Faculdade de Direito da USP
Departamento de Direito do Estado
Direito Administrativo Interdisciplinar I
Prof. Fernando Dias Menezes de Almeida

Aula do dia 13.02.2020 – Direito administrativo e inovação

Espelho de correção

Exercício:

Na qualidade de assessor do Ministro para as compras realizadas pelo SUS, elabore um parecer sintético, para orientar o despacho de autorização de compra pelo Ministro da Saúde, abordando justificadamente: (i) se é cabível essa contratação na modalidade de compra do artigo 20 da Lei nº 10.973/04?; (ii) se sim, qual seria a melhor forma de remuneração do contratado, ante as hipóteses do artigo 29 do Decreto nº 9.283/18?; e, (iii) se seria necessário realizar o certame licitatório da Lei nº 8.666/93, considerando a ausência de solução doméstica similar?

a) Atenção à proposta do exercício – Pontuação máxima: 0,2

No desenvolvimento da ficha de reação era esperado que os alunos, sob a forma de parecer, instruíssem a decisão do Ministro da Saúde sobre a proposta de compra pública encaminhada pela área de Tecnologia da Informação (TI) desse órgão da União Federal.

O exercício não comporta uma única resposta de parecer. Todas as orientações ao despacho de autorização de compra pelo Ministro da Saúde eram cabíveis, desde que as opções fossem discutidas e justificadas, a partir de fundamentos jurídicos.

Necessariamente, era preciso que as respostas abordassem os seguintes três aspectos:

b) cabimento da contratação sobre a modalidade de compra pública do artigo 20 da Lei nº 10.973/04 – Pontuação máxima: 0,3 (ou 0,5, para aqueles que não vislumbraram cabimento para a contratação)

Independentemente da opção acolhida, era imprescindível que a resposta confrontasse o caso com a hipótese de compra pública de encomenda tecnológica do artigo 20 da Lei nº 10.973/04.

Em suma, esperava-se que a(o) aluna(o) discorresse sobre o seu objeto ("realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico") e finalidade ("solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador"), para opinar favoravelmente ou não pela contratação recomendada pela área de TI.

Foram valoradas as respostas que se apoiaram em outras regras do Direito positivo brasileiro para sustentar juridicamente a posição do parecer, como a noção de risco

tecnológico adotada pelo regulamento da Lei nº 10.973/04 (artigo 2º, III, do Decreto nº 9.283/18).

Ademais, foram acrescidas de pontuação extra de até 0,1, as respostas que discorreram sobre a qualidade da empresa contratada (Google), como sujeito dessa espécie de compra pública, ostentando ou não o caráter de "empresa [...] voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor" (artigo 20, *caput*, da Lei nº 10.973/04".

Com relação às respostas que não vislumbraram hipótese de incidência da contratação de encomenda tecnológica, maior pontuação foi atribuída à questão, considerando o esforço argumentativo necessário para que a assessoria suplantasse a orientação do corpo técnico do Ministério que entendeu pelo enquadramento da compra pública na hipótese do artigo 20 da Lei nº 10.973/04.

c) reflexões sobre a remuneração do contratado, ante as hipóteses do artigo 29 do Decreto nº 9.283/18 – Pontuação máxima: 0,2

Entendendo cabível a contratação de encomenda tecnológica, era esperado que a resposta indicasse a melhor forma de remuneração do contratado, arroladas no artigo 29 do Decreto nº 9.283/18.

No caso, não bastava que o(a) aluno(a) optasse por uma das modalidades constantes do artigo 29, § 1º. Era imprescindível que fosse apresentada justificativa coerente que levasse em conta o objeto da compra pública ("desenvolvimento da 'plataforma digital de armazenamento' e transferência da tecnologia ao corpo técnico do SUS, durante o período de 5 anos) e a forma de remuneração escolhida que melhor atenderia aos objetivos da Administração Pública.

Por exemplo, entre as linhas de resposta, destacam-se aquelas que vislumbravam "preço fixo" (com ou sem adicional), já que o Google já havia avaliado o valor do serviço (artigo 29, §§ 3º ou 5º); ou "reembolso de custos" (com ou sem incentivo), considerando o risco tecnológico envolvido na encomenda, com a estimativa do Google, servindo como "limite máximo de gastos para fins de reserva de orçamento" (artigo 29, § 6º).

Nesse sentido, foram prestigiadas as respostas que, conforme a modalidade de remuneração escolhida, apoiaram suas razões nos parágrafos 2º a 14º do artigo 29 do Decreto nº 9.283/18.

Quanto aos alunos que não vislumbraram possibilidade de contratação de encomenda tecnológica na resposta anterior e, portanto, pelo enunciavam não precisavam discorrer sobre a forma de remuneração, pontuação extra de até 0,1 foi atribuída para aqueles que, argumentando a "possibilidade de entendimento diversos da autoridade", trabalharam esse assunto em seus pareceres.

d) necessidade de realização de certame licitatório da Lei nº 8.666/93, considerando a ausência de solução doméstica similar – Pontuação máxima: 0,3

A indagação procurava estimular a reflexão quanto à incidência da Lei nº 8.666/93 para regular a compra pública do artigo 20 da Lei nº 10.973/04.

Inicialmente, esperava-se que a(o) aluna(o) explorasse a expressão "poderão contratar diretamente" do *caput* do artigo 20 da Lei nº 10.973/04, refletindo sobre a necessidade de, a despeito dessa previsão, estar a União Federal jungida ao procedimento da Lei nº 8.666/93; ou se, em face daquela regra, poder-se-ia cogitar de hipótese particular de compra pública, regida por regras de contratação especiais (parágrafos do artigo 20 da Lei nº 10.973/04; e Seção V do Decreto nº 9.283/18).

Veja que não foram consideradas adequadas menções ao artigo 20, § 4º, da Lei nº 10.973/04, já que não aplicável ao caso. Essa referência à Lei de Licitações na Lei nº 10.973/04 fala do "fornecimento, em escala ou não," do resultado da encomenda tecnológica. No caso, visava-se o desenvolvimento da encomenda tecnológica e não o fornecimento do seu resultado.

Em todo o caso, pretendia-se que a resposta fizesse diálogo com a Lei nº 8.666/93, especialmente para apresentar a expressa hipótese de dispensa licitatório constante do inciso XXXI, do artigo 24, da Lei de Licitações.

Nota-se que as respostas que indicavam o inciso XXXII, do artigo 24, da Lei de Licitações foram excepcionalmente considerados, desde que a resposta discorre-se sobre o objeto da contratação pelo Ministério da Saúde. Diz-se "excepcionalmente", pois a noção de produto estratégico de saúde embora pudesse comportar "'plataforma digital de armazenamento' e transferência da tecnologia ao corpo técnico do SUS" tem sentido muito específico no Direito brasileiro, qual seja, uma lista de medicamentos e equipamentos a ser adquirido em programa específico do Ministério da Saúde.[1]

Além disso, não foram consideradas corretas as indicações do artigo 24, XXI, da Lei de Licitações, já que estão enquadradas nessa hipótese de dispensa aquelas aquisições de "produto para pesquisa e desenvolvimento", ou seja, insumos e obras necessários para o desenvolvimento da pesquisa. No caso da encomenda, adquire-se a solução final (ainda que se remunere o seu desenvolvimento).

Ademais, foram valorizadas as respostas que foram além da expressão menção do artigo 24, XXXII, da Lei de Licitações, para discutir a particularidade da aquisição, sem "solução doméstica similar".

Assim, prestigiaram-se as respostas que, a despeito da hipótese de dispensa, consideraram a aquisição pretendida pelo Ministério da Saúde, como situação em que a licitação se faz inexigível (artigo 25), ou ainda, versaram pela possibilidade de certame competitivo, sob a forma de licitação internacional, ante a ausência de fornecedor brasileiro.

[1] Ver <https://www.saude.gov.br/ciencia-e-tecnologia-e-complexo-industrial/complexo-industrial/produtos-estrategicos>. Acesso em 17 fev. 2020.

Faculdade de Direito da USP
Departamento de Direito do Estado
Direito Administrativo Interdisciplinar I
Prof. Fernando Dias Menezes de Almeida

BIBLIOGRAFIA SUGERIDA PARA MAIORES APROFUNDAMENTOS SOBRE A AULA E O CASO DA MONITORIA:

COUTINHO, Diogo Rosenthal; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (org.). **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362/ciencias-humanas-e-comunicacao-114>. Acesso em 22 fev. 2020.

RAUEN, André Tortato; BARBOSA, Caio Márcio Melo. **Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas.** Brasília: IPEA, 2019. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190116_encomendas_tecnologicas.pdf>. Acesso em 22 fev. 2020.