

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A PARCERIA PARA A INOVAÇÃO DO DIREITO EUROPEU E A ENCOMENDA TECNOLÓGICA DO DIREITO BRASILEIRO

Juliana da Silva Ribeiro Gomes Chediek¹

Sumário: I – Introdução; II – A regulamentação das parcerias para inovação no Direito Europeu; III – O instituto das encomendas tecnológicas de inovação do Direito Brasileiro; IV – Aproximações entre os instrumentos jurídicos; V – Diferenciações e peculiaridades; VI – Conclusão

I – INTRODUÇÃO



presente trabalho apresenta análise comparativa de dois procedimentos de contratação pública de inovação: o procedimento europeu de parceria para a inovação, introduzido pelas Diretivas europeias de 2014² (transposto para o Direito Português em 2017³) e o procedimento brasileiro de encomenda tecnológica, criado pelo decreto de inovação de 2018 (Decreto nº 9238/18⁴).

¹ Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

² As Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE são muito próximas em teor, razão pela qual as referências serão feitas apenas à primeira. (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>)

³ O procedimento português de parceria para a inovação, introduzido no Código de Contratos Públicos (Decreto-Lei nº 18/2008, publicado no Diário da República nº 20/2008, Série I de 2008-01-29), encontra-se no Capítulo VI que trata da “Parceria para a inovação” que foi aditado pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 111-B/2017 – Diário da República nº 168/2017, 2º Suplemento, Série I de 2017-08-31, em vigor a partir de 2018-01-01.

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9283.htm

Muito embora afirme-se que a legislação brasileira tenha sido inspirada nas Diretivas Europeias de contratação pública (e também no *Federal Acquisition Regulation – FAR* norte-americano⁵), são escassos os trabalhos que realizam uma análise comparativa pontual e pormenorizada entre os procedimentos (europeu e brasileiro), avaliando aproximações e diferenciações⁶. Por essa razão, optou-se pelo desenvolvimento desta problemática, considerando o limite de escopo que um trabalho dessa natureza requer.

Preliminarmente, é relevante pontuar que, na Europa, a inovação⁷ nasce de mãos dadas com a sustentabilidade⁸ e assim, ambas se retroalimentam no cultivo de um ambiente propício ao desenvolvimento social e econômico⁹, conforme se verá melhor

⁵ Por todos, RAUEN et alii (2019, p. 15), “a legislação brasileira das ETECs é evidentemente inspirada na parte 35 do Federal Acquisition Regulation (FAR) norte-americano, no art. 31º da Diretiva 2014/24/EU e no Comunicado COM (2007) 799 final, estes dois últimos da União Europeia”.

⁶ Vale mencionar que Villa Real (2019) publicou contribuição sobre o tema, analisando algumas diferenciações entre os institutos.

⁷ O conceito de inovação consta do artigo 22º da Diretiva 2014/24/UE como: “a implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado, incluindo mas não limitado aos processos de produção ou construção, um novo método de comercialização, ou um novo método organizacional nas práticas empresariais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas, nomeadamente com o objetivo de ajudar a resolver os desafios societais ou de apoiar a Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”

⁸ De acordo com MONIZ (2018, p. 25) a noção de sustentabilidade possui uma densidade e uma teia de significados muito diversa: “em sentido estrito e mais próximo da sua gênese, a noção articula-se com o Direito do Ambiente, tendo origem, logo no início do século XVIII, no âmbito da economia florestal, quando se sentiu a necessidade de estabelecer condições e limites ao abate de árvores, de modo a permitir a manutenção e o crescimento das florestas (nesta aceção, o conceito invadiu progressivamente o direito da caça e das pescas); em sentido amplo, a sustentabilidade inclui o direito ao desenvolvimento (nomeadamente à melhoria das condições de vida, no horizonte de um acesso justo aos recursos), a sua partilha com as gerações futuras e o estabelecimento de limites a esse desenvolvimento, impostos, desde logo, pela proteção do ecossistema, paulatinamente afetado pelo estado da técnica e da organização social.”

⁹ Na visão de BOSSELMANN (2008, p. 1) a definição de desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que encontra as necessidades do presente sem comprometer a habilidade das gerações futuras de prover as suas próprias

adiante. Senão, vejamos.

A pós-modernidade¹⁰, o “tempo em que vivemos agora na nossa parte do mundo” (BAUMAN, 1998), é época marcada pelas revoluções industrial, tecnológica e digital, as quais promoveram, por meio da ciência e da técnica, transformações singulares na história¹¹ (BECK *et alii*, 1992).

Desde Bacon (1623) credita-se o progresso à pesquisa científica e à investigação¹², assim como, posteriormente, ao desenvolvimento de novas tecnologias e às iniciativas inovadoras. A descoberta científica pode criar soluções para os mais relevantes desafios globais¹³ e para as mais ameaçadoras crises

necessidades é por demais vaga e diminui o sentido da sustentabilidade, pois não compreende uma nova ética. Para o autor, assim como os ideais de justiça e direitos humanos, a sustentabilidade pode ser vista como um ideal para a civilização tanto a nível nacional, quanto internacional. Para ele, quando se reconhece e aceita a sustentabilidade como um princípio legal, esta informa todo o sistema legal, não apenas as leis ambientais ou as leis nacionais. O autor define a sustentabilidade, em essência, como a manutenção da integridade dos sistemas ecológicos do planeta Terra (p. 5).

¹⁰ Lyotard (1986) conceituou a pós-modernidade, exemplificando-a como a total falência das ideias tidas como certas e verdadeiras por outros pensadores modernos. Bauman (1998) utiliza-se do mesmo termo para denominar o período chamado por Beck, Giddens e Lash (2012) de “modernidade reflexiva”. Para Giddens (1991) a expressão remete-se a uma ordem situada historicamente que promoveu transformações e conquistas, no campo da ciência, filosofia, artes e da maneira de viver das pessoas em geral, instituindo novas formas de agir, pensar e sentir.

¹¹ LOUREIRO *et alii* (2017), em relevante colocação sobre os tempos pós-modernos (ora qualificados sejam eles qualificados como líquidos, pós-democráticos ou pós-modernos) ressaltam a importância da articulação sobre o combate sério às pobreza e exclusões, que marcam dramaticamente o destino de milhões, com a procura do sentido e da natureza da socialidade, recusando a prisão de cartilhas ideológicas, cegas perante a realidade e as pessoas concretas.

¹² “*Signs should also be gathered from the growth and progress of philosophies and sciences. Those that are founded in nature grow and increase those founded in opinion change but do not grow.*” BACON, 1620.

¹³ “*Es más, cualquier sociedad desde sus inicios se encara frente a un medio natural que le es hostil, que le ofrece una serie de limitaciones, que le presenta una serie de peligros y esos peligros siempre, ineludiblemente, se han venido combatendo, se han venido neutralizando, se han venido superando, mediante tecnología. La técnica, - esto lo afirma muy claramente Ortega y Gasset-, es todo aquello que se interpone entre nosotros y la naturaleza, es decir, es todo aquello que los seres humanos hemos*

sanitárias, como é o caso da pandemia global decorrente da SARS COVID-2019¹⁴. A emergência sanitária gerada pela pandemia causada pelo vírus mortal COVID-19 desencadeou uma corrida científica para o desenvolvimento e criação de novos fármacos e vacinas. Diante da necessidade do estancamento de uma crise - que já ceifou mais de 580.000 vidas só no ano de 2020¹⁵ e causou prejuízos mensais da ordem de USD 375 milhões - nunca se investiu tanto¹⁶, em tão pouco tempo, em inovação. Esse cenário catastrófico vem impulsionando, como nunca, o desenvolvimento científico (sobretudo no campo farmacêutico), gerando incomparável oportunidade de crescimento deste segmento.

Há mais de uma década os governos têm buscado incentivar as parcerias com particulares a fim de otimizar o seu potencial de crescimento e encontrar respostas para os desafios, tanto econômicos, como sociais e ambientais (como as alterações climáticas, a escassez de recursos e a diminuição da biodiversidade), no afã de promover novos processos, tecnologias e serviços. A contratação pública para a inovação (*Public Procurement for Innovation – PPI*) é um meio especialmente apto para conseguir que particulares partilhem a inovação desenvolvida na sua atividade ou tenham o estímulo e o acompanhamento necessário para, em articulação com a Administração Pública, inovarem (FARINHO, 2017). As parcerias de inovação são ajustes negociais que possibilitam a interação colaborativa entre os governos

venido desarrollando com el objeto de dominar la naturaleza, de doblegar y neutralizar los peligros que tienen su origen en ella.” ESTEVE PARDO (2006, p. 8).

¹⁴ A inovação permite a criação de novos negócios, oportunidades de trabalho e crescimento da produção “*Innovation economies are more productive, more resilient, more adaptable to change and better able to support higher living standards. Strengthening innovation is therefore a fundamental challenge for countries in their quest for greater prosperity and better lives*”. OECD, 2015.

¹⁵ De acordo com EUROSTAT, 2021. (Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210312-2>)

¹⁶ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/12/investimento-pesado-e-tecnologia-aceleraram-vacina-contra-covid.shtml> >

e entidades privadas para a obtenção ou desenvolvimento de novos produtos, serviços e processos.

Em todo o mundo é possível observar iniciativas e alianças governamentais com particulares para o desenvolvimento de projetos de produtos, serviços e processos inovadores. Com este intento, os governos desenvolvem políticas de fomento à inovação.

A Assembleia Geral da Nações Unidas reconhece o seu papel actual de ajudar os Governos a garantir que a ciência, a tecnologia e a inovação estão integradas e em apoiar as políticas nacionais de estratégias de desenvolvimento sustentável e programas nacionais de apoio à ciência, tecnologia e inovação. Também reconhece que a ciência, a tecnologia e a inovação são facilitadores e impulsionadores essenciais da realização dos objectivos de desenvolvimento acordados internacionalmente, incluindo os da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e da plena participação do desenvolvimento países na economia global¹⁷ (UNITED NATIONS, 2017, p. 5).

Nos Estados Unidos, os governos federais e locais estão cada vez mais engajados em fazer parcerias com indústrias privadas para o desenvolvimento de novos produtos e serviços. Um clássico exemplo dessa prática corriqueira são os negócios celebrados pelo Escritório de Parcerias (*Office of Procurement – OP*) da Agência Nacional de Administração da Aeronáutica e do Espaço Americana - NASA, na área de tecnologia para a exploração do espaço: mesmo com os obstáculos causados pela

¹⁷ “*The role of the Commission on Science and Technology for Development as the United Nations torch-bearer for science, technology and innovation for development, and as the United Nations focal point for science, technology and innovation for development, in analyzing how science, technology and innovation, including information and communications technologies, serve as enablers of the 2030 Agenda for Sustainable Development by acting as a forum for strategic planning, sharing lessons learned and best practices, providing foresight about critical trends in science, technology and innovation in key sectors of the economy, the environment and society, and drawing attention to new and emerging technologies*” (UNITED NATIONS, 2019)

pandemia, apenas no ano de 2020, o órgão celebrou mais de 28 mil ações contratuais no montante superior a 19 mil milhões de dólares (NASA, 2020).

A União Europeia, assim como seus principais parceiros comerciais e a China (segunda maior fundadora de investigação e desenvolvimento no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos da América, OECD, 2015, p.11), vêm buscando utilizar os contratos de investigação e desenvolvimento como resposta às necessidades públicas para as quais o mercado não oferece soluções¹⁸.

São objetivos da União Europeia, tanto o fomento ao progresso científico e tecnológico, quanto o reforço de suas bases científicas e tecnológicas, através da realização de um espaço europeu de investigação no qual os investigadores, os conhecimentos científicos e as tecnologias circulem livremente (art. 3º,

¹⁸ “São exemplos de soluções inovadoras e indutoras de mudanças nas nossas vidas surgidas na sequência de contratos de I&D a tecnologia IP (*Internet Protocol*), o GPS, a computação de alto desempenho e inovações essenciais nas tecnologias dos semicondutores. Mais recentemente, contratos de I&D relacionados com desafios sociais concretos – como o tratamento da poluição dos solos ou o diagnóstico da doença de Alzheimer – permitiram às autoridades públicas dos Estados Unidos criar novos mercados para as aplicações de biotecnologia e nanotecnologia. São exemplos de soluções inovadoras e indutoras de mudanças nas nossas vidas surgidas na sequência de contratos de I&D a tecnologia IP (*Internet Protocol*), o GPS, a computação de alto desempenho e inovações essenciais nas tecnologias dos semicondutores. Mais recentemente, contratos de I&D relacionados com desafios sociais concretos – como o tratamento da poluição dos solos ou o diagnóstico da doença de Alzheimer – permitiram às autoridades públicas dos Estados Unidos criar novos mercados para as aplicações de biotecnologia e nanotecnologia. O sector público norte-americano gasta 50 mil milhões de dólares por ano em contratos de I&D, um montante que é 20 vezes superior ao da Europa e que representa aproximadamente metade do diferencial global de investimento em I&D entre os Estados Unidos e a Europa. Esta política tem contribuído, muitas vezes, para melhorar a qualidade dos serviços públicos e para fazer surgir empresas competitivas a nível mundial. A diferença entre os Estados Unidos e a Europa em termos de despesa com contratos de I&D deve-se principalmente às disparidades nos orçamentos da defesa e do espaço. No entanto, a despesa com tais contratos nos Estados Unidos continua a ser 4 vezes superior nos sectores públicos não relacionados com a defesa nem com o espaço, tais como a saúde, a energia, a educação, os transportes e o ambiente.” COMISSÃO EUROPEIA, 2007.

3, e 179, 1, TFEU).

Nesse propósito, a União incentivará, em todo o seu território, as empresas, os centros de investigação e as universidades nos seus esforços de investigação e de desenvolvimento tecnológico de elevada qualidade; apoiará os seus esforços de cooperação, tendo especialmente por objetivo dar aos investigadores a possibilidade de cooperarem livremente além-fronteiras e às empresas a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno, através, nomeadamente, da abertura dos concursos públicos nacionais, da definição de normas comuns e da eliminação dos obstáculos jurídicos e fiscais a essa cooperação (art. 179, 2, TFEU).

Nesse passo, a Comissão Europeia percebeu a necessidade de revisitação do sector público enquanto beneficiário e motor da inovação e as Diretivas de 2014 foram fundamentais para o propósito de aliar a contratação pública e a inovação¹⁹.

As autoridades públicas dos Estados-Membros deverão fazer a melhor utilização estratégica da contratação pública para fomentar a inovação, no reconhecimento de sua indispensabilidade para a promoção de um crescimento económico sustentável (MARTINS, 2014, p. 105)

As chamadas “parcerias de inovação” são, portanto, instrumentos criados pela Diretiva 2014/24/UE²⁰ para permitir que a Administração Pública procure no mercado soluções não disponíveis, permitindo o desenvolvimento necessário de produto,

¹⁹ Nesse particular, MARTINS (2015, p. 531) aponta para a crescente tendência mundial à contratualização das políticas públicas, com o lugar central do contrato no universo jurídico-público, a refletir (ou a exigir) uma nova conceção relacional da Administração, do agir administrativo e da relação do cidadão com o aparelho burocrático.

²⁰ O artigo 14 da Diretiva 2014/24/EU restringe o âmbito de aplicação da Diretiva aos contratos públicos de serviços de investigação e desenvolvimento com os códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 e 73430000-5, desde que preenchidas as seguintes condições: (a) os resultados destinem-se exclusivamente à autoridade adjudicante, para utilização no exercício de sua própria atividade; (b) o serviço prestado seja totalmente remunerado pela autoridade adjudicante.

serviço ou obra, para posterior aquisição²¹.

No Brasil, têm sido cada vez mais frequentes as hipóteses nas quais o administrador público busca adquirir produtos e/ou serviços cuja tecnologia ainda não é disponível no mercado, principalmente no âmbito do Poder Executivo, o que é usual em matéria de produtos de defesa nas Forças Armadas, no desenvolvimento de equipamentos para exploração geológica²² e também nas aquisições na área de tecnologia de informação²³.

A Lei nº 10.973/04²⁴, apelidada de “lei da inovação”, trouxe, a partir de alterações realizadas pela Lei nº 13.243/2016, novos instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, dentre eles a contratação de encomenda tecnológica para a realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador ainda não disponível no mercado.

Diante, do diálogo entre os institutos da parceria de inovação das Diretivas da União Europeia e da encomenda tecnológica do Direito Brasileiro, o presente trabalho apresenta

²¹ “Do ponto de vista procedimental, o legislador europeu vem, inclusivamente, não só permitir, mas impulsionar a utilização de “parcerias ambientais” ou “parcerias para a ecoinovação” entre entidades públicas e privadas no quadro mais global das “parcerias para a inovação” (cfr., em especial, o artigo 31º da Directiva 2014/24). Procedimento intencionalmente previsto para permitir às autoridades adjudicantes o estabelecimento de parcerias para a inovação a longo prazo, independentemente de se tratar de projectos de inovação de grande ou de pequena escala; fundamental é que a parceria para a inovação seja estruturada de forma a proporcionar a “procura do mercado” necessária, incentivando o desenvolvimento de soluções inovadoras.” (MARTINS, 2014, p. 105)

²² Sobre as contratações de inovação da empresa estatal brasileira PETROBRÁS v. RIBEIRO *et alii*, 2015.

²³ Nestas contratações, a Administração deverá ter como norte para além das regras gerais de contratações públicas, as peculiaridades da contratação de pesquisa e inovação, como: a possibilidade de utilização do procedimento auxiliar de pré-qualificação; a mutabilidade do projeto básico; a eventualidade da antecipação de pagamento; o enquadramento como contratação por escopo; a exigência de sólido gerenciamento de riscos, entre outros. (CHEDIEK *et alii*, 2020).

²⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm

análise comparativa a apontar aproximações e diferenciações técnicas entre os dois procedimentos de parceria, com a pretensão de contribuir para a melhor utilização destes instrumentos tanto no Direito Brasileiro quanto no Direito Europeu.

II – A REGULAMENTAÇÃO DAS PARCERIAS PARA INOVAÇÃO NO DIREITO EUROPEU E PORTUGUÊS

A partir das deliberações do Conselho Europeu extraordinário de Lisboa de março de 2000, a inovação, enquanto fator de desenvolvimento econômico, passou a ter crescente relevância nos documentos da União Europeia (EUROPA, 2000).

Dez anos depois, a Estratégia Europa 2020²⁵, estabeleceu bases para alavancagem do desenvolvimento econômico da Europa a partir do crescimento inteligente (baseado no conhecimento e na inovação), sustentável (eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológico e mais competitivo) e inclusivo (com níveis elevados de emprego, coesão social e territorial)²⁶.

²⁵ A Estratégia Europa 2020 representou uma “agenda para todos os Estados-Membros, tendo em conta as diferentes necessidades, os diferentes pontos de partida e especificidades nacionais, a fim de promover o crescimento de todos”. EUROPA, 2010.

²⁶ Nesse panorama, a Comissão apresentou sete iniciativas emblemáticas que visavam estimular os progressos no âmbito de cada tema prioritário, vinculando simultaneamente a UE e os Estados-Membros: “(i) «Uma União da inovação» para melhorar as condições gerais e o acesso ao financiamento para a investigação e inovação, para assegurar que as ideias inovadoras são transformadas em produtos e serviços que criam crescimento e postos de trabalho; (ii) «Juventude em movimento» para melhorar os resultados dos sistemas de ensino e facilitar a entrada dos jovens no mercado de trabalho; (iii) «Agenda digital para a Europa» para acelerar a implantação da Internet de alta velocidade e para que as famílias e as empresas possam tirar partido de um mercado único digital; (iv) «Uma Europa eficiente em termos de recursos» destinada a contribuir para dissociar o crescimento económico da utilização dos recursos, assegurar a transição para uma economia hipocarbónica, aumentar a utilização das fontes de energia renováveis, modernizar o nosso sector dos transportes e promover a eficiência energética; (v) «Uma política industrial para a era de globalização» para melhorar o ambiente empresarial, especialmente para as PME, e para apoiar o desenvolvimento de uma base industrial forte e sustentável, suscetível

Na oportunidade, foi ressaltada a necessidade de investimento por parte dos sectores público e privado em investigação e desenvolvimento - I&D (P&D no Brasil e R&D em inglês) e inovação, combinada a uma utilização mais eficiente dos recursos, impactando na melhoria da competitividade e na criação de emprego.

A Estratégia firmou o compromisso – a nível de União Europeia – de melhoria das condições gerais de inovação empresarial, do lançamento de parcerias europeias de inovação, do incremento dos instrumentos da EU de apoio à inovação e parcerias do conhecimento, no reforço à articulação entre o sistema educativo, as empresas e a investigação e inovação, dentre outras iniciativas²⁷.

Como desdobramento das metas traçadas de crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, deu-se a aprovação, no âmbito da União, das Diretivas 2014/24/EU e 2014/25/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativas aos contratos públicos, nas quais foi realçado o papel fundamental da contratação pública enquanto um dos instrumentos de mercado aptos a possibilitar tal crescimento e a ajudar os Estados-Membros a cumprirem os objetivos da União da

de enfrentar a concorrência mundial; (vi) «Agenda para novas qualificações e novos empregos» para modernizar os mercados de trabalho e capacitar as pessoas desenvolvendo as suas qualificações ao longo da vida, com vista a aumentar a participação no mercado de trabalho e a estabelecer uma melhor correspondência entre a oferta e a procura de mão-de-obra, nomeadamente através de uma maior mobilidade dos trabalhadores; (vii) «Plataforma europeia contra a pobreza» para que a coesão social e territorial permita assegurar uma ampla distribuição dos benefícios do crescimento e do emprego e para que as pessoas em situação de pobreza e de exclusão social possam viver dignamente e participar activamente na sociedade.

²⁷ Em paralelo, a estratégia definiu o crescimento sustentável, como a: “construção de uma economia mais sustentável competitiva e em que os recursos sejam utilizados de forma eficiente, explorando a liderança da Europa na corrida ao desenvolvimento de novos processos e tecnologias, incluindo as tecnologias «verdes», acelerando a implantação das redes inteligentes que recorrem às TIC, explorando redes à escala da UE e reforçando as vantagens competitivas das nossas empresas, em especial a nível industrial e das PME, bem como através da prestação de assistência aos consumidores em matéria de utilização eficiente dos recursos” (EUROPA, 2010).

Inovação²⁸. Relevou-se a necessidade das autoridades públicas fazerem a melhor utilização estratégica da contratação pública de forma a fomentar a inovação – notadamente à ecoinovação e à inovação social – contribuindo para a utilização mais rentável dos fundos públicos, bem como para maiores benefícios económicos, ambientais e societários no que respeita ao surgimento de novas ideias, à sua tradução em produtos e serviços inovadores e, conseqüentemente, à promoção de um crescimento económico sustentável²⁹.

Diferentemente das Diretivas de 2004 – nas quais a legislação comunitária não demonstrava preocupação com a inovação³⁰ – as Diretivas de 2014 já partem da consolidação da contratação pública no mercado único europeu, o que possibilitou ao legislador estender suas ambições a outros quadrantes. As Diretivas de 2014 teriam, portanto, além de maior alcance, o reconhecimento de que a contratação pública bem utilizada pode gerar impacto social e inovação. Nestas Diretivas, portanto, as parcerias para a inovação foram regulamentadas pela primeira vez (CASTRO, 2018, p. 23).

Especificamente no que concerne ao financiamento da inovação no âmbito da União Europeia, foram criados instrumentos para incentivar o investimento em processos e

²⁸ “É extremamente importante tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para cumprir os objetivos da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Neste contexto, deverá lembrar-se que os contratos públicos são fundamentais para mobilizar a inovação, o que é de grande importância para o crescimento futuro da Europa” Considerando 95, Diretiva 2014/24. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024> >

²⁹ Licínio Lopes Martins (2015, p. 25) destaca a inegável relevância da contratação pública para a construção do mercado comum e demonstra a progressiva europeização dos contratos públicos através de diversas directivas (Directivas 71/304/CEE, 71/305/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE, 2004/17/CE e 2004/18/CE).

³⁰ “A anterior geração de diretivas europeias sobre contratação pública não tinha uma preocupação primária com a inovação. O objetivo da legislação comunitária de 2004 era assegurar a concorrência no âmbito das compras públicas, garantindo a igualdade de tratamento dos candidatos e concorrentes através de procedimentos objetivos, cujas opções e resultados pudessem ser escrutinados.” FARINHO, 2017.

tecnologias respeitadores do ambiente, centrados na inovação e na iniciativa empresarial. O programa da União Europeia para a investigação e a inovação entre os anos de 2014 a 2020, chamado “Horizonte 2020”³¹, teve o orçamento de 80.000 milhões de euros para a iniciativa “União da inovação”, apoiando a investigação, a pilotagem, a demonstração e a introdução no mercado de novas soluções (COMISSÃO EUROPEIA, 2020a).

Em 2007, a Comunicação da Comissão Europeia de 2007, denominada “Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa” (EUROPA, 2007), previu uma série de modelos de contratos públicos que incidem sobre a aquisição de serviços de investigação e desenvolvimento (os quais foram ressaltados pela Diretiva 2014/24/UE, onde se informa que continuam disponíveis e não são abrangidos por seu âmbito de aplicação).

A contratação pré-comercial, ou a *Pre-Commercial Procurement (PCP)*, consiste na aquisição de serviços de pesquisa e desenvolvimento com o compartilhamento de riscos sob condições de mercado e o desenvolvimento competitivo em fases, com uma separação entre a fase de I&D (como por exemplo: design da solução, prototipagem, desenvolvimento e teste do primeiro produto) e a fase de desenvolvimento do produto final em volumes comerciais (VILLA REAL, 2019, p. 54).

Diferentemente da parceria para a inovação, na qual ambas as fases de contratação da pesquisa e do produto desenvolvido integram o mesmo processo³², a contratação pré-comercial

³¹ “Horizonte 2020”: programa-quadro de investigação e inovação. Disponível em: http://ec.europa.eu/research/horizon2020/index_en.cfm

³² Para SANDELL et alii, 2016, o PCP tem sido até agora uma ferramenta subutilizada para promover a inovação na Europa. O projecto SILVER (Supporting Independent LiVing for the Elderly through Robotics) é um projecto de desenvolvimento financiado pela Comissão Europeia ao abrigo do Sétimo Programa Quadro de Investigação e Desenvolvimento Tecnológico (FP7) com 13 parceiros de cinco países (Dinamarca, Finlândia, Holanda, Suécia e Reino Unido). O projecto tem como objectivo fornecer novas tecnologias para ajudar os idosos na sua vida diária. Através da utilização de

acontece em separado da contratação da aquisição do produto desenvolvido³³. O legislador da União inovou ao fundir, num único procedimento pré-contratual, a possibilidade de desenvolver e adquirir a inovação (FARINHO, 2017, p. 20). A parceria para inovação é, portanto, um procedimento pré-contratual que integra a fusão de dois contratos que anteriormente seriam celebrados de forma autônoma: o contrato para desenvolvimento de um produto ou serviço através de I&D e o contrato de fornecimento do bem ou do serviço desenvolvido.

III – O INSTITUTO DAS ENCOMENDAS TECNOLÓGICAS DE INOVAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

O fomento à atividade científica pelo Estado está presente na ordem constitucional brasileira desde a Carta de 1937³⁴, na qual se assegurava sua livre iniciativa bem como o dever do Estado de contribuir, direta ou indiretamente, para o seu desenvolvimento, favorecendo ou fundando instituições científicas e de ensino³⁵. A partir de então, as Constituições brasileiras

tecnologias baseadas na robótica, os idosos podem continuar a viver de forma independente em casa, mesmo que tenham deficiências físicas ou cognitivas. As novas tecnologias e soluções são trazidas para o mercado através de um processo de Procurement Pré-Comercial (PCP) com estrutura de concorrência em 3 etapas. Um dos objectivos do projecto SILVER é demonstrar a eficácia desta abordagem na resposta às necessidades societais e governamentais. Este ambicioso objectivo foi alcançado através da realização de um Concurso Público Pré-Comercial transfronteiriço, que permitiu o desenvolvimento de inovações baseadas na robótica para os cuidados aos idosos. ³³ Castro (2018, p. 17) esclarece que uma das razões pelas quais optou-se pela união dos dois elementos é a dificuldade de se envolver os concorrentes em dois procedimentos distintos, especialmente tendo em conta a regras de proteção da concorrência que limitam a intervenção de concorrentes que tenham participado no desenvolvimento de uma solução em contratos posteriores sobre essa mesma solução. Além disso, excluir agentes económicos da fase da comercialização do produto/serviço pode desencorajar a sua participação na fase de desenvolvimento por a comercialização ser o momento mais lucrativo.

³⁴ As Constituições brasileiras anteriores a 1937 (1824, 1891 e 1934) foram omissas sobre a liberdade de exercício da atividade científica, seu fomento e sobre o desenvolvimento da tecnologia.

³⁵ “Art. 128 - A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de

aumentaram, de maneira progressiva, o destaque ao fomento da ciência pelo Estado³⁶. Foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que inaugurou uma nova fase de preocupação estatal com a inovação e seu fomento, reservando um capítulo separado para a ciência e tecnologia (Capítulo IV “Da ciência e tecnologia” do Título VIII “Da ordem social”).

A partir da edição, em 2015, da Emenda Constitucional n° 85, a ordem constitucional brasileira abrigou ainda mais a promoção e o incentivo ao desenvolvimento científico e à pesquisa, modificando o Capítulo IV (atualmente denominado “Da ciência, tecnologia e inovação”) e promovendo diversas alterações ao texto constitucional³⁷, o que demonstrou, para além da

associações ou pessoas coletivas públicas e particulares. É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm

³⁶ V. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946: “Art 173. As ciências, as letras e as artes são livres. Art 174. O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único. A lei promoverá a criação de institutos de pesquisas, de preferência junto aos estabelecimentos de ensino superior.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm ; Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: “Art 171. As ciências, as letras e as artes são livres. Parágrafo único. O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.”

³⁷ Redação atual “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. § 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. § 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. § 6º O Estado, na execução das atividades previstas no *caput*, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de

preocupação, o compromisso do Estado Brasileiro em fomentar o desenvolvimento tecnológico, colocando-se como protagonista nas contratações de pesquisa, capacitação científica, tecnológica e inovação.

No que toca à política de inovação praticada pelos entes administrativos, a Lei nº 10.973/04, estabeleceu que os entes federativos e suas agências podem apoiar o estabelecimento de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, instituições científicas e tecnológicas (ICT) e organizações privadas sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, visando a geração de produtos e processos inovadores.

Diante do novo paradigma constitucional de fomento, o Decreto nº 9283/18 trouxe novos instrumentos de estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação (como as alianças estratégicas e projetos de cooperação; a participação minoritária no capital e dos fundos de investimento e a criação, a implantação e a consolidação de ambientes

governo. § 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput. Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. § 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. § 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

promotores da inovação), à participação da instituição científica, tecnológica e de inovação no processo de inovação (como o contrato de transferência de tecnologia e licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação desenvolvida por Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação – ICT pública isoladamente ou em parceria; a instituição de política de inovação por ICT pública; a internacionalização de ICT pública para exercício de atividades de ciência, tecnologia e inovação fora do território nacional), e à inovação nas empresas (como a subvenção econômica, o apoio a projetos, o bônus tecnológico, e a encomenda tecnológica).

O decreto também regulamentou novos instrumentos jurídicos de parceria os quais almejam impulsionar as contratações de inovação por parte da Administração na promoção da aproximação dos atores públicos e privados. São eles: o termo de outorga (instrumento jurídico utilizado para concessão de bolsas, auxílios, bônus tecnológico e subvenção econômica, art. 34), o acordo de parceria para pesquisa, desenvolvimento e inovação (instrumento jurídico celebrado por ICT com instituições públicas ou privadas para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo, sem transferência de recursos financeiros públicos para o parceiro privado, art. 35) e o convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação (celebrado entre os órgãos e as entidades da União, as agências de fomento e as ICT públicas e privadas para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, com transferência de recursos financeiros públicos, art. 38).

Em particular, as encomendas tecnológicas de inovação brasileiras representam instrumentos de contratação pública nas áreas da ciência, tecnologia e inovação que surgem no bojo de uma abordagem mais orientada à missão dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento (*mission oriented R&D*, base da estratégia de inovação norte-americana, por exemplo). Nelas o

Estado define exatamente qual resultado tecnológico deve ser buscado, de maneira que a tecnologia é um meio e não o fim a ser alcançado. (RAUEN et alii, 2019, p.11).

Diante da semelhança finalística entre as encomendas tecnológicas e as parcerias para a inovação criadas pelas Diretivas de 2014, passa-se ao confronto de suas regras procedimentais em vias de trabalhar suas similitudes e suas diferenciações.

IV – APROXIMAÇÕES ENTRE OS PROCEDIMENTOS JURÍDICOS.

A partir do contexto histórico e das linhas mestras traçadas supra quanto aos institutos dos diferentes sistemas jurídicos, proceder-se-á à análise pontual de suas aproximações.

Uma primeira aproximação entre a parceria de inovação do Direito Europeu e a encomenda tecnológica do Direito Brasileiro reside no fato de que ambos os procedimentos jurídicos de contratação pública são utilizados pelo administrador público quando este busca encontrar soluções ainda não disponíveis no mercado, isto é, quando este procura adquirir produtos ou serviços que não são *off-the-shelf*³⁸.

Tanto a parceria de inovação do Direito Europeu quanto a encomenda tecnológica do Direito Brasileiro são ferramentas que o administrador público possui para adquirir produtos, contratar serviços ou processos que ainda não estão disponíveis para pronta entrega, ou seja, são itens que não estão totalmente prontos e necessitam ser desenvolvidos, o que demanda pesquisa científica e inovação.

O Considerando 49 da Diretiva 2014/24/EU estabelece que as autoridades adjudicantes deverão ter acesso a um

³⁸ No direito americano é comum a utilização da expressão “*off-the-shelf*” para a designação de produtos que se encontram no mercado para a livre venda. No Brasil, esta expressão é traduzida por produtos que são “*de prateleira*” (expressão que é muito utilizada para diferenciar softwares prontos para a venda daqueles que são customizados).

procedimento de contratação específico para instituir uma parceria para a inovação a longo prazo, “quando as soluções já disponíveis no mercado não permitirem o desenvolvimento necessário de um produto, serviço ou obra inovadores nem a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes”.

No artigo 31º ponto 1 do mesmo diploma legal, ao tratar de especificamente das parcerias para a inovação, o legislador refere-se à indicação de “produtos, serviços ou obras inovadores que não possam ser obtidos mediante a aquisição de produtos, serviços ou obras já disponíveis no mercado”.

Esta qualidade ou condição de não-disponibilidade do objeto a ser contratado no mercado também se verifica na contratação da encomenda tecnológica do Direito Brasileiro. De acordo com o artigo 27, § 3º do Decreto 9823/18, o contratante deverá descrever as necessidades para permitir que seja identificada a natureza do problema técnico existente e a visão global do produto, serviço ou processo inovador passível de obtenção, sendo dispensadas as especificidades técnicas em razão de “envolver soluções inovadoras não disponíveis no mercado” ou de alta complexidade da atividade de pesquisa, desenvolvimento e inovação.

Uma segunda aproximação reside no dever do contratante público de ir buscar no mercado o desenvolvimento de uma solução inovadora sem excluir outros produtos do mercado. O sistema europeu de formação da parceria para a inovação, assentado sobre regras rígidas e complexas, é marcado por uma preocupação com a proteção da livre concorrência³⁹ e da transparência. Na Diretiva 2014/24/UE (Considerando 49), o legislador é claro ao estabelecer que as autoridades adjudicantes não deverão poder constituir parcerias de inovação para impedir, restringir ou falsear a concorrência.

³⁹ A proteção da livre concorrência é um dos pilares do Direito da União Europeia actual, configurando elemento essencial para assegurar o bom funcionamento do mercado único. Por esta razão, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia dedica-lhe um capítulo inteiro (Título VII, Capítulo 1).

Mais adiante, no Considerando 74, o legislador afirma que as especificações técnicas deverão ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência através de requisitos que favoreçam um operador econômico específico ao refletirem as principais características dos fornecimentos, serviços ou obras habitualmente fornecidos pelo mesmo. Estabelece, ainda, que os requisitos funcionais e de desempenho deverão ser aplicados o mais amplamente possível. Para CASTRO (2018, p. 10), o que se perde em celeridade e no contato com o mercado, acaba por ser compensado pela segurança jurídica e isonomia no tratamento entre os concorrentes.

No Brasil, o artigo 27 § 4º do Decreto 9283/18 também estabelece o dever do administrador público de ir ao mercado consultar potenciais contratados para obter informações necessárias à definição da encomenda. Além disso, a lei brasileira o impõe que a negociação do contrato com um ou mais interessados vise à obtenção de condições mais vantajosas de contratação (art. 28, *caput*), assegurando-se uma negociação transparente (art. 28, I), bem como indicando a necessidade de que as consultas e as respostas dos potenciais contratados estejam anexadas aos autos do processo de contratação. Essa imposição reflete preocupação com o princípio da transparência, da obtenção de condição mais vantajosa para a Administração e com o princípio da promoção da competitividade empresarial nos mercados nacional e internacional (artigo 1º, VII da Lei 10.973/04).

Embora ambos os sistemas estabeleçam o dever do contratante de ir ao mercado buscar as condições mais favoráveis para a Administração, há uma pequena diferenciação que será melhor retomada adiante: a encomenda tecnológica poderá ser celebrada via contratação direta⁴⁰ ao passo que a parceria para a inovação possui um regime simplificado de licitação⁴¹.

⁴⁰ Sobre a contratação direta de encomendas tecnológicas v. CHEDIEK (2018).

⁴¹ Considerando 49 da Diretiva 2014/24/UE: “A parceria para a inovação deverá basear-se nas regras processuais aplicáveis ao procedimento concorrencial com negociação, e os contratos deverão ser adjudicados unicamente com base na melhor relação

Um terceiro ponto de contato entre os procedimentos se coloca no que concerne à descrição do objeto por parte do administrador. Aqui também os sistemas jurídicos se assemelham pois no sistema europeu há a necessidade de descrição dos requisitos funcionais e de desempenho de modo a permitir que o objetivo seja alcançado da melhor forma possível (Considerando 74). No Brasil também se coloca a imposição ao contratante de descrever as necessidades de modo que os participantes possam identificar a natureza do problema técnico existente e a visão global do produto, do serviço ou do processo inovador passível de obtenção (art. 27 § 3º Decreto 9283/18).

Uma quarta aproximação se verifica no fato de que, tanto no sistema europeu quanto no sistema brasileiro há a exigência de definição de parâmetros mínimos aceitáveis para a utilização e desempenho da solução, produto, do serviço ou do processo objeto da encomenda ou parceria (art. 27 § 7º do Decreto 9283/18 e art. 31º, ponto 1, Diretiva 2014/24).

Uma quinta semelhança entre os sistemas europeu e brasileiro se dá no que se refere à negociação com os interessados. No sistema europeu, as autoridades adjudicantes devem negociar com os proponentes a primeira proposta e todas as propostas subsequentes que tenham apresentado, com exceção da proposta final, para melhorar o respetivo conteúdo. As negociações podem desenrolar-se em fases sucessivas, de modo a reduzir o número de propostas a negociar.

Durante a negociação, as autoridades adjudicantes deverão assegurar igualdade de tratamento a todos os proponentes e não poderão conferir vantagens a um dos proponentes, divulgando informações de forma não igualitária. Caso as autoridades adjudicantes façam alterações nas especificações técnicas ou nos documentos do concurso, deverão informar por escrito os

qualidade/preço, o que facilita a comparação das propostas de soluções inovadoras. procedimento concorrencial com negociação, e os contratos deverão ser adjudicados unicamente com base na melhor relação qualidade/preço, o que facilita a comparação das propostas de soluções inovadoras.”

proponentes que não forem eliminados, conferindo-lhes prazo suficiente para alterar suas propostas e apresentá-las novamente.

No sistema brasileiro, a negociação com vistas à obtenção das condições mais vantajosas de contratação, é também uma imposição ao administrador contratante (art. 27, § 8º) de acordo com as seguintes diretrizes: (a) a negociação deve ser transparente, ressalvadas as informações sigilosas de natureza industrial, tecnológica ou comercial; (b) a escolha do contratado será orientada para a maior probabilidade de alcance do resultado pretendido e não necessariamente para o menor preço; (c) o projeto específico poderá ser objeto de negociação entre as partes contratantes.

Uma sexta aproximação se refere ao momento da execução contratual. Em ambos os sistemas a remuneração se dá em etapas de acordo com os resultados parciais alcançados. Tanto no Brasil (artigo 28) quanto na União Europeia esta possibilidade é real.

Na Diretiva, é disposto que a parceria para a inovação pode ser estruturada em fases de acordo com a execução sucessiva da sequência de etapas do processo de investigação e inovação, o qual pode incluir o fabrico de produtos, a prestação dos serviços ou a conclusão de obras (art. 31º, ponto 2). A parceria deve ser desenvolvida em fases sucessivas na sequência de etapas do processo de investigação e inovação, que podem ser as fases do desenvolvimento do ciclo de vida do material. A autoridade adjudicante deverá assegurar que a estrutura da parceria e, em especial, a duração e o valor das diferentes fases reflitam o grau de inovação da solução proposta e a sequência das atividades de investigação e inovação necessárias para o desenvolvimento de uma solução inovadora que ainda não se encontre disponível no mercado. O legislador europeu impõe a fixação de metas intermédias a serem alcançadas pelos parceiros e a previsão de pagamento de remuneração em frações adequadas.

Da mesma maneira, no Brasil, o legislador faz menção

às etapas de execução do contrato estabelecidas em cronograma físico-financeiro a ser elaborado pelo contratado com objetivos a serem progressivamente atingidos (art. 27 § 9º).

Uma sétima similitude entre os procedimentos decorre da possibilidade que o contratante dispõe de pôr termo à contratação caso seja constatada a inviabilidade técnica ou econômica no desenvolvimento do contrato, isto é, caso se verifique que o resultado não será atingido pelo contratado (art. 31º, ponto 2, Diretiva 2014/24 e art. 28 § 2º do Decreto nº 9283/18). No caso brasileiro, há maior detalhamento pelo legislador desta hipótese de rescisão, que pode se dar por ato unilateral da Administração Pública ou por acordo das partes, de modo amigável. Além disso, o legislador brasileiro estabelece a necessidade de comprovação por meio de avaliação técnica e financeira (art. 28 § 2º). Nessa hipótese, o pagamento do contratado cobrirá as despesas já incorridas na execução efetiva do projeto, de acordo com o cronograma físico-financeiro aprovado (art. 28 § 4º).

Por fim, uma oitava e última aproximação diz respeito à questão da propriedade intelectual. Na encomenda tecnológica brasileira, a legislação faculta ao contratante ceder ao contratado a totalidade dos direitos de propriedade intelectual por meio de compensação financeira ou não financeira, desde que economicamente mensurável e disposta esta opção no instrumento contratual (art. 30 §§ 1º a 4º, Decreto 9283/18). Alcance similar aparenta ter a norma do artigo 31º, ponto 6 da Diretiva 2014/24/UE, no que coloca em aberto a definição por parte da autoridade adjudicante, nos documentos do concurso, sobre as disposições aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual.

No Brasil, na União Europeia, Estados Unidos e em outros países, a questão da propriedade intelectual nas parcerias de inovação normalmente se coloca de maneira semelhante⁴².

⁴² Essa parece ser a mesma abordagem adotada no Canadá ([http://www.ic.gc.ca/eic/site/o68.nsf/vwapj/IP_Design_EN_web.pdf/\\$FILE/IP_Design_EN_web.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/o68.nsf/vwapj/IP_Design_EN_web.pdf/$FILE/IP_Design_EN_web.pdf)) e na Austrália (Disponível em: <https://buyingfor.vic.gov.au>).

Atualmente tem-se entendido que caso a autoridade pública retenha a propriedade intelectual da inovação, o fornecedor terá menor incentivo para inovar, porque não terá a possibilidade de explorar os direitos de propriedade intelectual perante terceiros. Como consequência, o fornecedor não investirá seus próprios recursos e a autoridade acabará pagando integralmente pelos custos da pesquisa e desenvolvimento da solução tecnológica⁴³.

Essas são, a princípio, as principais aproximações encontradas entre os dois procedimentos de parceria para a inovação dos sistemas europeu e brasileiro.

V - DIFERENCIAÇÕES E PECULIARIDADES

Uma primeira distinção, de natureza teleológica, diz respeito à finalidade da contratação de inovação. A lei de inovação brasileira⁴⁴ foi criada para propiciar a formação de um ambiente favorável à inovação com a aproximação de pesquisadores, empresas e governo⁴⁵, e para promover a sinergia⁴⁶ entre os atores

⁴³ “By default, governmental contractors used to leave intellectual property rights with the contracted supplier, resulting in Vendor lock-in. In reaction, most public authorities decided to retain all intellectual property rights. This solved the previous problem but resulted in higher costs and less innovation. If the public authority retains intellectual property rights the supplier has less incentive to innovate, since it has no possibility to exploit the intellectual property rights with third parties. As a consequence, a supplier will not invest its own resources and the authority pays for all of the necessary Research & Development.” COMISSÃO EUROPEIA, 2020.

⁴⁴ A lei nº 10.973/04 possui três principais eixos temáticos: (i) a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico do país; (ii) o estímulo à transformação das inovações concebidas no ambiente acadêmico em tecnologia efetivamente implementada no mercado produtivo; e (iii) o incentivo à cooperação entre as entidades públicas e o setor privado, nas diversas etapas do processo inovativo e produtivo, desde a criação da invenção até a transferência de tecnologia mediante, por exemplo, licenciamento.

⁴⁵ O modelo da “Hélice Tripla (*Triple Helix*)” proposto por Etkowitz e Leydesdorff (2000), foi criado na década de 1990 envolvendo a sinergia entre governo, academia e indústria.

⁴⁶ Chiavenato (2003, p. 490) define sinergia como: “O esforço simultâneo de vários órgãos que provoca um resultado ampliado e potenciado. Uma das razões para a existência das organizações é o seu efeito sinérgico ou sinérgico. A sinergia faz com

no ecossistema de inovação.

Contudo – diferentemente do que já ocorre em outras leis sobre contratação pública brasileiras – a norma pouco prevê sobre a necessidade da adoção de critérios e práticas de sustentabilidade nestas contratações. A dogmática trazida pela lei de inovação está principalmente direcionada para o desenvolvimento econômico, a competitividade e o fomento do sistema produtivo⁴⁷. Tal principiologia é orientada, em termos constitucionais, diante do compromisso do Estado Brasileiro em fomentar o desenvolvimento tecnológico, colocando-se como protagonista nas contratações de pesquisa, capacitação científica, tecnológica e inovação.

Observe-se, entretanto, que a dinâmica de fomento à inovação não se encontra descolada de um sistema normativo⁴⁸ -

que o resultado de uma organização seja diferente em quantidade ou qualidade da soma de suas partes.”

⁴⁷ São princípios da lei de inovação previstos no artigo 1º, parágrafo único da Lei 10.973/04: “I - promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégicas para o desenvolvimento econômico e social; II - promoção e continuidade dos processos de desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação, assegurados os recursos humanos, econômicos e financeiros para tal finalidade; III - redução das desigualdades regionais; IV - descentralização das atividades de ciência, tecnologia e inovação em cada esfera de governo, com desconcentração em cada ente federado; V - promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas; VI - estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) e nas empresas, inclusive para a atração, a constituição e a instalação de centros de pesquisa, desenvolvimento e inovação e de parques e polos tecnológicos no País; VII - promoção da competitividade empresarial nos mercados nacional e internacional; VIII - incentivo à constituição de ambientes favoráveis à inovação e às atividades de transferência de tecnologia; IX - promoção e continuidade dos processos de formação e capacitação científica e tecnológica; X - fortalecimento das capacidades operacional, científica, tecnológica e administrativa das ICTs; XI - atratividade dos instrumentos de fomento e de crédito, bem como sua permanente atualização e aperfeiçoamento; XII - simplificação de procedimentos para gestão de projetos de ciência, tecnologia e inovação e adoção de controle por resultados em sua avaliação; XIII - utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação; XIV - apoio, incentivo e integração dos inventores independentes às atividades das ICTs e ao sistema produtivo.”

⁴⁸ De acordo com o art. 2º do Decreto nº 7.746/12, a administração federal poderá adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de

normas constitucionais⁴⁹ e internacionais - que promove e incentiva o desenvolvimento sustentável⁵⁰. Pelo contrário: o fomento à inovação deverá sempre andar de mãos dadas com a sustentabilidade ambiental⁵¹.

Nesse passo, a Conferência Rio+20 – realizada no Rio de Janeiro com a proposta de ampliar as experiências e boas práticas dos Objetivos do Milênio – desenhou nova agenda ambiental para o desenvolvimento sustentável, a Agenda 2030, formada pelos programas, ações e diretrizes que devem orientar as Nações Unidas e os países-membros em busca do desenvolvimento sustentável. Dentre os objetivos de desenvolvimento sustentável foi estabelecido o Objetivo 12, que trata de “assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis”, buscando “12.1 implementar o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com todos os países tomando medidas, e os países desenvolvidos assumindo a liderança, tendo em conta o desenvolvimento e as capacidades dos países em desenvolvimento” e “12.7 promover as práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais”.

O Brasil assumiu, portanto, tanto no plano interno quanto externo, postura precaucional⁵² em suas compras públicas. Por

sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório.

⁴⁹ Constituição do Brasil. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

⁵⁰ Desde 1972, a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano, que teve lugar na cidade de Estocolmo, a temática do desenvolvimento sustentável vem tornando-se uma constante nas pautas internacionais na busca da conciliação entre o desenvolvimento e a conservação ambiental, em conjunto com a construção da equidade social.

⁵¹ Para Bosselmann (2008, p. 4), a sustentabilidade tem as qualidades típicas de um princípio fundamental de direito tanto no aspecto histórico, conceitual quanto ético. Assim como os ideais de justiça e direitos humanos, a sustentabilidade pode ser vista como um ideal para a civilização tanto no nível nacional quanto internacional.

⁵² Conforme Alexandra Aragão (2008, p. 20), os pressupostos fundamentais de aplicação do princípio da precaução são a existência de riscos ambientais e a incerteza científica quanto aos riscos.

esta razão, a exclusão dos critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável das encomendas tecnológicas, representaria grande retrocesso⁵³.

Em termos comparativos, conclui-se que no contexto brasileiro, a proteção da sustentabilidade é garantida de forma exógena, ou seja, a partir de garantias constitucionais e legais⁵⁴ externas, as quais, através da interpretação sistemática, podem ser aplicadas às encomendas tecnológicas.

Diversamente, no Direito Europeu, vislumbra-se textualmente, em diversas passagens da Diretiva 2014/24/EU, a preocupação do legislador com a preservação da sustentabilidade no ambiente promotor da inovação na Administração Pública⁵⁵. Em seu preâmbulo, há a expressa ressalva de que a investigação e a inovação, notadamente a ecoinovação e a inovação social, são impulsionadores fundamentais do crescimento futuro e foram inseridas na Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.

⁵³ Esteve Pardo (2006) em trabalho sobre os riscos criados pela utilização de novas tecnologias afirma: “*El problema está en que todas estas tecnologías no son, ni mucho menos, inócuas. Son unas tecnologías que, en principio, preferimos a los peligros que con ellas se pretenden superar, pero que generan también riesgos. (...) Todo este desarrollo tecnológico genera una gran variedad de riesgos y muchos de ellos, destacadamente, son riesgos que constituyen el objeto de atención fundamental del Derecho medioambiental: los riesgos que estas tecnologías geenran para el médio ambiente.*”

⁵⁴ Em matéria de contratações públicas realizadas com base na Lei nº 8.666/93, os critérios e práticas de sustentabilidade estão elencados no art. 4º do Decreto nº 7.746/12, tais como: I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.“

⁵⁵ “A preparação do procedimento contratual à luz do propósito de “comprar mais verde” constitui uma finalidade de natureza política (identificada no cumprimento das metas a que os Estados se vêm comprometendo) que, por força da afirmação do princípio normativo da sustentabilidade, se está a transformar em um imperativo jurídico.” MONIZ, 2018, p. 68

Outros dispositivos também refletem esta preocupação, como por exemplo: (a) a possibilidade de avaliação da relação qualidade/preço com base em fatores ambientais como, por exemplo, com a utilização de materiais reciclados ou madeira sustentável (Considerando 93); (b) a possibilidade das autoridades adjudicantes utilizarem critérios de adjudicação ou condições de execução dos contratos relacionados com obras, produtos ou serviços a fornecer sob qualquer dos seus aspetos e em qualquer fase do seu ciclo de vida (desde a extração de matérias-primas até a eliminação do produto), incluindo fatores relacionados com o processo específico de produção ou fornecimento (exemplo: podem estipular que o fabrico dos produtos não envolve produtos químicos tóxicos ou que os serviços adquiridos são prestados utilizando máquinas energeticamente eficientes ou a minimização dos resíduos), de acordo com previsão do Considerando 97; (c) a possibilidade das autoridades adjudicantes determinarem a proposta economicamente mais vantajosa e o preço mais baixo utilizando uma abordagem assente no cálculo dos custos do ciclo de vida, os quais podem envolver os custos imputáveis a externalidades ambientais, como a poluição causada pela extração de matérias-primas utilizadas no produto ou causada pelo fabrico do produto, desde que possam ser quantificados monetariamente e controlados⁵⁶; (d) a possibilidade das autoridades adjudicantes excluírem⁵⁷ os operadores económicos

⁵⁶ “Deverão ser desenvolvidas metodologias comuns a nível da União para o cálculo dos custos de vida de determinadas categorias de fornecimentos ou serviços. Sempre que sejam desenvolvidas metodologias comuns deste tipo, a sua utilização deverá ser tornada obrigatória. Além disso, deverá ser estudada a viabilidade de criar uma metodologia comum para o cálculo dos custos sociais do ciclo de vida, tendo em conta metodologias já existentes, como as orientações para a análise, em termos sociais, do ciclo de vida dos produtos (*Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Product*) adotadas no âmbito do Programadas Nações Unidas para o Ambiente.” Considerando 96 da Diretiva 2014.

⁵⁷ “Ao aplicar motivos facultativos de exclusão, deverá prestar-se especial atenção ao princípio da proporcionalidade. Só em circunstâncias excecionais poderão as pequenas irregularidades conduzir à exclusão de um operador económico. No entanto, a reincidência em pequenas irregularidades pode levantar dúvidas quanto à fiabilidade

que se tenham praticado infrações ambientais, desqualificando-o para efeitos de adjudicação de contrato público, mesmo que tenha a capacidade técnica e económica necessária para executar o contrato; (e) a possibilidade das autoridades adjudicantes excluïrem as propostas que se revelem anormalmente baixas em razão de serem baseadas em incumprimento do Direito da União ou direito nacional em matéria ambiental (Considerando 103); dentre outras normas⁵⁸.

Isso demonstra que, no Direito Europeu, a aquisição pública encontra-se a serviço da promoção de um crescimento económico sustentável, contribuindo para maiores benefícios económicos, ambientais e sociais (Considerando 47). As exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da União, em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável (Considerando 91 da Diretiva 2014/24/UE, art. 11 TFUE) e, tais políticas devem integrar um elevado nível de protecção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável (art. 37 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

Como ressalva MARTINS (2014, p. 104), num processo sem retorno, o direito do ambiente penetrou decisivamente na contratação pública europeia e vimos ingressar nos dicionários jurídicos europeus e nacionais termos como “contratação pública sustentável”, “contratação pública verde”, “contratação pública estratégica” ou “contratação pública eecoinovação”. Relativamente à contratação pública, as Diretivas de 2014 constituíram o passo decisivo no modo como as autoridades adjudicantes poderão contribuir para a proteção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável.

de um operador económico que poderão justificar a exclusão.” Considerando 101 da Diretiva 2014.

⁵⁸ Além dos dispositivos mencionados, v. Considerandos 40, 41, 75, 88, 98, 105, 128 e artigos 2, 42 item 3 ‘a’, 57 item 3, 62 itens 2 e 3, 67 item 2, 68 ‘b’ e 70 da Diretiva 2014/24/UE.

A fim de explorar plenamente o potencial da contratação pública para atingir os objetivos da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, a contratação pública em matéria ambiental, social e de inovação também terá de desempenhar o seu papel (Considerando 123). As Diretivas de 2014 estabelecem a forma como as autoridades adjudicantes poderão contribuir para a proteção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável, assegurando simultaneamente a obtenção da melhor relação qualidade/preço para os seus contratos.

Para a adequada integração dos requisitos ambientais nos procedimentos de contratação pública, é importante que os Estados-membros⁵⁹ e as autoridades adjudicantes tomem as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações em matéria de direito ambiental no local onde as obras são executadas ou os serviços prestados em conformidade com os princípios básicos do direito da União, tendo em vista garantir a igualdade de tratamento e não discriminar, direta ou indiretamente, os operadores económicos e os trabalhadores de outros Estados-Membros (Considerando 37, art. 18, 2 da Diretiva 2014).

Um segundo ponto de distanciamento entre os sistemas refere-se à modalidade licitatória prevista para a contratação de inovação: para a parceria para a inovação do Direito Europeu se requer um regime simplificado de licitação enquanto nas encomendas tecnológicas a modalidade de contratação é a contratação direta (artigo 24, XXXI da Lei nº 8666/93).

As parcerias para a inovação do Direito Europeu seguem

⁵⁹ Em Portugal, a Constituição portuguesa estabelece o princípio da integração ambiental (artigo 66º, nº 2, alínea f) e a Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 19/2014) estabelece que as políticas públicas de ambiente estão ainda subordinadas, nomeadamente ao princípio da transversalidade e da integração, que obrigam à integração das exigências de proteção do ambiente na definição e execução das demais políticas globais e sectoriais, de modo a promover o desenvolvimento sustentável.

as regras processuais aplicáveis ao procedimento concorrencial com negociação, observando as cautelas das entidades adjudicantes nos seus contratos (notadamente, os princípios da melhor relação qualidade/preço e agir com equidade⁶⁰), pois são entidades públicas, financiadas pelo dinheiro dos contribuintes (COMISSÃO EUROPEIA, 2005).

As fases da contratação previstas na Diretiva 2014/24/EU (Considerando 49 e artigo 31) são aquelas aplicáveis aos outros procedimentos de contratação do Direito comunitário, qual seja, o procedimento concorrencial com negociação, no qual há a seguinte sequência de fases: (a) anúncio do concurso; (b) apresentação das candidaturas; (c) eventual qualificação dos candidatos em projetos de especial complexidade; (d) convites à apresentação de propostas para todos os candidatos admitidos; (e) apresentação de uma proposta inicial de projeto de investigação e desenvolvimento por concorrente; (f) negociação das propostas de projetos com os proponentes; (g) análise das propostas finais; e (h) adjudicação (VILLA REAL, 2019).

Nos documentos do concurso, a autoridade adjudicante deverá indicar de forma suficientemente precisa: (i) a necessidade de produtos, serviços ou obras inovadores que não possam ser obtidos mediante a aquisição de produtos, serviços ou obras já disponíveis no mercado; (ii) os elementos da descrição que definirão os requisitos mínimos que todos os proponentes devem preencher (tais requisitos não poderão ser objeto de negociação, assim como os critérios de adjudicação); (iii) se será utilizada a negociação em fases sucessivas; (iv) as disposições aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual; (v) as possibilidades e

⁶⁰ “Agir com equidade significa seguir os princípios do mercado interno em que assentam as Diretivas “contratos públicos” e a legislação nacional baseada nessas Diretivas. O mais importante desses princípios é o princípio da igualdade de tratamento, que pressupõe que todos os concorrentes devem ter oportunidades iguais para se candidatarem ao contrato. Para garantir essa igualdade, haverá que se aplicar também o princípio da transparência” Comissão Europeia, 2016.

condições de encerramento da parceria em função dos objetivos alcançados ou não pelo parceiro privado.

Já na contratação por encomenda tecnológica, o rito que se segue é o da contratação direta da Lei nº 8666/93 aliado aos procedimentos especiais elencados nos artigos 61 e seguintes do Decreto nº 9283/18. As contratações diretas em matéria de serviços de inovação podem ocorrer tanto em termos de dispensa (quando há possibilidade de concorrência mas o administrador, em sua competência de integrar a norma, entende que o interesse público será melhor atendido sem certame), quanto em termos de inexigibilidade de licitação (quando há real inviabilidade de competição), ambas hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, respectivamente. Muito embora não apresente competição entre possíveis fornecedores, a contratação direta sem licitação não significa a desnecessidade de observância dos princípios da isonomia, economicidade, publicidade, razoabilidade, moralidade, eficiência e motivação, uma vez que estes informam a atuação do administrador público.

Um terceiro distanciamento diz respeito a uma característica particular do agente contratado. A lei brasileira prevê que a contratação de encomenda tecnológica se dará por Instituição Científica, Tecnológica de Inovação – 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. São consideradas como “voltadas para atividades de pesquisa” aquelas entidades, públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos, que tenham experiência na realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 27 caput e § 1º do Decreto 9283/18).

De leitura da Diretiva 2014/24/UE da União Europeia pode se verificar que, em princípio, “qualquer operador económico” pode fazer um pedido de participação em resposta a um concurso de parceria de inovação, apresentando as informações

para efeitos de seleção qualitativa solicitadas pela autoridade adjudicante (art. 31º, ponto 1). Porém, na seleção dos candidatos, as autoridades adjudicantes aplicam os critérios relativos às capacidades dos candidatos no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras. Só os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante – após a avaliação das informações solicitadas – poderão apresentar projetos de investigação e inovação destinados a satisfazer as necessidades identificadas (art. 31º, ponto 6).

Em análise comparativa entre as disposições legais dos dois ordenamentos jurídicos, pode-se concluir que o legislador brasileiro apresenta uma presunção de que as partes elencadas com as qualidades enumeradas (voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor) já gozariam, de antemão, da expertise necessária para a realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador (art. 27, *caput*). Na legislação europeia não há essa presunção, porém, ao longo do processo, é preciso que o interessado demonstre suas capacidades no domínio da investigação e desenvolvimento ou no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras.

Uma quarta diferenciação entre os sistemas se coloca quanto ao critério de seleção da proposta. No sistema europeu, o critério utilizado é o da relação qualidade/preço (art. 31, 1 da Diretiva 2014) “o que facilita a comparação das propostas de soluções inovadoras” (Considerando 49 da Diretiva 2014). O significado de melhor relação qualidade/preço vai além da opção pela proposta mais barata, ou seja, o melhor contrato deverá ser aquele dentro dos parâmetros fixados.

Os parâmetros a serem observados na relação melhor qualidade/preço são critérios relacionados a aspectos de qualidade (valor técnico, características estéticas e funcionais,

acessibilidade, concepção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respectivas condições), ambientais e/ou sociais, de organização (qualificações e experiência pessoal do encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato), de serviços e assistência pós-venda (condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução) e ainda, de custo (art. 67º da Diretiva 2014/24/UE).

MARTINS (2014, p. 105) leciona que o critério da análise do custo do ciclo de vida do produto ou serviço (na qual incluiu-se, a par dos custos de aquisição, os custos indiretos) representa um novo critério de adjudicação de contratos públicos, pressupondo uma análise da relação custo-eficácia da adjudicação, podendo incluir a equação da melhor relação qualidade-preço, a qual deve ser avaliada através de critérios que incluam aspectos qualitativos, dentre eles os ambientais (desde que naturalmente ligados ao objecto do contrato público a celebrar”. Trata-se do princípio da integração (ou da melhor integração) das considerações ambientais na contratação pública⁶¹.

Na encomenda tecnológica brasileira o primeiro fator a ser levado em consideração para a orientação da escolha do futuro contratado é a maior probabilidade de alcance do resultado pretendido pelo contratante. São também outros fatores: a escolha como a competência técnica, a capacidade de gestão, as experiências anteriores, a qualidade do projeto apresentado e outros critérios significativos de avaliação do contratado e não

⁶¹ Além de funcionar como critério de adjudicação, o princípio da integração (ou da melhor integração) das considerações ambientais na contratação pública está ainda presente nas condições de execução dos contratos (artigo 70º da Diretiva 2014/24), no dever de as autoridades adjudicantes utilizarem determinados rótulos (p. ex. o rótulo ecológico europeu) desde que os respectivos requisitos estejam associados ao objeto do contrato e, por fim, na faculdade concedida às autoridades adjudicantes de exigirem aos adjudicatários a adoção/aplicação de medidas ou sistemas de gestão ambiental durante a execução de um contrato público (MARTINS, 2014, p. 106)

necessariamente o menor preço ou custo (art. 27 § 8º, II Decreto 9283/18).

Alguns dos fatores adotados como critérios pela legislação brasileira dialogam com os fatores europeus, tais como a qualidade e a experiência pessoal, porém o fator de maior probabilidade de alcance do resultado pretendido não aparece como um dos fatores a serem considerados na Diretiva de 2014.

VI – CONCLUSÃO

No presente trabalho, procedeu-se à análise comparativa pontual entre os sistemas europeu e brasileiro de contratação de inovação mediante parceria, problematizando os pontos principais, sem, contudo, ter a intenção de esgotar o tema, diante das limitações de escopo que um trabalho dessa natureza requer.

Pode-se afirmar que, na maior parte das conclusões atingidas a partir dos pontos confrontados é inédita, diante da esparsa doutrina encontrada sobre o tema.

Após a análise comparativa entre os sistemas, verificou-se que os procedimentos da parceria para a inovação do Direito Europeu e a encomenda tecnológica do Direito Brasileiro apresentam mais aproximações do que diferenciações. Buscou-se portanto, superar a afirmação perfunctória da doutrina de que o sistema de inovação brasileiro de encomenda tecnológica teria se inspirado na legislação europeia (e também na legislação americana, cuja a análise foge ao escopo do presente estudo) para alçar a comprovação, por meio de uma análise mais aprofundada. Sendo assim, verificou-se maiores aproximações do que distanciamentos entre os sistemas.

Além disso, pode-se verificar que, em alguns pontos sensíveis, a legislação brasileira parece apresentar maior detalhamento do procedimento para guiar a atuação do contratante (o que é salutar no momento da preparação dos trâmites de contratação e da execução do contrato em si), como no caso da

descontinuidade do projeto por pouca probabilidade de êxito (art. 28, §§1º a 3º, Decreto nº 9283/18), na definição dos direitos de propriedade intelectual (art. 30, §§ 1º a 4º, Decreto nº 9283/18), na parte de remuneração do contratado quando do atingimento parcial do resultado (art. 28 § 4º do Decreto nº 9283/18) e também quanto à estipulação de diversas modalidades de remuneração do contrato de encomenda (preço fixo, preço fixo mais remuneração variável de incentivo, reembolso de custos sem remuneração adicional, reembolso de custos mais remuneração variável de incentivo ou reembolso de custos mais remuneração fixa de incentivo) dispostas no art. 29 do Decreto nº 9283/18.

Por todo o exposto, buscou-se apresentar contribuição jurídica para a utilização dos procedimentos de inovação em terras brasileiras e europeias, retomando a afirmação inicial de que a inovação pode ser a chave para o enfrentamento dos grandes desafios da atualidade.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa (2002) Direito comunitário do ambiente. *Cadernos CEDOUA*. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. (2007) Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 11-55.
- _____. (2008) Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do CEDOUA*. nº 22, vol.11. P. 9-57. Disponível em: <https://impactum.uc.pt/pt->

pt/artigo/princ%C3%ADpio_da_pre-
cau%C3%A7%C3%A3o_manual_de_ins-
tru%C3%A7%C3%B5es

- BACON, Francis (1620). *The new organon*. JARDINE, L; SILVERTHOMÉ, M. (ed). Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- BANCO CENTRAL EUROPEU (2017) *Como a inovação contribui para o crescimento?* Disponível em: < <https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/growth.pt.html> >
- BAUMAN, Zygmunt (1998) *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S (2012) *Modernidade reflexiva*. São Paulo: Editora UNESP, 2012.
- BOSELTMANN, Klaus. (2008) *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008.
- CASTRO, M. C. R. A. C. (2018) *A Adjudicação das Parcerias para a Inovação*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2018. 85 p. Dissertação de mestrado.
- CHEDIEK, J. S. R. G. (2018) *Contratação direta por encomenda tecnológica: nova modalidade de aquisição de inovação da Administração Pública*. Disponível em: https://www.academia.edu/37995823/CONTRATA%C3%87%C3%83O_DIRETA_POR_ENCOMENDA_TECNOL%C3%93GICA_NOVA_MODALIDADE_DE_AQUISI%C3%87%C3%83O_DE_INOVA%C3%87%C3%83O_DA_ADMINISTRA%C3%87%C3%83O_P%C3%9ABLICA_DIRECT_CONTRACTING_BY_TECHNOLOGICAL_TASK_NEW_MODALITY_OF_ACQUISITION_OF_INNOVATION_FOR_THE_PUBLIC_ADMINISTRATION_RESUMO

- CHEDIEK, J.S.R.G., ROCHA, E. (2020) Particularidades das contratações de pesquisa e desenvolvimento por parte da administração. *Boletim Governet de Licitações e Contratos*. Janeiro 2020. Ano 16. V. 177. Disponível em: https://www.academia.edu/49157001/PARTICULARIDADES_DAS_CONTRATA%C3%87%C3%95ES_DE_PESQUISA_E_DESENVOLVIMENTO_POR_PARTE_DA_ADMINISTRA%C3%87%C3%83O
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elseiver, 2003. 634p.
- COMISSÃO EUROPEIA (2000). *Conselho Europeu Extraordinário de Lisboa* (março de 2000): para uma Europa da inovação e do conhecimento. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3aC10241> >
- _____. (2016) *Comprar Ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*. 3ª Ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2016. ISBN: 978-92-79-56849-7. Disponível em: < https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf >
- _____. (2019). *The European Green Deal*. COM/2019/640 final.
- _____. (2020a). *EcoInovação: o segredo da competitividade futura da Europa*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/eoinnovation/pt.pdf>
- _____. (2020b). *Ensuring EU legislation supports innovation*. Disponível em: < <https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/law-and-regulations/innovation-friendly->

- legislation_pt >
- _____. (2020c). *Green Public Procurement*. Disponível em: < https://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm >
- ESTEVE PARDO J. (2006) Derecho y medio ambiente: problemas generales; El Derecho del medio ambiente como Derecho de decisión y gestión de riesgos, *REDUR*, núm. 4, 2006. DOI: <https://doi.org/10.18172/rehur.3978>
- EUROPA (2000) *Conselho Europeu de Lisboa*. 23 e 24 de março de 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_pt.htm
- _____. (2001). Comunicação da Comissão. *Desenvolvimento sustentável na Europa para um mundo melhor: Estratégia da União Europeia em favor do desenvolvimento sustentável*. Proposta da Comissão ao Conselho Europeu de Gotemburgo. COM/2001/264 final, Bruxelas, 15.05.2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0264>
- _____. (2007) Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões *Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa*. COM/2007/0799 final, Bruxelas, 14.12.2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0799>
- _____. (2008) Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. *Contratos Públicos para um ambiente melhor*. COM/2008/400 final, Bruxelas, 16.7.2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400&from=BG>
- _____. (2010) *Comunicação Da Comissão Europa 2020 Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e*

inclusivo. COM(2010) 2020 final, Bruxelas, 3.3.2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52010DC2020>

. *Livro verde sobre a Modernização da Política de Contratos Públicos da EU*: para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa. COM(2011) 0015 final, Bruxelas, 27.1.2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52011DC0015>

. (2011). *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos*. COM(2011) 896 final, Bruxelas, 20.12.2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:PT:PDF>

. (2020) *Introduction to intellectual property rights in Public Procurement of Innovation*. Disponível em: <https://www.piano.nl/sites/default/files/documents/documents/introduction-intellectual-property-rights-ppi-jan14.pdf>.

ETZKOWITZ, Henry and LEYDESDORFF, Loet. (2000) *The Dynamics of Innovation: From National Systems and "Mode 2" to a Triple Helix of University-Industry-Government Relations*. Research Policy, Vol 29, 2ª ed. p. 109-123. Elsevier: Fev. 2000. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048733399000554>

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY - EEA (1999). *Making sustainability accountable: Eco-efficiency, resource productivity and innovation*. Topic report no 11/1999.

FARINHO, Domingos Soares (2017). *Contratação pública e inovação: uma reflexão lusófona a partir do caso português*. In FONSECA, Isabel Celeste (ed.), Atas da II Conferência Internacional sobre compras públicas, Braga, Universidade do Minho, 2017, 2017.

- GIDDENS, Anthony (1991) *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GONÇALVES, Pedro Costa (2018) *Direito dos Contratos Públicos*. 3ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2018.
- GONÇALVES, P. C.; MARTINS, L. L. (2016) *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: CEDIPRE, 2016. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/relatorio17set2016.pdf>
- LYOTARD, Jean François (1986) *A condição pós-moderna*. São Paulo: José Olympio, 1986.
- LOUREIRO, J. C.; SILVA, S. T. (2017) Socialidade(s) em estudo(s): uma colecção e um livro. Brevíssima nota introdutória. In. LOUREIRO, J. C.; SILVA, S. T. (Coord) *A economia social e civil: estudos*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.
- LOPES MARTINS. Licínio. (2014) Rótulos ecológicos e proteção do ambiente na nova Directiva dos contratos públicos. *RevCEDOUA* n° 34. Ano XVII. 2.14. p. 85-108.
- _____. (2015) *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*. Almedina. Coimbra, 2015.
- _____. (2016) Regimes especiais de contratação pública. In: *Revista de Contratos Públicos*. p. 211-246
- MONIZ, A. R. G. (2017) SOCIALIDADE, SOLIDARIEDADE E SUSTENTABILIDADE: Esboços de um Retrato Jurisprudencial. In.: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. *A economia social e civil: estudos*. Coimbra: [s.n.]. 251 p. ISBN 978-989-26-1422-9. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: https://digitalis.uc.pt/pt-pt/livro/economia_social_e_civil_estudos
- _____. (2018) Tutela do ambiente e preparação do

- procedimento de contratação pública no contexto de revisão do Código de Contratos Públicos. *Revista de Contratos Públicos*. Nº16. CEDIPRE. Coimbra: Almedina, 2018.
- NASA (2020) *Procurement Annual Report 2020*. Office of Procurement. Disponível em: https://nasa.gov/sites/default/files/atoms/files/annual_procurement_report_fy20.pdf
- OECD (2015) *The innovation imperative*. Contributing to productivity, growth and well-being. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239814-en>.
- OECD; EUROSTAT. *Oslo manual – Guidelines for collecting and interpreting innovation data*. Paris: OCDE, 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264013100-en>
- RAUEN, A. T.; BARBOSA, C. M. M. (2019) *Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas*. Brasília: IPEA, 2019.
- RIBEIRO, Cassio Garcia; FURTADO, André Tosi. Public procurement for innovation in developing countries: the case of Petrobras. In: Charles Edquist et al. (ed.), *Public Procurement for Innovation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- SANDELL, Anne-Mari; DEKKER, Carla; HAZELL, Jon. Pre-Commercial Procurement enabling care innovations for the elderly. Conference Abstract. *International Journal of Integrated Care*, 16(6): A384, pp. 1-8, DOI: <http://doi.org/10.5334/ijic.293>
- UNITED NATIONS (2015). *Agenda 2030*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>
- _____. (2017) *Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2017*. Seventy-second session. Agenda item 21 (b) A/RES/72/228. Disponível em:

- https://unctad.org/system/files/official-document/A_res_72_228_en.pdf
- _____. (2018) *Resolution adopted by the Economic and Social Council on 24 July 2018*. 2018 session. Agenda item 18 (b) E/RES/2018/29 Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/e_res_2018_29_en.pdf
- _____. (2019) *Resolution adopted by the Economic and Social Council on 23 July 2019*. 2019 session. Agenda item 18 (b) E/RES/2019/25 Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ecosoc_res_2019d25_en.pdf
- VILLA REAL, S. P. (2019) Análise comparada dos procedimentos de contratação de encomendas tecnológicas no Brasil e parcerias para inovação na União Europeia: um novo olhar sobre premissas das oportunidades de interação público/privado abertas pelo Decreto Federal de Inovação? In: BABINSKI, D. B. O. et alii. *Cadernos de Direito e Inovação*. Decreto Federal de Inovação: novas oportunidades. Dez. 2019. São Paulo: Núcleo Jurídico do Observatório da Inovação e Competitividade do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2019. p.53-56
- VONORTAS, Nicholas. (2015) Innovation and public procurement in the United States. In EDQUIST, Charles (Ed.), EDLER, Jakob; VONORTAS, Nicholas; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel. *Public Procurement for Innovation*. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2015.