois regulamentos (fiéis) da Lei 10.973/04. E de tais transcrições tiraremos a fundamentação de nossa opinião de que tais chamamentos, de facultativa participação para o universo de candidatos à contratação para a Administração Pública, para esta são realmente obrigatórios. Confira-se:

• Decreto federal 8.269/14, artigos 1º e 9º:

“Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Plataformas do Conhecimento – PNPCC, com os seguintes objetivos:

I – realizar encomenda tecnológica destinada à solução de problema técnico específico ou à obtenção de produto ou processo inovador, de bens ou serviços, que envolva risco tecnológico; e

II – estimular a parceria entre empresas e instituições de pesquisa científica e tecnológica.

[...]

Art. 9º A plataforma do conhecimento será contratada nos termos do art. 20 da Lei 10.973, 2 de dezembro de 2004, e da regulamentação pertinente.

Parágrafo único. A seleção das propostas de plataformas do conhecimento será precedida de chamamento público.

[...]”

• Decreto federal 9.283/18, artigo 27, *caput* e § 4º:

“Art. 27. Os órgãos e as entidades da administração pública poderão contratar diretamente ICT pública ou privada, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcio, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, com vistas 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, nos termos do art. 20 da Lei 10.973, de 2004, e do inciso XXXI do art. 24 da Lei 8.666, de 1993.

[...]

§ 4º Na fase prévia à celebração do contrato, o órgão ou a entidade da administração pública deverá consultar potenciais contratados para obter informações necessárias à definição da encomenda, observado o seguinte:

I – a necessidade e a forma da consulta serão definidas pelo órgão ou pela entidade da administração pública;

II – as consultas não implicarão desembolso de recursos por parte do órgão ou da entidade da administração pública e tampouco preferência na escolha do fornecedor ou do executante; e

III – as consultas e as respostas dos potenciais contratados, quando feitas formalmente, deverão ser anexadas aos autos do processo de contratação, ressalvadas eventuais informações de natureza industrial, tecnológica ou comercial que devam ser mantidas sob sigilo.

[...]”

Talvez fosse até desnecessário dizer, mas, para tranquilidade de espírito, reiteremos que:

a) em cada um dos concursos parcelados que antes abordamos, ou no concurso único se essa for a opção administrativa, a adjudicação poderá ser, motivadamente, atribuída a mais de um participante (Lei 10.973/04, artigo 20, § 5º);

b) o(a) adjudicatário(a) poderá(ão) ser contratado(a) para executar partes do objeto buscado (Lei 10.973/04, artigo 20, § 5º, II).

Quanto à letra “b” supra, queremos expor duas visões:

I. em havendo mais de um contratado, as partes que convencionalmente executarão o pacto poderão representar, em seu somatório, a totalidade do objeto. Tal interpretação tem em mente o desconhecimento científico-tecnológico ao menos inicial da Administração (a própria razão de ser da encomenda), e, em contraste a indiscutivelmente maior, por imperativo lógico, capacitação do contratado;

II. mesmo havendo um só adjudicatário, além de lhe ser contratada parte da execução do objeto, poderá ele, ainda, ser motivadamente contratado para o restante, como consultor ou técnico (nas funções de fiscalização, supervisão e/ou gerenciamento, na forma do artigo 9º, § 1º, da Lei 8.666/93, desde que o projeto, processo ou serviço se enquadre nas definições de obra ou serviço do artigo 6º da Lei Geral de Licitações e Contratos.

6 – Seja-me agora permitido abandonar o plural majestático e falar na primeira pessoa.

No início do presente texto, ressaltai como o novo incomoda e até mesmo assusta. Não se tratava apenas de uma ponderação enviada ao eventual leitor. Ela emanava de meus próprios receios, ao enfrentar um tema ainda de parco enfrentamento na literatura jurídica brasileira. Ademais, tema de evidentes complexidades do ponto de vista do Direito, além disso lindeiro de matérias de um estrato científico e tecnológico, de regra alheio à meditação jurídica. Quando meus receios se adensaram, tive a felicidade de me lembrar de ter passado por situação similar, por primeira vez (houve várias outras depois), quando do lançamento, há algumas décadas, da primeira edição de meu “Mandado de Segurança”. E o que então escrevi, como considerações finais, se aplicam com perfeição ao presente momento. Vou então repeti-la, com mínimas adaptações ao momento de hoje e deste presente texto.

Escrever um ensaio jurídico com a precípua proposta de enfrentar um tema novo, quase inédito na doutrina brasileira, poderá a muitos parecer temeridade condenável ou pretensão supina. É com a finalidade de afastar qualquer dessas pechas que se apresentam, agora, essas considerações finais.

Abandone-se, imediatamente, a hipótese de pretensão supina: não tenho qualquer intenção de, sobre os pontos aqui abordados, haver dado uma *última* e esclarecedora palavra. O que me animou, como força motriz e motivação, foi um compromisso de vital coerência: em face da dificuldade ingente, não temer a crítica, arrostá-la mesmo, mas dar o testemunho do batalhador, do lutador que não tem compromisso com a vitória – somente com a luta em si. É possível, até, que minha intervenção aprofunde, em certos pontos, as celeumas detectadas e enfrentadas. Muito frequentemente, e Dante já o comprovava, o conhecimento dos infernos abissais é a porta de passagem para os círculos da paz edênica.

Temeridade? Talvez sim, mas não a creio condenável. Dos 61 (sessenta e um) anos de vida, o grande poeta e pensador turco Nazim Hikmet Ran passou mais da metade deles nos cárceres ou afastado dos seus e de sua terra natal, por ele tão amada, tudo em razão de suas lutas cívicas e políticas. Com a saúde profundamente abalada por isso, nos seus últimos anos de vida era frequentemente indagado, por amigos, se seu compromisso de testemunho valera a pena. Sua resposta, em versos, tomo mais uma vez de empréstimo, para réplica às eventuais incompreensões que um artigo como este, desejado, planejado e produzido como uma provocação de polêmica, poderá suscitar:

“Se eu não me queimo,  
se tu não te queimas,  
se nós não nos queimarmos,  
como as trevas se tornarão claridade?”

Por derradeiro, registro minha gratidão a um brilhante Procurador do Estado de São Paulo, da nova geração de juristas brasileiros, o Professor Rafael Carvalho de Fassio, com quem muitas vezes conversei sobre a inovação tecnológica, afora o privilégio de estar presente a uma exposição sua, sobre a matéria, no Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrinas

- As compras governamentais como instrumento para impulsionar a inovação no país, de Aniello dos Reis Parziale – *RDAI* 12/159-184 (DTR\2020\2);
- Inovação tecnológica como instrumento para o desenvolvimento no Brasil, de Melina Ferracini de Moraes – *RDCI* 97/213-228 (DTR\2016\24155); e
- O regulamento do novo marco legal da inovação, de Sérgio Roberto Knorr Velho, Jorge Mario Campagnolo e Rafael Ramalho Dubeux – *RD Tec* 3 (DTR\2019\35418).