

INOVAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO: DIRETRIZ E POTENCIAL DE MODERNIZAÇÃO PELO ESTADO

INNOVATION IN THE NEW BIDDING ACT: GUIDELINE AND MODERNIZATION POTENTIAL BY THE STATE

Irene Patrícia Nohara

Livre-Docente e Doutora em Direito do Estado pela USP. Professora-Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Gestora do site direitoadm.com.br.
Email: irene.nohara@uol.com.br.

Recebido em: 06/07/2021
Aprovado em: 10/06/2022

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a inovação sob a égide da nova lei de licitações para apontá-la como diretriz e potencial de modernização do Estado em suas compras. Com amparo no método hipotético-dedutivo e de referências teóricas do Estado Empreendedor, procura-se-á desmistificar a imagem do senso comum no sentido de que o mercado se auto-inova, lançando luz sobre o papel do Estado na formação e na criação dos novos mercados. Assim, serão enfatizados os objetivos meta-contratuais de desenvolvimento nacional sustentável e de inovação pela licitação, sendo, na sequência, abordado o compliance enquanto fator indutor de comportamentos de integridade do mercado fornecedor do Estado. Há, ainda, o desdobramento do diálogo competitivo, na comparação com o procedimento de manifestação de interesse e da encomenda tecnológica, enquanto nova modalidade, sendo analisada sua aptidão para estimular um mercado fornecedor de produtos e serviços inovadores. Por fim, aponta-se quais são os grandes potenciais de inovação nas licitações, com foco no credenciamento de mercados flutuantes, e se adverte para a necessidade de se deixar de lado um olhar retrospectivo da nova lei, dado que a visão prospectiva representa a condição para sua utilização com o escopo de modernizar as práticas licitatórias e as contratações públicas do Estado. Trata-se de enfoque da licitação enquanto instrumental para efetivação do modelo de Estado aderente às diretrizes e valores constitucionais.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações, Inovação, Estado Empreendedor, Função regulatória

ABSTRACT: The present paper aims to analyze innovation of Brazilian new bidding public act to point out a guideline and potential for modernization of State purchases. Based on the hypothetical-deductive method and theoretical references of the Entrepreneurial State, it seeks to demystify the image of common sense of self-innovating market, putting light on the state role of creating and forming new markets through its purchase strength. It emphasizes the meta-contractual goal of sustainable national development and innovation by bidding process, and also addresses compliance as a factor that induces integrity behaviors in State's supply market. The competitive dialogue will be analyzed as a way of stimulating innovative products and services. It will be compared with procedure of interest and also with public technology procurement. Finally,

it points out what are the great potentials for innovation at Brazilian new public act, focusing on the accreditation of volatile market, and, at the end, warns of the need to set aside a retrospective view of the new public act in order to embrace a prospective vision as a condition for the modernization of bidding practices and public procurement of Brazilian State. It focuses on public purchases as a means of effectiveness of State's model aligned with the objectives and the constitutional values.

Keywords: New Bidding Act, Innovation, Entrepreneurial State, Regulatory Function.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Estado como indutor e criador de inovação. 2. Inovação pela licitação. 3. Compliance e indução social nas fronteiras entre a regulação e a autorregulação empresarial. 4. Ampliação do diálogo para conhecer e modelar uma contratação com soluções inovadoras. 5. Inovações da lei de grande potencial de transformação das licitações. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo, intitulado *inovação na nova lei de licitações*, é desenvolver uma abordagem para contribuir com o enfoque da licitação enquanto instrumental para efetivação do modelo de Estado aderente às diretrizes e valores constitucionais, tendo em vista os desafios de modernização do Estado, com vistas ao seu desenvolvimento. Serão cotejadas as inovações veiculadas pela lei, bem como os potenciais de uso para inovação dentro das diretrizes do novel diploma legal.

Para tanto, objetiva-se desconstruir o discurso do senso comum no sentido de que o mercado se auto-inova e o Estado seria um estorvo burocrático das transformações disruptivas nos serviços e produtos. Será utilizado o referencial de Mariana Mazzucato, alinhado com os pressupostos schumpeterianos de transformação do capitalismo, para demonstrar que, no fundo, o papel do Estado, do ponto de vista da inovação, não é apenas aquele de “corrigir as falhas” do mercado, numa vertente de subsidiariedade, mas que o Estado é imprescindível para a formação e criação de novos mercados, daí se justifica propugnar a noção de um Estado Empreendedor.

Na sequência, procurar-se-á analisar as funções da licitação do ponto de vista de seus objetivos, dado que a inserção dos objetivos de desenvolvimento nacional sustentável e, explicitamente, de inovação no art. 11 da Lei nº 14.133/2020 fazem emergir uma faceta meta-contratual do certame, que aproveita do amplo poderio de consumo do Estado, abarcante de mais de dez por cento do PIB nacional, para indução ou inibição de comportamentos no mercado, sendo dado enfoque, portanto, à função regulatória exercida pela licitação.

Nesta perspectiva, adentra-se à explicação de como o *compliance*, que se dá tanto pela regulação direta como pela autorregulação empresarial, é capaz de induzir, por meio quer seja de exigências legais, quer seja de estímulos, novos comportamentos de maior integridade por parte dos parceiros e fornecedores do Estado.

Objetiva-se, então, adentrar à análise do diálogo competitivo, sendo enfocada a ampliação do diálogo com o mercado para que a Administração possa conhecer e modelar a contratação de soluções inovadoras para suas necessidades, sendo comparada essa nova modalidade de licitação com o procedimento auxiliar de manifestação de interesse e também com a situação específica da encomenda tecnológica, os quais também possuem estreita relação com o escopo de inovação.

Por fim, antes das considerações finais, objetiva-se apontar algumas inovações acopladas pela lei, com ênfase no grande potencial que o credenciamento de mercados flutuantes possui para efeito disruptivo nas práticas licitatórias, a depender da forma como será regulamentado. Espera-se, com o presente escrito, contribuir para a reflexão dos potenciais transformadores da nova lei, tentando-se demonstrar o quanto ela é de fato um diploma cuja força disruptiva deve ser

aproveitada, a partir de avançada regulamentação, para que se modernize o Estado por meio da mudança no planejamento e na realização de suas contratações.

Trata-se de enfoque que aborda a utilização das compras públicas enquanto fator de inovação, tendo em vista o alcance do objetivo de desenvolvimento nacional sustentável, o que propicia a realização do desígnio do nono Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU para a agenda 2030 para o Brasil, qual seja: “construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação”.

1 ESTADO COMO INDUTOR E CRIADOR DE INOVAÇÃO

Inovação é um imperativo da dinamicidade do capitalismo contemporâneo que atinge amplos setores das atividades econômicas. A dimensão de inovação utilizada refere-se à criação de novos produtos ou processos, o que tem relação intrínseca com o desenvolvimento científico e tecnológico (TIDD, 2005, p. 5). As transformações do Capitalismo contemporâneo exigem que as organizações inovem continuamente, sendo relevante, muitas vezes, para a sobrevivência delas, que se adaptem às novas demandas, criando novos produtos, serviços e processos (SCHUMPETER, 1997, p. 95).

Em sentido amplo, o termo inovação vem do latim *innovare*, que significa: fazer algo novo, sendo frequentemente confundido com *invenção*. A inovação envolve um processo de transformar oportunidades em novas ideias e colocá-las em prática. Assim, falar em inovação é essencialmente falar em mudança.

Pode-se entender a inovação como a adoção de uma ideia que é tida como nova para o indivíduo ou para a entidade que a adota. Estão incluídos neste contexto novos produtos ou serviços, novas tecnologias para produzir ou entregar produtos ou serviços ou novos procedimentos.

A inovação pode, portanto, assumir variadas formas, não sendo necessário que se *invente* algo novo, podendo mesmo decorrer da submissão de uma ideia já existente a uma nova forma de realizá-la ou a uma nova situação (SCHUMPETER, 1995, p. 95). Também pode-se associar inovação com tecnologias sustentadas, capazes de fazer um produto ou serviço adquirir melhor desempenho do que aqueles já existentes, a partir de um diferencial que agrega valor.

A inovação possui relevância constitucional, conforme se extrai dos artigos 218 e 219, com alterações feitas pela Emenda Constitucional nº 85/2015. Assim, determina o art. 218 que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Conforme estabelece o § 1º do art. 218, 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.

Também é estabelecido que a pesquisa tecnológica será voltada preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional, sendo que o Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação.

Ressalte-se, neste ponto, que a ideia subjacente é alinhada com a defesa imorredoura de Celso Furtado, no sentido de que não podemos nos inserir no mundo de forma assujeitada, isto é, de modo a reproduzir em território nacional apenas as soluções que foram criadas para contextos e problemas externos, sendo, portanto, pouco adaptadas, em inúmeras vezes, aos interesses nacionais, regionais e locais.

Assim, defendia Celso Furtado que se deve *abrir espaço à realização das potencialidades* da cultura brasileira (2012, p. 33). Para que se alcance tal resultado, é fundamental o acesso e participação dos indivíduos ao patrimônio cultural, a fim de permitir a construção da identidade de cada ser humano ou das coletividades, promovendo não só a criatividade e inventividade, como a apropriação de valores, conhecimentos, saberes e visões de mundo.

Desta forma, é possível pensar na superação da condição de dependência econômica, tecnológica e cultural, rumo a um Estado que assuma uma política nacional de desenvolvimento, conforme realização do objetivo contido no art. 3º, II, da Constituição.

Deve-se combater, portanto, o *mimetismo cultural*, bem como do transplante irrefletido da cultura dos países centrais para as estruturas sociais dos países periféricos. Assim, defendia Furtado que tal especificidade, oriunda do sistema econômico brasileiro, somente poderá ser erradicada a partir do desenvolvimento e da valorização da cultura nacional (BERCOVICI, 2005, p. 51-52). Daí a importância da instrumentalização cultural no contexto da economia mundial da civilização industrial e, subsequentemente, dos avanços tecnológicos a ela agregados.

O art. 219 da Constituição também contempla importante determinação no sentido de que 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.

Em 2015, houve, ainda, por meio da Emenda Constitucional nº 85, a inserção da exigência de que o Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como dos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores de inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

É importante que a gestão da inovação tenha perspectivas de realização de parcerias e também de visão de resultados de longo prazo. O estímulo à inovação deve ser constante, sendo imprescindível, portanto, na gestão das organizações (DRUKER, 2002, p. 95).

O Manual Oslo da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento - OCDE tem o objetivo de orientar e padronizar conceitos, metodologias, construção de estatísticas e indicadores de Pesquisa e Desenvolvimento - P&D de países industrializados, definindo que “uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.” (2006, p. 55)

No entanto, sem ações coordenadas de investimentos e estímulos ou fomento estatal ao desenvolvimento industrial, em particular o tecnológico, a economia corre sérios riscos de declínio, sendo levada à situação de satélite de economias mais desenvolvidas, o que pode comprometer a soberania nacional no plano econômico, técnico e até mesmo político (BARBOSA, 2007, p. 33).

Nesta perspectiva, é importante desmistificar uma ideia equivocada sobre o papel do Estado e a inovação. Na obra *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público versus setor privado*, Mariana Mazzucato (2014, p. 33) procura demonstrar a interrelação entre governo, inovação, tecnologia e empreendedorismo, demonstrando que o investimento governamental em inovações resultantes de pesquisas financiadas pelo Estado, continua exercendo um papel fundamental e estratégico no desenho e no financiamento dos grandes avanços tecnológicos.

A autora apresenta como exemplos de investimentos estatais os mecanismos de busca do Google e também a tecnologia utilizada pela Apple, que geram impacto positivo na vida das pessoas, mas que também fizeram eclodir discussões sobre as formas de retorno desses investimentos e até mesmo dos riscos suportados, na maior parte pelo Estado, que figura como grande e primeiro investidor.

Há, portanto, esforço coletivo na fase inicial dos projetos, mas com bônus voltados em sua maior parte para o setor privado, ou seja, neste processo o Estado não é um intruso ou um mero facilitador, mas ele é, em realidade, um parceiro muito mais ousado e disposto a assumir risco do que o setor privado (2014, p. 29).

Mazzucato desmascara o mito de que grandes inovações advém apenas de um mercado que se “auto-inova” de forma dinâmica, como se os grandes saltos revolucionários tecnológicos tivessem origem em *start-ups*, gênios de fundos de quintal e de uma injeção de capital de risco

proveniente da iniciativa privada, sendo que, em realidade a maioria das inovações radicais, revolucionárias, que alimentaram a dinâmica do capitalismo – “das ferrovias à internet, até a nanotecnologia e farmacêutica modernas – aponta para o Estado na origem dos investimentos ‘empreendedores’ mais corajosos, incipientes e de capital intensivo” (2014, p. 26).

O mito ou inverdade é bastante injusto, à medida que é exatamente o contrário do que é propagado o que ocorre, ou seja, em vez de o Estado ser esse parasita disfuncional, isto é, um estorvo burocrático e lento que em nada contribuiria para inovação, sendo um obstáculo à dinamicidade do mercado, na realidade, o que ocorre é exatamente o contrário: os grandes saltos e revoluções de inovação vieram de pesquisas fomentadas a longo prazo pelo Estado, sendo ele o único que efetivamente tem cacife de investir e de bancar os riscos grandes que derivam da escolha pela inovação.

Logo, cabe ao Estado o papel de liderança na inovação para ajustar mercados e até mesmo criá-los e, por esse motivo, ele assume tantos riscos (NOHARA, PONÇONI, 2020, p. 175). Assim, seria limitador legitimar a atuação do Estado apenas como mero corretor de “falhas de mercado”, sendo necessário, na visão de Mazzucato, construir um papel do Estado na formação e na criação de novos mercados, dentro do que defende ao propugnar um Estado Empreendedor (MAZZUCATO, 2014, p. 33).

2 INOVAÇÃO PELA LICITAÇÃO

Oficialmente, desde 2010, quando houve a inserção do objetivo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável entre os objetivos da licitação então contidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, a licitação transcendeu sua vocação meramente contratual, passando a ser formalmente tida também como instrumento meta-contratual ou política pública de promoção do desenvolvimento.

Atualmente, com a Lei nº 14.133/2021, nova lei de licitações e contratos, houve a ampliação dos objetivos da licitação para: assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Com a nova lei houve a repetição do relevante objetivo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, havendo de se ressaltar a presença do objetivo específico de *inovação*. Assim, dentro da perspectiva de atuação estatal por indução na economia é possível e recomendável direcionar o processo licitatório para que haja o alcance do objetivo meta-contratual de desenvolvimento nacional sustentável, bem como para que o uso da licitação provoque inovação.

Sustentabilidade é termo que tem origem nas preocupações ambientais, mas que depois ampliou seu sentido para além desta seara (NOHARA, CASTILHO, 2011, p. 1236). O primeiro embrião da noção de desenvolvimento sustentável foi o relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum), da década de oitenta, que acusou a necessidade de desenvolvimento com preservação dos recursos para as futuras e presentes gerações.

Posteriormente, a noção se disseminou para outras áreas além da questão ambiental, sendo hoje consenso que há sustentabilidade no tripé: meio ambiente, transformações econômicas e impactos sociais. Ações econômicas que são implementadas sem a percepção de consequências socioambientais acabam não sendo, portanto, sustentáveis, pois os recursos disponíveis devem ser utilizados com planejamento de sua extração, para que a fonte não perca sua aptidão de promover necessidades futuras.

Ademais, quando se fala em buscar alcançar determinados objetivos pelas licitações, há a necessidade de se abraçar a noção de planejamento. Este pode ser considerado uma ferramenta administrativa fundamental para consecução de objetivos e metas. Note-se que, para Eros Grau, o

planejamento não é uma modalidade de intervenção estatal, mas ele apenas qualifica a intervenção do Estado, para que seja racionalizada (2006, p. 151). Planejamento envolve um processo em que antes da ação são analisados fatores condicionantes, como prazos, custos, desempenho, fatores conjunturais e os riscos envolvidos no cenário econômico, como escassez de recursos, inflação, balança comercial.

O art. 174 da Constituição enfatiza que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Assim, o planejamento é imprescindível às compras governamentais, sendo atividade determinante no setor público e que também estimula, sendo indicativo ao setor privado. O planejamento é visto como princípio¹ incorporado ao art. 5º da Lei nº 14.133/2021.

Os Estados são os maiores compradores de produtos e serviços do mundo. No Brasil não é diferente, pois se calcula que o poder de compras governamentais gravita em torno de 10 a 15% do PIB nacional, o que representa cerca de 740 bilhões anuais. Assim, planejar as compras públicas com a nova lei implica, entre vários aspectos: orientar as licitações e contratações para gerar um ciclo de vida do objeto vantajoso e mais sustentável, incentivar microempresas e empresas de pequeno porte para participarem de licitações, o que fomenta a política de pleno emprego, promover o desenvolvimento nacional sustentável e também a inovação.

O novo diploma sugere que se considerem, no estudo técnico preliminar, os impactos ambientais e as respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia elétrica e outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos.

Foi muito promissora a previsão do objetivo de *inovação* pelas licitações, pois as contratações públicas podem assegurar infraestrutura, fomentar a formação de mercados inovadores e incentivar a prestação de serviços e fornecimento de novos produtos e serviços a partir do planejamento (estratégico) do acentuado poder de compra governamental.

Quando o Estado aproveita seu poderio de consumo para indução ou inibição de comportamentos, emerge uma função regulatória da licitação. Trata-se de dar ênfase ao uso de mecanismos e processo de contratação hábeis a estimular inovação nos parceiros privados (SOROMENHO, 2017, p. 51).

Assim, quando o Estado, consciente de seu poder de compra, planeja suas licitações para induzir a formação de um mercado com aptidão para inovar ou apresentar soluções inovadoras para as contratações públicas, a atividade acaba sendo, como deseja a Constituição, simultaneamente determinante de suas compras e indicativa ao mercado, pois estimula que participem do certame licitantes que inovem.

Conforme expõe Luciano Elias Reis (2022, p. 26), é inviável ao Estado ser um mero expectador ou consumidor comum, mas ele tem o dever de ação no sentido de utilização estratégica das compras públicas para o aprimoramento da ciência, da tecnologia e da inovação, conforme compromisso com o objetivo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

3 COMPLIANCE E INDUÇÃO SOCIAL NAS FRONTEIRAS ENTRE A REGULAÇÃO E A AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL

As organizações, enquanto células da sociedade contemporânea, também possuem responsabilidades, submetendo-se a missões, visões e valores. Assim, empresas nacionais, transnacionais e multinacionais submetem-se a missões, têm sua visão de futuro e devem se comprometer a transmitir valores alinhados com suas políticas e objetivos, sendo tais diretrizes parâmetros que compõem a sua identidade.

¹ Note-se que não se compactua com a ideia de que planejamento seja propriamente princípio, dado que ele representa uma diretriz de orientação da gestão das compras públicas.

O *compliance* é uma dimensão de indagação que transcende a mera conformidade da atuação empresarial com as regras jurídicas do Estado de Direito, sendo perquirida a adequação da atuação empresarial, e não apenas de sua fala, com uma cultura de integridade, patamar associado à uma dimensão ética. Do ponto de vista pragmático, também o *compliance* aborda gestão de riscos, pois o patrimônio imaterial, as práticas, a imagem das organizações, de cujo valor depende da legitimidade alcançada socialmente, estão vinculados ao fato delas não serem envolvidas em escândalos e incidentes que maculem sua reputação.

As empresas também gozam, portanto, de reputação, sendo importante que tenham políticas no sentido de proteger, prontamente remediar e reparar quaisquer incidentes que venham causar e que, por consequência, maculem sua imagem social e seu valor no mercado.

A corrida pelo *compliance* das empresas no Brasil teve um de seus marcos mais significativos na entrada em vigor da Lei Anticorrupção Empresarial, Lei nº 12.846/2013, a qual previu sanções elevadas para pessoas jurídicas que pratiquem ato contra a Administração, a exemplo da multa no valor de um décimo por cento a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, que nunca será inferior à vantagem auferida e a publicação extraordinária da decisão condenatória nos meios de comunicação.

Como o art. 7º, VIII, da Lei nº 12.846/2013, determinou como fator de mitigação das pesadas penas da lei que haja a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, isso gerou uma corrida por parte de diversas empresas para criação e estruturação de seus programas de integridade com o fito de determinação de regras de *compliance* anticorrupção.

Note-se que o *compliance* é instrumento capaz de abarcar múltiplos escopos, sendo possível falar-se, por exemplo, em *compliance* concorrencial, para prevenir e evitar, por exemplo, a formação de cartéis e práticas lesivas à concorrência, *compliance* antidiscriminatório, que contempla políticas implantadas na ambiência corporativa para prevenir, eliminar e mitigar formas de preconceito e discriminação nas relações entre os recursos humanos, os colaboradores, os fornecedores e até os consumidores, e *compliance* digital, que orienta a organização a garantir a conformidade de sua operação com as normas que regulam o ambiente digital, com base numa política de privacidade.

No tocante às licitações e contratos, também houve o estímulo pela nova lei do *compliance* das contratações públicas, que orienta o Estado a induzir comportamentos adequados de seus fornecedores (ZIMMER; NOHARA, 2021, p. 361).

Assim, há quatro pontos inovadores presentes na lei que orientam à observância do *compliance* das contratações públicas, que são: (1) obrigatoriedade de implantação pelo licitante vencedor de programa de integridade nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (art. 25, § 4º, da Lei nº 14.133/2021); (2) desenvolvimento de programa de integridade, conforme orientações do órgão de controle, como quarto critério de desempate entre duas ou mais propostas, conforme inciso IV do art. 60 da Lei nº 14.133/2021; (3) implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade como fator a mitigar a dosimetria da sanção administrativa por infrações das licitações e contratos (art. 156, § 1º, V, da Lei nº 14.133/2021); e (4) implantação de programa de integridade como condição para reabilitação do licitante ou contratado de penalidade de declaração ou documentação falsa ou que incorra em ato lesivo previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção Empresarial, de acordo com o parágrafo único do art. 163 da Lei nº 14.133/2021.

Percebe-se que o *compliance* representa uma indução regulatória que estimula a autorregulação empresarial das pessoas jurídicas que contratem com o Poder Público, pois elas terão vantagens se adotarem programas de integridade.

Ademais, a obrigatoriedade de *compliance* na lei geral abrange contratações de grande vulto, o que, na Lei nº 14.133/2021, implica em mais de 200 milhões de reais, sendo que antes

mesmo da Lei nº 14.133/2021 ser aprovada, havia legislações de diversos entes federativos que já contemplavam a obrigatoriedade para patamares de contratação de valores menores do que os exigidos em âmbito nacional, como, por exemplo: Mato Grosso, pelo Decreto nº 522, de 15.04.2016; Rio de Janeiro, conforme a Lei nº 7.753, de 17.10.2017 (um milhão e 500 mil reais para obras e serviços de engenharia e 650 mil reais para compras e serviços); Espírito Santo, de acordo com a Lei nº 10.793, de 21.12.2017; Distrito Federal, nos termos da Lei nº 6.112, de 02.02.2018 (5 milhões de reais); Goiás, regulamentado pela Lei nº 20.489, de 10.06.2018 (um milhão e 500 mil reais para obras e serviços de engenharia e 650 mil reais para compras e serviços); Rio Grande do Sul, de acordo com a Lei nº 15.228, de 25.09.2018; e Amazonas, conforme a Lei nº 4.730, de 27.12.2018 (três milhões e 300 mil para obras e serviços de engenharia e um milhão 430 mil para compras e serviços).

Por exigências de *compliance* o Poder Público induz a que o mercado de fornecedores de produtos e serviços seja estimulado a adotar parâmetros de integridade o que inclui uma série de mecanismos e procedimentos internos, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e conduta, tendo em vista evitar desvios, fraudes e irregularidades e o cometimento de atos ilícitos contra a Administração. O Estado inovou ao prever novas formas de estímulo à adoção de programa de integridade das empresas com as quais contrata.

4 AMPLIAÇÃO DO DIÁLOGO PARA CONHECER E MODELAR UMA CONTRATAÇÃO COM SOLUÇÕES INNOVADORAS

Uma das grandes novidades da lei foi a incorporação de uma nova modalidade de licitação denominada de diálogo competitivo. Trata-se de modalidade inspirada no *diálogo concorrencial* (*competitive dialogue*), conforme a experiência europeia. É modalidade inspirada no art. 30 da Diretiva 2014/24 da União Europeia, depois incorporada a legislações internas como Inglaterra, Holanda, França e Portugal.

Diálogo competitivo é definido nos seguintes termos do art. 6º, XLII, da Lei nº 14.133/2021: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Trata-se de modalidade cujo objetivo é atender às necessidades de obras, serviços e compras em que o Poder Público sabe de suas necessidades, mas não sabe, diante da variabilidade do mercado, como melhor supri-las.

Como, atualmente, há muita inovação em prestações de serviços e produtos, nem sempre o Poder Público tem conhecimento do *estado da arte* de tudo o que existe no mercado em termos de soluções em prestações de serviços ou mesmo da gama de produtos e técnicas possíveis para uma contratação mais customizada, assim, a ideia da nova modalidade é fugir do padrão imposto pelas modalidades mais rígidas nas licitações com o objetivo de possibilitar que a Administração Pública estruture uma contratação amoldada a solucionar especificamente um problema seu.

Nesta perspectiva, trata-se de instituto que se assemelha, no objetivo, ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), o qual foi previsto na lei como *procedimento auxiliar*, pois busca provocar o mercado para compartilhar de sua *expertise* para que o Poder Público, a partir desse compartilhamento de informações, tenha condições de engendrar contratações mais ajustadas às suas necessidades. Todavia, enquanto o PMI se realiza antes da licitação, o diálogo competitivo abrirá a interlocução, isto é, o debate (sobre possibilidades técnicas e de inovação) com os licitantes que já participam da licitação, isto é, já há uma situação de interesses postos na mesa, com uma probabilidade mais factível de futura contratação.

Há, portanto, logo de início, vantagens do diálogo competitivo em relação ao PMI, pois no diálogo competitivo os participantes já são *players*, isto é, já são licitantes integrados em uma

situação de competição, com possibilidade, na segunda etapa do certame, ainda, de lograrem vencer e conseguir, portanto, a almejada contratação.

Por outro lado, em caso de participação do PMI, nada garante que o interessado compartilhe de sua *expertise* e que venha a participar de uma futura licitação, pois a Administração Pública que realiza o PMI não está obrigada a abrir a licitação. Então, no diálogo competitivo os *players* já são mais estimulados a compartilharem do que possivelmente podem oferecer numa situação mais real e menos distante, diferentemente do que ocorre no PMI, em que não há garantias de que haja uma futura licitação, mesmo diante do pró-ativo compartilhamento das informações por parte dos interessados (NOHARA, 2021, p. 9).

O diálogo competitivo só se aplica mediante: inovação tecnológica ou técnica; impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração. Também deve ser aplicado se houver necessidade de definir e identificar os meios e alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a solução técnica mais adequada; os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; e a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

Note-se que a nova lei adota para o diálogo competitivo para hipóteses similares às adotadas anteriormente para a *contratação integrada* do regime diferenciado de contratação (RDC). O art. 9º da Lei nº 12.462/2011, que vigora até 2023, estabelece que a contratação integrada seria justificada diante de: (1) inovação tecnológica ou técnica; (2) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (3) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito do mercado. Agora, a contratação integrada, assim como a semi-integrada (inspirada na Lei nº 13.303), foram também incorporadas à Lei nº 14.133/2021.

Nesta perspectiva, explica Adriano Soromenho (2017, p. 140) que, no âmbito das contratações, a ideia de licitação de resultado com foco na gestão de riscos surgiu de modo mais consistente a partir da Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), sendo que um dos mecanismos orientados nesta direção foi a contratação integrada justamente por consistir em um regime de execução destinado a obras e serviços de engenharia para casos em que administração não disponha de condições para identificar, de antemão, as *tecnologias e soluções técnicas* que melhor se ajustam ao atendimento da sua necessidade.

Assim, a contratação integrada, conforme expõe Soromenho (2017, p. 141), não dita os meios para o particular alcançar o resultado pretendido, cabendo a este definir as soluções técnicas mais apropriadas para execução dos encargos que lhe foram cometidos com vistas ao atingimento do resultado final demandado pela administração. Por conseguinte, a contratação integrada é “um interessante exemplo de modelagem de licitação de resultado que, se bem planejada, pode servir como instrumento de incentivo à geração de inovação no campo das contratações públicas” (2017, p. 142).

Contudo, há diferenças de perspectivas funcional e finalística entre o diálogo competitivo e a contratação integrada, pois enquanto na contratação integrada a Administração deixa ao particular o encargo de, sob sua supervisão, *apresentar* soluções técnicas inovadoras, havendo uma espécie de “delegação” da própria modelagem da contratação, sendo, portanto, a iniciativa privada responsável pela elaboração do projeto básico e do projeto executivo, no caso do diálogo competitivo isto não ocorre, pois a Administração Pública quer tomar conhecimento das soluções técnicas inovadoras existentes na *estrutura de mercado* posta sob diálogo com base no que os licitantes informam para, então, poder modelar uma fase de competição em que se chegue a uma contratação mais apta a solucionar os seus problemas.

A Administração, no diálogo competitivo, não repassa/delega ao particular apresentar a solução, a partir da modelagem que é feita por ele, dado que ela busca, na fase de diálogo, tomar contado com as soluções, isto é, com o “estado da arte/técnica” existente no mercado de licitantes que participam do certame para ela mesma, de posse de tais informações, modelar uma contratação

que atenda melhor às suas necessidades, chamando, então, os mesmos licitantes que participaram da licitação para, na sua segunda fase, apresentarem as propostas compatíveis com o que ela desenhou/modelou depois do diálogo.

Tais advertências da lei implicam que não podem ser obscuros os objetivos e as necessidades da Administração quando da escolha do emprego da modalidade diálogo competitivo. Assim, o diálogo é realmente para descobrir uma técnica ou uma forma melhor de atender à necessidade da Administração, não sendo, mesmo, recomendável sua utilização para situações em que uma licitação padronizada já permitir a apreciação adequada das variações de propostas, pois, neste caso, o diálogo apenas provocará mais morosidade e não agregará proveito adicional na modelagem da futura contratação.

Por isso, neste ponto, pode-se dizer que o diálogo competitivo também possui similaridade com as chamadas *encomendas tecnológicas*, as quais são engendradas para situações em que há um problema ou uma necessidade cuja solução não está disponível, sendo que no caso das encomendas ainda há riscos envolvidos. Assim, a Administração apresenta o problema ao mercado e identifica interessados que façam investimentos no desenvolvimento da solução, com a possibilidade de contratações com mais de uma pessoa jurídica.

Contudo, enquanto as encomendas tecnológicas, previstas na Lei nº 10.973/2004 (lei de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo), são hipótese de *dispensa de licitação*, conforme o art. 75, V, da Lei nº 14.133/2021 (correspondente ao art. 24, XXXI, da Lei nº 8.666/93), o diálogo competitivo é uma modalidade de licitação para contratação de serviços, compras e realização de obras.

Assim, a encomenda tecnológica se ampara no art. 20 da Lei nº 10.973/2004, o qual determina que 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 a realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.

Percebe-se que a inovação é objetivo mirado quando se realiza o diálogo competitivo, pois, ao compartilhar da *expertise*, o mercado pode estimular a que o Estado modele a aquisição de compras e serviços que melhor atenda suas necessidades. No caso do PMI, ainda, não é certo que haja futura licitação, apesar da similaridade de escopo. Já as encomendas tecnológicas mobilizam esforços mais diretos para que haja a solução de um problema técnico específico ou produto, serviço ou processo inovador.

5 INOVAÇÕES DA LEI DE GRANDE POTENCIAL DE TRANSFORMAÇÃO DAS LICITAÇÕES

Costuma-se ressaltar que houve poucas inovações na Lei nº 14.133/2021, de modo a ser ironicamente apelidada de ‘museu’ de novidades. No entanto, apesar de ser produto de compilação de leis e práticas que já eram adotadas anteriormente, como, por exemplo, a inversão de fases do pregão, o orçamento sigiloso do RDC, e até, ao lado da contratação integrada do RDC, também a contratação semi-integrada da Lei nº 13.303/2016, há um grande potencial de transformação das licitações a partir da nova lei, a depender da forma como ela será regulamentada.

A Lei nº 14.133/2021 representa um passo significativo rumo às contratações digitais, prevê a estruturação do Portal Nacional de Contratações Públicas, com diversas funcionalidades, absorve o que há de mais avançado em termos de gestão de obras e serviços de engenharia, com tecnologia BIM (*Building Information Modeling*), modelos digitais e sistema informatizado de acompanhamento de obras com imagens e vídeos.

Para gerar qualidade e padronização, a nova lei incorpora também do RDC a possibilidade de exigência de amostras de bens, seja na fase de julgamento das propostas ou como condição para firmar o contrato, sendo ainda facultativa a indicação de uma ou mais marcas ou modelos na hipótese de padronização, compatibilidade com plataformas e padrões, se forem os únicos a atender às necessidades.

Também do ponto de vista de matriz de riscos, a nova lei prevê alocação dos riscos para evitar reestabelecimentos de equilíbrios econômico-financeiros que seriam desnecessários, sendo ainda previstos os mais avançados meios de resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Dentre as novidades incorporadas talvez aquela que possa oferecer o maior potencial disruptivo é o credenciamento em mercados fluidos, previsto no inciso III do art. 79 da Lei nº 14.133/2021 para o caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processos de licitação.

Conforme expõem Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres (2021, p. 95), é por meio do credenciamento na hipótese de mercados fluidos que a Administração Pública poderá, a depender de uma regulamentação arrojada, se abrir à realidade das contratações de um *marketplace digital* ou *e-marketplace*.

Trata-se da oportunidade de se substituir procedimentos disfuncionais e com muitos custos de transações, pelas práticas dos poucos cliques, por computador ou mesmo por *smartphone*, com pesquisa imediata de preços e *ranking* de fornecedores, de acordo com a sinalização de um histórico de compras positivo ou negativo.

O sistema de mercado fluido não gera necessidade de prefixação do preço, sendo sistema que tende a acompanhar a dinamicidade de preços em tempo real. Assim, leva em conta a variabilidade de circunstâncias que interferem ou possam interferir na delimitação de preços, a exemplo do tamanho da demanda, do tamanho do mercado fornecedor, da oferta, da concorrência, da sazonalidade e até dos hábitos de compras, sendo que a precificação mais dinâmica beneficiadora potencial de melhores compras para a Administração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das ironias que se fazem à nova lei de licitações, só poderemos considerá-la um “museu” se nosso olhar sobre ela for de caráter retrospectivo, pois, diante de todo potencial transformador das práticas de licitações e contratos que ela apresenta, mais construtivo seria termos um olhar prospectivo sobre ela, o que permitirá ao Estado bem utilizá-la para transformar e modernizar as práticas licitatórias.

Assim, melhor que se olhe para frente e não para o retrovisor das licitações, pois há grandes transformações que foram absorvidas pela nova lei, a exemplo das contratações digitais, com um portal nacional com diversas funcionalidades, das mencionadas exigências de *compliance* nas contratações como Poder Público, do objetivo expresso de inovação, da tecnologia BIM de construção e do diálogo competitivo enquanto nova modalidade, deixando para o passado o convite e a tomada de preços.

A nova lei absorve não apenas as novidades que foram transformadoras por parte das leis que incorpora, notadamente a lei do pregão e do regime diferenciado de contratação, mas também acopla novas tendências que, a depender da forma como forem regulamentadas, serão efetivamente disruptivas das licitações, a exemplo do credenciamento de mercados fluidos, que tem potencial de emergir a realidade transformadora do *e-market place* nas compras públicas.

Trata-se de um universo de inovação impensável sob a égide da cambaleante Lei nº 8.666/93, a qual vigorará até final de março de 2023, e que abre espaço para um novo cenário das contratações públicas. No entanto, para que dela efetivamente emergja todo potencial de inovação é imprescindível que se compreenda que o Estado deve planejar suas contratações públicas com foco

no seu potencial de compra para fomentar e criar mercados de produtos e serviços inovadores, o que é fundamental para o desenvolvimento nacional sustentável e sobretudo para a implementação do objetivo agora presente no art. 11 da Lei nº 14.133/2021 de *inovação* por meio das licitações e contratações públicas.

Portanto, não se trata apenas de pensar na licitação como meio de propiciar ao Estado consumir produtos e serviços inovadores, mas, mais ainda, deve-se enxergar que o Estado (Empreendedor) se utiliza da licitação e de seu poder de compra como instrumentos para fomentar a criação de mercados inovadores, sendo assim indutor de desenvolvimento tecnológico e de inovação por meio da utilização planejada (e estratégica) da licitação. Este movimento de estímulo à inovação, na abordagem de inspiração schumpeteriana, é, conforme exposto, indissociável das dinâmicas próprias do funcionamento do capitalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, D. B. Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 8, n. 83, p. 31-50, fev./mar., 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny. *Temas controversos da nova lei de licitações e contratos*. Salvador: Juspodivm, 2021.

DRUCKER, P. F. The discipline of innovation. *Harvard Business Review*. Boston, v. 8, ago. 2002. p. 95.

FINEP. *Manual de Oslo: Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3. ed. Brasília: OCDE e Eurostat, 2006.

FURTADO, Rosa Freire d'Aguiar (org.). *Ensaio sobre cultura e o Ministério da Cultura*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia; PONÇONI, Maykel. Estado, Inovação e Desenvolvimento: instrumentos do Direito Administrativo nas transformações do capitalismo. In. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de. *Direito Administrativo em Perspectiva: diálogos interdisciplinares*. Florianópolis: Habitus, 2020.

NOBREGA, Marcos; CHARLES, Ronny. Lei nº 14.133/2021, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas. In. BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny. *Temas controversos da nova lei de licitações e contratos*. Salvador: Juspodivm, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia; CASTILHO, Ricardo. Sustentabilidade e Desenvolvimento na Licitação. In. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SCHUMPETER, J. A. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

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

TIDD, J.; BESSANT, J.; PAVITT, K. *Managing innovation – integrating technological market and organizational change*. 3. ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2005.

ZIMMER Jr., Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia. *Compliance Anticorrupção e das Contratações Públicas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.