

Título do capítulo	CAPÍTULO 4 – É POSSÍVEL PROMOVER A INOVAÇÃO POR MEIO DO PREGÃO?
Autores	Gabriel Romitelli Rafael Carvalho de Fassio
DOI	http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2/capitulo4
Título do livro	COMPRAS PÚBLICAS PARA INOVAÇÃO NO BRASIL: NOVAS POSSIBILIDADES LEGAIS
Organizador	André Tortato Rauen
Volume	-
Série	-
Cidade	Brasília
Editora	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)
Ano	2022
Edição	-
ISBN	978-65-5635-046-2
DOI	http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – ipea 2022

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos). Acesse: <http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes>

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério da Economia.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

É POSSÍVEL PROMOVER A INOVAÇÃO POR MEIO DO PREGÃO?

Gabriel Romitelli¹
Rafael Carvalho de Fassio²

1 INTRODUÇÃO

As compras públicas são instrumentos estratégicos para a execução das atividades da administração pública. No entanto, para além de viabilizar a contratação, pelo Estado, de bens e serviços, as compras públicas podem contribuir com o desenvolvimento socioeconômico nacional, seja, por exemplo, pelo apoio a micro e pequenas empresas,³ pela realização de compras públicas sustentáveis (CPS) ou mesmo, como é objeto deste livro, pelo incentivo à inovação.⁴

O pregão, objeto de análise deste capítulo, é uma modalidade de licitação utilizada para aquisição de bens e serviços de natureza comum.⁵ Introduzido pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) na Lei Geral de Telecomunicações em 1997 e posteriormente disseminado pela Medida Provisória (MP) nº 2.026/2000, que foi convertida na Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002). Isso posto, o pregão foi rapidamente incorporado pela administração pública e alçou o posto de principal modalidade de licitação no país, tanto em quantidade de contratações quanto em relação aos valores adjudicados. Em 2020, 98,3% das licitações divulgadas no Painel de Compras do governo federal (que utiliza um método diferente daquele empregado no capítulo 2 desta obra) foram realizadas por pregão, o que corresponde a um montante de R\$ 149,1 bilhões, segundo o Painel. Comparativamente, a segunda modalidade mais expressiva em valores foi a concorrência, com R\$ 1,8 bilhão – valor cerca de 82 vezes menor do que o mobilizado via pregão, como se verá adiante.

1. Coordenador de inovação aberta no Centro de Inovação, Empreendedorismo e Tecnologia (Cietec). *E-mail*: <gabriel.romitelli@gmail.com>.

2. Procurador do Estado de São Paulo. *E-mail*: <rfassio@sp.gov.br>.

3. O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006) contém normas relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a essas empresas, inclusive quanto à “preferência nas aquisições de bens e serviços pelos poderes públicos” (Brasil, 2006).

4. A nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) indica, no art. 11, inciso IV, como um dos objetivos da licitação, o incentivo à “inovação e o desenvolvimento nacional sustentável” (Brasil, 2021). No mesmo sentido, a Lei de Inovação (Lei nº 10.973/2004) elenca, em seu art. 19, § 2º-A, uma série de instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, entre eles o “uso do poder de compra do Estado” (Brasil, 2004).

5. A nova Lei de Licitações define, no art. 6º, inciso XIII, bens e serviços comuns como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”, mesma definição presente na Lei do Pregão – Lei nº 10.520/2002 (Brasil, 2021).

Suas características, em especial a inversão de fases (na qual primeiro são analisadas as propostas de preço e somente depois se analisam as condições de habilitação dos licitantes) e a introdução de uma etapa de lances, resultaram em benefícios às compras públicas no Brasil, especialmente para se obter mais celeridade, economicidade, transparência e competitividade entre licitantes. Por tais razões, a modalidade rapidamente se tornou a forma preferida de contratação. Nada obstante suas muitas vantagens, o procedimento do pregão apresenta relevantes limitações para a contratação de objetos ligados à inovação, que serão detidamente analisadas neste capítulo.

Diante da pergunta *É possível promover a inovação por meio do pregão?*, este capítulo visa analisar se a modalidade permite adquirir e promover inovação e quais são as suas limitações, condições e boas práticas para tal. De início, é importante reforçar que o pregão não foi criado para essa finalidade. Contudo, levando-se em conta que o uso do poder de compra do Estado pode estimular a demanda por inovação no mercado,⁶ é necessário entender como a modalidade licitatória mais utilizada no país pode contribuir, em alguma medida, para o atingimento desse objetivo.

Para tal, este capítulo encontra-se dividido em três seções. A primeira analisa o pregão, desde seu surgimento até a predominância no cenário brasileiro, apresentando as características dessa modalidade e seu papel limitado no contexto das compras públicas para inovação. A segunda seção visa responder ao título deste capítulo, e o faz analisando o conceito de características das compras públicas para inovação (do inglês *public procurement of innovation* – PPI) e comparando o pregão com outras modalidades licitatórias na legislação brasileira. A terceira seção, por fim, apresenta uma série de limitações do instrumento para as PPIs, bem como boas práticas que podem ser implementadas pela administração pública para que o pregão seja, de fato, uma modalidade que promova a inovação.

De início, importa reforçar que o pregão não se mostra adequado à aquisição de inovações radicais, mas há margem, como se apresentará ao longo deste capítulo, para o emprego dessa modalidade em inovações incrementais, ou seja, que correspondem à agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho. O pregão também pode ser usado como instrumento para a difusão de inovações já introduzidas no mercado, após superada a fase pré-comercial. Nesse sentido mais amplo, o pregão pode ser utilizado como instrumento de compra pública para a inovação.

6. A Lei de Inovação prevê o “uso do poder de compra do Estado” como instrumento de estímulo à inovação em seu art. 19, § 2º-A, inciso VIII (Brasil, 2004); e a nova Lei de Licitações e Contratos apresenta, como um dos objetivos do processo licitatório, “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável” (Brasil, 2021, art. 11, inciso IV).

2 O PREGÃO: DO SURGIMENTO À UBIQUIDADE⁷

Entre os vários movimentos de reforma das contratações públicas no Brasil, merece destaque a criação do pregão, uma modalidade licitatória paralela àquelas previstas na Lei nº 8.666/1993 e que encontrou ampla receptividade no dia a dia da administração pública.

O pregão foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir do regulamento da Anatel, nos termos da autorização dada pelos arts. 54 e 55 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações, para contratar “bens e serviços comuns” – conceito que, em linhas gerais, abrange praticamente tudo que não fossem “obras e serviços de engenharia” (Brasil, 1997).⁸ Após uma experiência exitosa no âmbito da agência, o pregão foi estendido à União pela MP nº 2.026, de 4 de maio de 2000. Os estados, os municípios e o Distrito Federal só puderam usar a nova modalidade cerca de dois anos depois, com a conversão da referida MP na vigente Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.⁹

Visto como revolucionário sob a perspectiva da gestão pública, o pregão “ampliava a autonomia do administrador público responsável pelo procedimento (o pregoeiro), abreviava prazos processuais e estimulava uma competição intensa pela redução de preços” (Fernandes, 2014, p. 20). Não foi por outro motivo que a MP nº 2.026, que ampliou o uso do pregão para a União, foi editada em 4 de maio de 2000 – exatamente no mesmo dia em que foi sancionada, pela Presidência da República, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Como é cediço, a Lei Complementar (LC) nº 101, de 4 de maio de 2000, fixa tetos de despesas de pessoal, condiciona a realização de despesas de caráter continuado e estabelece diversas diretrizes para a transparência nas finanças públicas.

Nesse cenário, segundo Fernandes (2014, p. 20), a “redução de despesas com licitações que se esperava com a aplicação do pregão apoiaria o ajustamento dos governos aos requisitos de responsabilidade fiscal, que incluíam a limitação do crescimento das despesas correntes”. O governo pretendia usar o pregão para conter gastos no curto prazo. Daí a opção por se criar uma modalidade alternativa ao regime geral, sem a “necessidade de revisar todo o arcabouço legal construído em torno da Lei nº 8.666, para focalizar o redesenho dos procedimentos de compra e contratação, visando à obtenção de resultados imediatos de redução de custos e de agilização e simplificação das licitações” (Fernandes, 2014, p. 19).

7. Partes desta seção e das seções seguintes correspondem à versão atualizada, adaptada e expandida de excertos de publicações anteriores de um dos autores com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), especialmente: i) *Revisitando as compras públicas para inovação no Brasil: oportunidades jurídicas e institucionais* (Fassio et al., 2021); e ii) *O guia de alternativas jurídicas e de boas práticas para contratações de inovação no Brasil*, ainda no prelo.

8. Art. 54 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997: “Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a administração pública. Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão” (Brasil, 1997).

9. O art. 193 da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) revoga a Lei do Pregão após o fim do período de transição de dois anos estabelecido pelo diploma.

Além da inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas,¹⁰ o uso intensivo de ferramentas de tecnologia da informação (TI) foi essencial para potencializar os resultados econômicos do pregão (Fernandes, 2014, p. 20-23).

A partir da sua instituição, o pregão rapidamente tornou-se a principal modalidade de licitação no Brasil. O levantamento, realizado por Fiuza e Medeiros (2014, p. 93) com dados do Compranet, apresenta a rápida expansão do uso do pregão entre 2001 e 2011. Além disso, a tabela 1 ilustra como as contratações diretas – que deveriam ser exceções à regra do art. 37, inciso XXI, da Constituição¹¹ – têm um peso muito expressivo no total de procedimentos de compra pública realizados no país.

TABELA 1
Número total de procedimentos de compras por modalidade (2001-2011)

Ano do resultado da compra	Convite (%)	Tomada de preço ¹ (%)	Concorrência ¹ (%)	Concorrência internacional ¹ (%)	Pregão (%)	Dispensa de licitação (%)	Inexigibilidade (%)	Total
2001	4,33	0,98	0,33	0,02	0,58	90,17	3,58	395.357
2002	3,85	0,87	0,28	0,02	1,31	90,60	3,07	366.835
2003	5,30	0,76	0,22	0,01	2,18	88,28	3,24	324.927
2004	6,30	0,91	0,23	0,02	3,72	85,67	3,16	329.118
2005	4,59	0,72	0,21	0,03	6,57	84,30	3,58	320.096
2006	3,41	0,46	0,14	0,02	10,01	82,18	3,78	316.936
2007	2,63	0,48	0,18	0,02	12,18	80,24	4,27	310.468
2008	1,56	0,57	0,30	0,02	14,48	78,55	4,54	320.760
2009	0,51	0,57	0,47	0,01	15,78	77,50	5,15	321.242
2010	0,35	0,52	0,39	0,03	17,25	75,51	5,94	300.532
2011	0,26	0,48	0,44	0,02	18,36	72,81	7,64	273.704

Fonte: Fiuza e Medeiros (2014, p. 93).

Nota: ¹ Inclusive por técnica e preço.

Considerando o número absoluto de procedimentos realizados, o pregão cresceu substancialmente nos dez anos analisados, de 0,58%, em 2001, para 18,36% do total de compras, em 2011. A expansão do uso da nova modalidade representou uma substituição sensível em relação ao número de contratações diretas por dispensa (que baixou de 90,17% para 72,81% em dez anos), e ainda mais a participação já

10. Vários estados e municípios já editaram leis invertendo as fases do processo licitatório, tais como os estados de São Paulo (Lei Estadual nº 13.121/2008) e Bahia (Lei Estadual nº 9.433/2005) e os municípios de São Paulo (Lei Municipal nº 14.145/2006) e Curitiba (Lei Municipal nº 13.831/2011), entre outros.

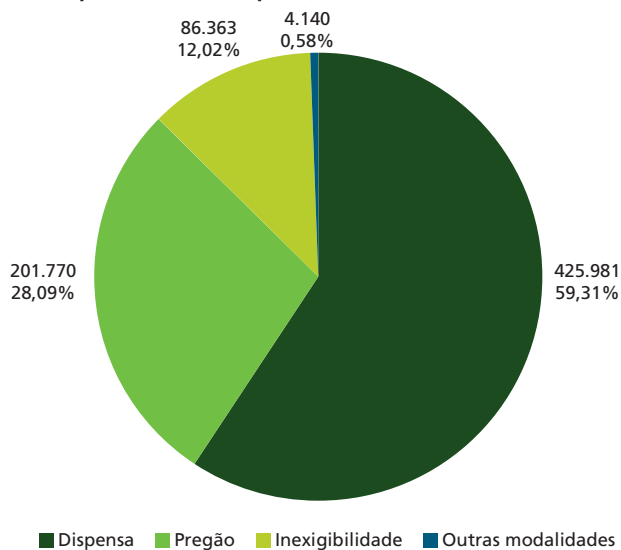
11. Art. 37, inciso XXI, da Constituição: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (Brasil, 1988).

tímida das modalidades da Lei nº 8.666/1993, especialmente as de valores mais baixos. A *concorrência*, o *convite* e a *tomada de preços*, somados, representam apenas 1,2% do total – nem mesmo um décimo dos pregões, em 2011.

A análise de dados mais recentes reforça a ubiquidade do pregão nos processos de compra, como se pode verificar em pesquisa no Painel de Compras do governo federal.¹²

Entre todos os processos de compra realizados entre 2017 e 2020 e divulgados no Painel de Compras do governo federal, excluindo-se as alternativas de contratação direta (dispensa e inexigibilidade), o pregão corresponde a 98% das licitações realizadas. Somadas, as demais modalidades (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e concorrência internacional) não chegam a 1% dos processos realizados no período.

GRÁFICO 1
Quantidade de processos de compras (2017-2020)¹



Fonte: Painel de Compras do governo federal. Disponível em: <<https://bit.ly/3oCOEUe>>. Acesso em: 11 out. 2021.

Nota: ¹ Deve-se considerar que esses dados podem divergir daqueles apresentados no capítulo 2 desta obra, pois provêm de fontes e métodos distintos. Mas, destaca-se que ambos são oficiais e apontam para as mesmas tendências.

Além disso, em relação ao valor das contratações realizadas, o pregão corresponde a 79,3% do total, representando aproximadamente R\$ 511,3 bilhões, conforme o gráfico 2. Em segundo lugar, a dispensa de licitação representa 10,57% do total, com o valor de R\$ 68 bilhões, seguida pela inexigibilidade, que responde

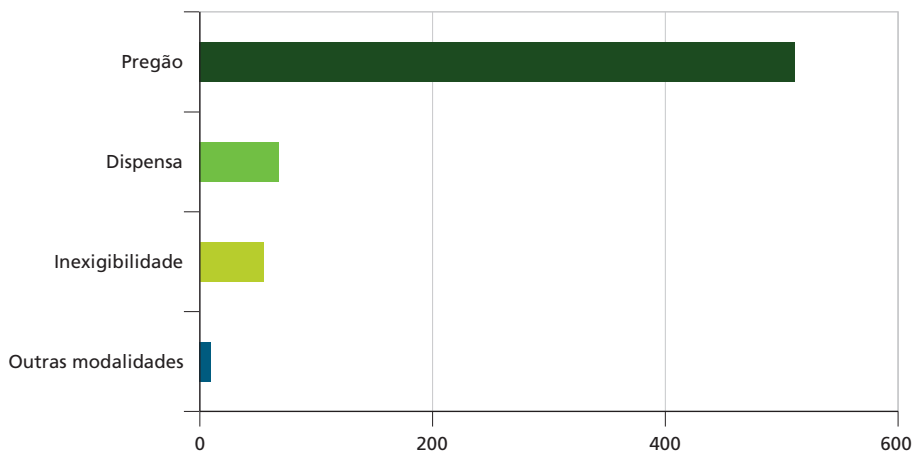
12. Disponível em: <<https://bit.ly/3oCOEUe>>. Acesso em: 11 out. 2021.

por R\$ 54,8 bilhões e cerca de 8,51%. As demais modalidades de licitação da Lei nº 8.666/1993, quando somadas, totalizam somente 1,52% do valor global de processos de compra no período em análise.

GRÁFICO 2

Valor estimado de processos de compras (2017-2020)

(Em R\$ 1 bilhão)



Fonte: Painel de Compras do governo federal. Disponível em: <<https://bit.ly/3oCOEUe>>. Acesso em: 11 out. 2021.

A rápida incorporação do pregão como modalidade de licitação predominante no país trouxe ganhos significativos à administração, merecendo destaque os pontos descritos adiante.

- 1) Mais agilidade e economia de tempo nos processos de compra, tanto em função do menor prazo para publicação do edital quanto da inversão nas fases de classificação e habilitação.
- 2) Possibilidade de disputa direta entre licitantes durante a etapa de lances, bem como a de o pregoeiro negociar diretamente com os fornecedores para que seja obtido preço menor, proporcionando à administração a contratação de bem ou serviço com valor reduzido.

O pregão também apresenta largo uso pela administração por meio do Sistema de Registro de Preços (SRP), que simplifica a gestão de estoques e reduz a quantidade de certames licitatórios realizados, racionalizando procedimentos.

Apesar disso, a modalidade pregão também trouxe desvantagens. Por exemplo, Motta (2009) questiona os resultados obtidos no Brasil após a implantação do pregão eletrônico, afirmando que sua rapidez e relativa simplicidade – mormente quando comparado às modalidades da Lei nº 8.666/1993 – con-

tribuíram para estimular a falta de planejamento adequado¹³ e uma gestão de contratos deficiente.

Como no sistema brasileiro existe pouca normatização infralegal com *guidelines* para a formulação de editais, projetos básicos e contratos, “os gestores de compras torcem para que algum deles faça um bom trabalho e todos possam sair copiando-o, ou aderindo à sua ata de registro de preços, num típico e ineficiente comportamento caronista” (Fiuza, 2009, p. 240). Uma vez divulgado na imprensa oficial ou na internet, um modelo de edital torna-se um bem público no sentido econômico do termo, não exclusivo e não rival, de modo que qualquer um pode se aproveitar dos esforços do gestor responsável pela sua elaboração.

Embora no Brasil ainda haja grande espaço para uniformização de procedimentos e modelização de editais, Fiuza (2009, p. 257-258) corretamente adverte que essa padronização não pode converter-se em desculpa para a continuidade do emprego de contratos que, limitando-se a repetir a lei, pouco descrevem o escopo contratual e as obrigações a cargo das partes. O resultado dessa ausência de incentivos e de uma governança contratual deficiente é a aversão ao risco e a adoção frequente de práticas defensivas, tais como a manutenção de estoques excessivamente grandes e um apego desmedido a formalidades burocráticas.

Vale notar, por exemplo, como o pregão e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), ambos regulados por leis enxutas e pouco detalhadas, começaram como regimes excepcionais e foram gradual e progressivamente ampliados. No pregão, essa ampliação foi eminentemente subjetiva (quem pode utilizar a modalidade): da contratação de “bens e serviços comuns” no âmbito da Anatel, a nova modalidade conquistou a União e, posteriormente, teve seu uso estendido a estados, municípios e Distrito Federal pela Lei nº 10.520/2002.¹⁴ No caso do RDC, a ampliação foi principalmente objetiva (quais áreas ou atividades podem se valer da modalidade): originalmente aplicável a licitações e contratos relacionados à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016, o regime da Lei nº 12.462/2011 foi posteriormente estendido para outros fins, como ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia

13. Um dos gestores entrevistados por Têmis Limberger reconhece, em depoimento especialmente esclarecedor, os efeitos da falta de planejamento no setor de compras: “então o que eu vejo na administração pública do Brasil hoje é uma grande falta de planejamento. Eu ouço muita gente falar ‘ah, licitação é um entrave; porque licitação tem que contratar o menor preço; porque a gente faz más contratações’ eu não acho isso. (...) Eu acho que o problema das más contratações é porque não se tem planejamento nenhum. Chegam os editais e, é tudo urgente, urgentíssimo, sem tempo pra pensar. Então você tem que fazer o edital em 3, 4 dias. Então claro que nisso aí a tua qualidade vai ser extremamente prejudicada (...). Porque para você trabalhar bem um edital, você tem que ter tempo, tem que ter conhecimento e tem que ter tempo” (Abreu, Limberger e Teixeira, 2014, p. 161).

14. Uma hipótese de ampliação objetiva diz respeito à controvérsia, hoje pacificada, sobre o uso do pregão para bens e serviços comuns de engenharia. Inicialmente negada pela regulamentação federal (art. 5º do Decreto nº 3.555/2000), essa possibilidade restou expressamente reconhecida pelo TCU que, em 2010, editou a Súmula nº 257: *O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002*. A grande questão, na prática administrativa, é saber quando o serviço de engenharia tem natureza comum ou não.

no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e, também, ações (obras) em órgãos e entidades relacionados à ciência, à tecnologia e à inovação.

O pregão impactou a decisão sobre qual modalidade licitatória utilizar para a contratação de bens e serviços, de acordo com o objeto que se pretende licitar. Cabe aos gestores públicos justificar se o objeto é de natureza comum ou especial – isto é, aquele que, por sua “alta heterogeneidade ou complexidade”, não pode ser descrito como de natureza comum, sendo “exigida justificativa prévia do contratante”, como define a nova Lei de Licitações e Contratos (Brasil, 2021, art. 6º, inciso XIV).

Inicialmente, para apoiar a definição e o entendimento sobre bens e serviços de natureza comum, o legislador anexou ao Decreto nº 3.555/2000, que regulamentava o pregão à época, uma lista exemplificativa¹⁵ que foi atualizada em duas outras oportunidades antes de ser, finalmente, revogada em 2010.¹⁶ A lista incluía bens de consumo, como água mineral, combustível e gás; bens permanentes, como veículos e mobiliário; serviços auxiliares, como motorista, garçom e jardineiro; e inclusive serviços de telecomunicações e telefonia.

A ampliação do escopo do que é bem ou serviço comum ao longo dos anos contribuiu para o aumento na realização de pregões e, em última análise, tornou mais difícil justificar o caráter *não comum* do bem ou serviço para o emprego de outras modalidades.

A título exemplificativo, a aquisição de bens e serviços de informática passou por importante revisão de entendimento ao longo dos anos. Entendia-se, da leitura do art. 45, § 4º da Lei nº 8.886/1993,¹⁷ que tal objeto seria obrigatoriamente licitado por “técnica e preço”, permitindo-se o emprego de outro tipo de licitação nos “casos indicados em decreto do Poder Executivo”.

Por conta de previsões da Lei de Informática (Lei nº 8.248/1991), estabelecendo preferência para bens e serviços de informática produzidos por empresas nacionais, o legislador, à época, “considerou relevante explicitar que a possibilidade de uso do direito de preferência exigia a comparação de fatores técnicos e, portanto, a realização de licitação do tipo ‘técnica e preço’”, como bem descreve a Nota Técnica nº 02/2008 da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do Tribunal

15. Apesar de divergência inicial no TCU sobre o entendimento a respeito do caráter do rol do Anexo II, se seria exaustivo ou exemplificativo, ao fim prevaleceu-se o entendimento de que a lista é exemplificativa, conforme a jurisprudência e a doutrina apresentadas no Acórdão nº 313/2004 do Plenário do tribunal (TCU, 2008b, p. 6).

16. Ver Anexo II do Decreto nº 3.555/2000, posteriormente alterado pelos Decretos nºs 3.693/2000 e 3.784/2001, tendo a última lista sido revogada pelo Decreto nº 7.174/2010. Disponível em: <<https://bit.ly/3zjp0sP>>. Acesso em: 19 out. 2021.

17. Art. 45, §4º da Lei nº 8.666/1993: “§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação *técnica e preço*, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)” (Brasil, 1993).

de Contas da União (Sefti/TCU). Essa nota técnica consolidou o entendimento de que o uso do tipo técnica e preço está diretamente associado à utilização do direito de preferência previsto na Lei nº 8.248/1991 e que, por isso, “encontra-se derogada a obrigatoriedade de uso de técnica e preço para a contratação de bens e serviços de TI, expressa no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993” (TCU, 2008, p. 117). Afinal, entre outras razões, o Decreto nº 3.555/2000 e a Lei do Pregão permitiram o uso da modalidade para a contratação de bens e serviços em geral (inclusive os de informática) e, também, porque a própria Lei de Informática teve seu art. 3º, §3º alterado pela Lei nº 11.077/2004 para permitir o emprego do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação.

Desse modo, o pregão é a opção preferencial para a aquisição de soluções de TI consolidadas no mercado ou para contratar bens e serviços de prateleira, como recomenda o TCU e a Instrução Normativa nº 01/2019, da Secretaria de Governo Digital (SGD) do Ministério da Economia (ME).

Ademais, a menor flexibilidade do pregão não afasta o seu emprego para implementar soluções inovadoras de menor complexidade, como aquelas envolvendo inovações incrementais e a melhoria de processos organizacionais. Contudo, a modalidade destina-se à aquisição de bens e serviços comuns e não para objetos novos, ainda não introduzidos no mercado, ou que envolvam “técnicas especiais, variáveis de produto para produto, que mereçam atenção particularizada e por-menorizada” (Niebuhr, 2020, p. 76).

O pregão é a principal modalidade de licitação no cenário brasileiro – o que lhe rende, por suas características, vantagens e desvantagens. Ainda que não tenha sido instituído para tratar a inovação, sua absoluta prevalência o torna um critério preferencial ou régua de comparação. Nessa linha, é muito provável que gestores públicos que pretendam adquirir soluções inovadoras sejam questionados, em algum momento da fase interna ou externa da contratação, se a solução buscada poderia ser contratada mediante pregão.

3 É POSSÍVEL PROMOVER A INOVAÇÃO POR MEIO DO PREGÃO?

A realização de um procedimento competitivo não é, em si, a antítese da inovação, mas apresenta limitações jurídicas e econômicas de relevo que fragilizam os incentivos para o desenvolvimento de novas tecnologias. Como ficará claro adiante, o pregão não é instrumento adequado para contratações pré-comerciais ou para atividades de pesquisa e desenvolvimento voltadas à criação de produtos, serviços e processos, na dicção do *Manual de Oslo* (OCDE, 2018). Entretanto, a modalidade pode ser útil para promover a difusão de inovações já introduzidas no mercado, usando o poder de compra do Estado para dar tração a uma oferta ainda incipiente.

Edquist *et al.* (2015) lembram que o processo inovativo não se resume ao desenvolvimento de novos produtos, serviços e processos, pois abrange uma etapa necessária de sua difusão em meio ao setor produtivo.¹⁸ O papel preponderante das firmas na inovação não exclui a possibilidade de atuação do Estado, mesmo após superada a fase pré-comercial.¹⁹

No Brasil, por exemplo, em 2019, o mercado público correspondia a aproximadamente 9,2% do produto interno bruto – PIB (capítulo 2 desta obra). A demanda estatal pode contribuir para a geração de economias de escala e de escopo que, reduzindo custos, facilitam a difusão de inovações no mercado (Edler e Georghiou, 2007, p. 953-958).

O emprego do pregão para difundir bens e serviços inovadores evoca, em alguns aspectos, a tipologia proposta por Edquist e Hommen (2000, p. 22-23) para contratações públicas de inovação. Essa classificação, aprofundada em trabalhos posteriores (Rolfstam, 2005; 2012; Hommen e Rolfstam, 2009), enfoca o importante papel das contratações públicas referente às ações a seguir descritas.

- 1) Criação de mercados (*initiation*), em que tecnologias desenvolvidas inicialmente para uso do setor público podem ser estendidas futuramente ao setor privado.
- 2) Expansão de mercados (*escalation*), em que o poder de compra potencializa o desenvolvimento de setores ainda emergentes, evitando a sua fragmentação em nichos.²⁰
- 3) Consolidação de mercados (*consolidation*), em que a demanda estatal é empregada para estabilizar oferta e procura em determinado setor, impondo *standards* e estimulando a padronização de bens e serviços.
- 4) Destruição de mercados, cujo efeito, evocando Schumpeter, atinge as tecnologias antigas que são postas em desuso (Rolfstam, 2012, p. 7-11).

A chamada matriz de Hommen ilustra a classificação completa, com dezesseis categorias, nos termos do quadro 1. Aqui, o pregão opera no eixo das compras diretas (atendendo às necessidades do órgão ou da entidade licitante) e somente a partir das etapas de expansão e consolidação de mercado, isto é, quando a incerteza científica já foi vencida e o objeto, portanto, pode ser qualificado como *bem ou serviço comum*.

18. "To qualify as an innovation, the product or process needs to be implemented, which means that the new products must be introduced on a market or that the new processes are used in production. Innovations must therefore be commercialized, that is, launched on the market, or in other ways widely diffused to users on a large scale in the economy or society" (Edquist *et al.*, 2015, p. 3).

19. Voltadas ao desenvolvimento de bens e serviços ainda não disponíveis no mercado no momento da demanda, uma contratação pré-comercial. "In fact is an R&D service contract, given to a future supplier in a multi-stage process, from exploration and feasibility to R&D up to prototyping, field tests with first batches and then, finally, commercialization" (Edler e Georghiou, 2007, p. 954).

20. "Após a criação do mercado, o segundo contexto seria a fase de expansão, ao que se seguiria o ciclo em que o papel do governo é articular a demanda pela harmonização ou padronização, sem que o mercado corra o risco de permanecer fragmentado em nichos" (Squeff, 2014, p. 16).

QUADRO 1
Compras públicas para inovação segundo a matriz de Hommen

Papel em relação ao mercado Tipo de necessidade social	Criação de mercado (Desenvolvimento)	Expansão de mercado (Adaptação)	Consolidação (Padronização)	Destruição (Remoção)
Compras diretas (atendimento das necessidades intrínsecas da organização compradora)				
Compras cooperativas (atendimento a necessidades compartilhadas do setor público e usuários privados)				
Compras catalíticas (atendimento a necessidades de outros usuários, extrínsecas à organização compradora)				
Compras distribuídas (necessidades identificadas e satisfeitas externamente a partir da oportunidade divulgada pela organização pública)				

Fonte: Rolfstam (2012, p. 11).

Obs.: A imagem traduzida foi adaptada a partir de Squeff (2014, p. 17).

Kattel e Lember (2010) lembram que a canalização da demanda estatal para adquirir inovações já introduzidas no mercado ajuda a absorver parte dos custos de desenvolvimento de novas tecnologias, como *first buyer*,²¹ ou de adaptação das já existentes.²² Nessa linha, os autores destacam o papel de relevo que as contratações pré-comerciais tiveram para o desenvolvimento, entre outros, de redes precursoras de internet, do sistema de Global Positioning System (GPS), da indústria de semicondutores e até mesmo dos aviões a jato (Kattel e Lember, 2010, p. 369).

De fato, o pregão não se amolda bem às contratações pré-comerciais geralmente relacionadas às inovações radicais, pois nelas o grau de incerteza e complexidade das atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) é maior do que em inovações incrementais. Nas contratações de inovações incrementais, tipicamente realizadas por meio de PPIs, o pregão pode exercer um papel relevante. Por exemplo, em contratações no setor de TI, mesmo envolvendo tecnologias complexas como inteligência artificial e *machine learning*, muitas vezes a necessidade do poder público pode ser atendida pela customização e adaptação de soluções de prateleira (*off-the-shelf*), sendo possível a contratação por meio de pregão, em linha com recomendações do TCU e a Instrução Normativa nº 01/2019 mencionada na seção anterior.

21. “The public sector can use Ppfl to act as a demanding first buyer by absorbing risks for socially/ecologically demanded products (where significant financial development risks prevail) as well as by promoting learning (where procurement introduces strong elements of learning and upgrading into public intervention processes)” (Kattel e Lember, 2010, p. 377).

22. Foi o que aconteceu no Programa Caminho da Escola, do Ministério da Educação (MEC), em que licitações realizadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), com apoio do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), resultaram no desenvolvimento de ônibus especialmente adaptados para o transporte escolar, com tração nas quatro rodas, chassi mais alto e rodas mais próximas das extremidades do veículo, a fim de melhorar a trafegabilidade e o transporte de alunos de zonas rurais. A grande quantidade de veículos a serem adquiridos (cerca de 25 mil unidades) levou diversas montadoras a produzi-los para a União, os estados e os municípios que aderiram às atas de registro de preços do FNDE. Disponível em: <<https://bit.ly/3zjzkRo>>. Acesso em: 17 out. 2021.

O pregão também pode ser a via indicada quando a administração pretende contratar produtos, serviços e processos que não são novos para o mercado (*new to the market*), mas que estão sendo empregados no setor público pela primeira vez (*new to the government*). É nessa linha que Cabral *et al.* (2006, p. 517), Edler e Georghiou (2007, p. 960), Edquist e Zabala-Iturriagoitia (2012, p. 1766) e Edquist *et al.* (2015, p. 13) sustentam que, ao usar o poder de compra do Estado em sua política de inovação, os entes públicos deveriam apenas descrever as funcionalidades esperadas, em vez de definir previamente todas as características técnicas do objeto pretendido. Em outras palavras, “*the function to be achieved should be defined, instead of defining the product to achieve it. This is a way to develop the creativity and innovativeness of the potential supplier*” (Edquist *et al.*, 2015, p. 13), no que se tem chamado de compra pública funcional (*functional procurement*)²³ ou compra pública favorável à inovação (*innovation-friendly procurement*).²⁴

Segundo o guia *Procurement for Innovative Proposals*, da agência holandesa de compras públicas, os requisitos funcionais em compras públicas para inovação devem atender a cinco características, reunidas no acrônimo “Smart”, conforme descrito a seguir (PIANOo, 2011, p. 11).

- 1) Específicos, estipulando metas numéricas claras ou descrevendo os resultados concretos a serem alcançados.
- 2) Mensuráveis, com base em metodologia ou procedimento que permita verificar se e quando o objetivo foi atendido.
- 3) Aceitáveis, buscando legitimidade em consultas públicas ou em atos normativos de aplicabilidade geral.
- 4) Realistas, evitando o estabelecimento de metas inverossímeis ou impossíveis de serem alcançadas.
- 5) Temporalmente fixados, com marcos claros de início e fim.

O pregão é um caminho bastante conhecido pela administração em geral, mas, ao mesmo tempo, parece ser a opção mais distante possível de requisitos funcionais, *problem-based acquisitions* ou *innovation-friendly procurement* na legislação brasileira. Por exemplo, a incorporação de características que favoreçam

23. “*R&D-intensive procurement needs more intensive interaction and cannot be judged on the basis of written specifications and proposals*” (Edler e Georghiou, 2007, p. 954).

24. “*Innovation-friendly public procurement is regular procurement which is carried out in such a way that new and innovative solutions are not excluded or treated unfairly. The background is a concern that many public procurements are carried out in a routine-like manner, meaning that the procuring organization demands the same solution as in the previous procurement. This might actually constitute an obstacle to innovation. The most powerful means to overcome this obstacle is to require calls for public procurement to be formulated in functional terms, and not as descriptions of products (...). Innovation-friendly procurement does not require innovation as PPI, but encourages and facilitates innovation*” (Edquist *et al.*, 2015, p. 7-8).

contratações de inovação em procedimentos licitatórios pode ocorrer, pragmaticamente, nos momentos descritos adiante.

- 1) Escolha de produto ou serviço inovador como objeto da licitação, em conformidade com as especificações do projeto básico ou do termo de referência.
- 2) Estipulação de obrigações contratuais, cujo cumprimento será exigido do vencedor ao longo da execução contratual.
- 3) Exigência de requisitos de qualificação técnica para fins de habilitação do licitante.
- 4) Possibilidade de valoração de aspectos técnicos nos critérios de julgamento, especialmente nos tipos *melhor técnica* ou *técnica e preço*.
- 5) Exigência de amostras ou realização de provas de conceito, durante o julgamento das propostas.
- 6) Previsão de remuneração variável ao contratado, atrelada à obtenção de resultado considerado inovador.

O quadro 2 compara a presença desses seis critérios em modalidades de licitação selecionadas, incluindo-se as modalidades de concorrência, diálogo competitivo (capítulo 7 desta obra) e pregão previstas na nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), que passou a permitir novos critérios de avaliação.

QUADRO 2
Incorporação de critérios técnicos nas fases interna e externa das licitações no Brasil, segundo características e modalidades selecionadas

	Pregão	Lei nº 8.666/1993			RDC	Lei das estatais	Nova Lei de Licitações e Contratos		
		Convite	Tomada de preços	Concorrência			Concorrência	Diálogo competitivo	Pregão
Descrição do objeto	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Obrigações contratuais	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Qualificação técnica	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Amostras ou provas de conceito	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Menor preço	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Melhor técnica ou conteúdo artístico		X	X	X	X	X	X	X	
Técnica e preço		X	X	X	X	X	X	X	
Maior retorno econômico					X	X	X	X	
Maior desconto					X	X	X	X	X
Remuneração variável					X	X	X	X	

Fonte: Fassio e Langevin (2022, p. 32).
 Elaboração dos autores.

Como se vê, o pregão corresponde ao cenário mais limitado possível para licitar objetos relacionados, direta ou indiretamente, à inovação. Com o objeto restrito a bens e serviços comuns, aqueles cujos “padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (Brasil, 2002, art. 1º, parágrafo único; 2021, art. 6º, inciso XLI), e critério de julgamento restrito ao “menor preço”, o pregão é um procedimento rígido e com etapas bem definidas, frequentemente realizadas sob a forma eletrônica.

O pregão costuma ser uma opção para adquirir soluções tecnológicas consolidadas no mercado ou para contratar bens e serviços de prateleira, como recomenda o TCU²⁵ e a Instrução Normativa nº 01/2019 da SGD/ME.²⁶ A menor flexibilidade, porém, não afasta o seu emprego para implementar soluções inovadoras de menor complexidade, como aquelas envolvendo inovações incrementais e a melhoria de processos organizacionais. Um exemplo nessa linha é o pregão realizado pela Desenvolve SP, em 2018, tendo por objeto a contratação de uma *fintech* para viabilizar o projeto-piloto de concessão de microcrédito a microempreendedores individuais, em parceria com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).²⁷ O objetivo era obter uma solução de *webservice* para facilitar a coleta e agilizar a análise de informações de crédito, bem como para eventual cobrança no caso de inadimplência.

Além da descrição do objeto e da estipulação de obrigações contratuais, que são objeto do termo de referência, o pregão também admite, entre os critérios elencados no quadro 2, a previsão de requisitos técnicos na habilitação e a exigência de amostras e provas de conceito.

A exigência de qualificação técnica para fins de habilitação em licitações divide-se, geralmente, em dois grupos. De um lado, os requisitos de capacidade técnico-operacional buscam comprovar que a pessoa do licitante possui aptidão suficiente para desempenhar atividade compatível com o objeto da licitação.²⁸

25. No Acórdão nº 2.471/2008-Plenário, o TCU entendeu que, em regra, bens e serviços de TI devem ser adquiridos via pregão: “9.2.2. Levando-se em conta que, devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos, bem como a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Logo, como regra, esses bens e serviços de TI devem ser considerados comuns” (TCU, 2008). No mesmo sentido, conferir Acórdão TCU nº 1.215/2009-Plenário.

26. Art. 25, parágrafo único, da Instrução Normativa SGD/ME nº 1/2019: “É obrigatória a utilização da modalidade Pregão para as contratações de que trata esta Instrução Normativa sempre que a solução de TIC for enquadrada como bem ou serviço comum, conforme o disposto no § 1º, art. 9º do Decreto nº 7.174, de 2010” (Brasil, 2019).

27. Edital disponível em: <<https://bit.ly/3OINCRp>>. Acesso em: 21 out. 2021.

28. O Acórdão TCU nº 2.208/2016-Plenário esclarece: “A análise da capacidade técnico-operacional da empresa vai além da comprovação da capacitação do profissional, visto que abrange também as instalações, o aparelhamento, metodologias de trabalho e processos internos de controle de qualidade, dentre outros aspectos, ou seja, o fato de um responsável técnico de uma determinada empresa ter executado serviço semelhante não garante que a empresa a qual se acha atualmente vinculado a executará de forma satisfatória” (TCU, 2016).

De outro, a capacidade técnico-profissional diz respeito à formação e experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico. Em ambos os casos, a jurisprudência das Cortes de Contas recomenda que as exigências sejam justificadas pelo gestor com base nas características do objeto licitado, nos termos da Súmula nº 263 do TCU²⁹ e dos Acórdãos TCU nº 3.070/2013 – Plenário,³⁰ TCU nº 534/2016 – Plenário e TCU nº 825/2019–Plenário. Note que os requisitos de habilitação técnica não devem ser repetidos ou sobrepostos aos critérios adotados para a análise da proposta nas licitações por *melhor técnica* ou *técnica e preço*, a fim de que o atestado usado na habilitação não seja objeto de pontuação também na fase de julgamento.

A exigência de amostras,³¹ na compra de bens, ou a realização de provas de conceito (PoC), em contratações de soluções de TI, buscam permitir que a administração verifique a efetiva adequação entre a proposta apresentada pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e as especificações técnicas do objeto estabelecidas no projeto básico ou no termo de referência. Geralmente ocorrem na fase externa, no momento de julgamento das propostas,³² e devem ser realizadas de modo a permitir o acompanhamento por qualquer licitante, em consonância com a recomendação feita no Acórdão TCU nº 1.823/2017-Plenário. Para tanto, a administração deve justificar a necessidade da exigência e prever critérios objetivos no edital para avaliar a amostra ou a prova de conceito realizada, cuidando para evitar que os licitantes incorram em custos desnecessários anteriormente à celebração do contrato.³³

4 LIMITAÇÕES DO INSTRUMENTO E BOAS PRÁTICAS

Discutido o papel limitado do pregão no contexto das compras públicas para inovação, esta seção enfoca três limitações do instrumento e apresenta, ao fim, boas práticas e recomendações que podem aprimorar o seu emprego no contexto da legislação brasileira.

29. Enunciado nº 263 da Súmula do TCU: “para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado” (TCU, 2011).

30. Confira-se o seguinte excerto: “em futuras licitações, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), apresente a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame” (Brasil, 1993).

31. Sobre amostras, confira-se o Acórdão TCU nº 1.437/2004-Primeira Câmara.

32. No Acórdão nº 2.763/2013-Plenário, o TCU considerou irregular a realização de prova de conceito como requisito para habilitação, assentando que deve ser exigida apenas do licitante classificado em primeiro lugar: “8. A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal” (TCU, 2013).

33. Enunciado nº 272 da Súmula do TCU: “No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato” (TCU, 2012).

4.1 Limitações

4.1.1 Predominância do julgamento por critérios de preço e aversão à assunção de riscos

O uso do *menor preço* como critério de julgamento é regra na modalidade pregão e ajuda a explicar como se formou o cenário de aversão a riscos que é tão presente no Brasil. Schmidt e Assis (2009), por exemplo, reconhecem como o apego ao preço pode contribuir para a formação de uma cultura de rigidez no sistema de compras públicas.

O arcabouço regulatório normalmente pesado pode criar, em alguns países, uma forte cultura em que o preço seja considerado acima de qualquer outro critério, o que torna o sistema de compras “pouco amigável”, como no caso do Japão (Schmidt e Assis, 2009, p. 12).

Contudo, esse fenômeno não é exclusividade do caso brasileiro. Por exemplo, a pesquisa *Understanding Public Procurement of Innovation (Underpinn)*, realizada com cerca de oitocentos fornecedores do setor público no Reino Unido, concluiu que o apego a critérios de preço e a aversão à assunção de riscos são os entraves mais percebidos pelos fornecedores do governo britânico em compras públicas para inovação. Edler *et al.* (2015, p. 54), comentando a pesquisa, reconhecem que o maior obstáculo “*is the tendency to give too much weight to price in tenders vis-à-vis quality, as half of the respondents see this as a very significant barrier to innovation and only 15 per cent do not regard it as an obstacle*”.

No Brasil, não resta dúvida de que o menor preço reina absoluto. Fiuza e Medeiros (2014, p. 49) afirmam que apenas 0,43% do valor empenhado em compras federais entre 1998 e 2013 decorreu de licitações nos tipos *melhor técnica* ou *técnica e preço*. Em todo o restante, a regra é a adjudicação pela menor oferta, o que, na ausência de procedimentos adequados para recebimento do objeto, pode comprometer a qualidade dos bens e serviços adquiridos pelo poder público. Economicamente, os requisitos de qualificação técnica e “as exigências de capacidade financeira visam corrigir (ainda que o façam de maneira imperfeita) o problema da seleção adversa” (Fiuza, 2009, p. 262).

Nas licitações, a seleção adversa ocorre justamente pela adjudicação do objeto a empresas com mais tendência a não executar satisfatoriamente o contrato, aumentando o risco de inadimplemento e a chamada *winner's curse*.³⁴ Afinal, firmas em pior situação financeira tendem a oferecer propostas mais agressivas, e fornecedores de produtos e serviços de menor qualidade costumam ter disposição maior a cortar custos para reduzir preços.

34. Segundo Albano *et al.* (2006, p. 272-273), a “maldição do vencedor” está relacionada à oferta de propostas muito baixas ou insuficientes para cobrir os custos relacionados à execução do objeto, aumentando o risco de inadimplemento (*default risk*).

Esse quadro é agravado pela formação deficiente da maior parte dos servidores da área de compras, que não se encontra estruturada em carreiras específicas. Normalmente, o treinamento não passa do mínimo necessário para operar os sistemas eletrônicos da administração, especialmente os módulos para a realização de pregões, empenhos e pagamentos. Em contrapartida, a postura defensiva dos gestores é moldada pela prática, a partir de respostas a impugnações, recursos e pedidos de informações em licitações e em auditorias – em que a preocupação mais frequente é justificar a própria conduta perante os órgãos de controle, à luz da legislação e da jurisprudência, evitando assim sua responsabilização pessoal.³⁵

Saussier e Tirole (2015, p. 11), comentando estudo realizado pela Union des Groupements d'Achats Publics (Ugap), a central de compras francesa, em 2011, afirmam que a gestão das compras públicas não deve ficar limitada a quadros “*with an exclusively legal background, which is essential to ensuring that the procedures comply with the relevant legislation but not enough to truly optimise the public procurement system*”. Porém, a realidade da França, onde “*63% of public buyers do not have a legal profile*” (Saussier e Tirole, 2015, p. 11), contrasta fortemente com o Brasil. Aqui, a necessidade de conhecimentos jurídicos por parte dos gestores decorre da complexidade do arcabouço normativo que disciplina as contratações públicas no país, ladeada pela necessidade de que os procedimentos sejam julgados regulares pelos Tribunais de Contas.

O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) limita a responsabilidade do agente público somente aos casos de dolo ou erro grosseiro. O dispositivo ainda é recente (foi incluído em 2018) e pode contribuir para modificar esse cenário. Todavia, mesmo diante da nova regra da LINDB e da possibilidade legal de recorrer a outros instrumentos ou modalidades de contratação, a preferência pelo pregão ainda é justificada pelo receio de que um grau maior de abertura à inovação venha a ser interpretado pelos órgãos de controle como restrição à competitividade ou à economicidade da contratação. Tornar o procedimento o mais objetivo possível é parte importante dessa tendência e reforça a aplicação, quase que inercial, da modalidade pregão no Brasil.

35. “A rigidez dos procedimentos estabelecidos pela lei – à qual se submetem universidades e agências de fomento, por exemplo – e o tempo gasto em seu cumprimento não são compatíveis com a dinâmica da pesquisa em CTI. Quando, por outro lado, essas instituições se valem das exceções à regra geral de obrigatoriedade de licitação para contratação (que, por seu turno, requerem justificativa prévia), também previstas na lei, são frequentemente questionadas em sua legitimidade por órgãos controladores” (Coutinho e Mouallem, 2016, p. 208).

4.1.2 Definição prévia das características técnicas do objeto como premissa para licitar e contratar

Um segundo limite que compromete o emprego do pregão para contratações de inovação reside na necessidade de definir *ex ante* as especificações técnicas do objeto a ser contratado. Nas licitações destinadas à contratação de bens, serviços e obras, os arts. 6º, inciso IX; 7º e 15, §7º da Lei nº 8.666/1993, bem como o art. 3º, inciso II da Lei do Pregão, estabelecem o dever de descrever previamente “todos elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços”, exigindo a “especificação completa do bem a ser adquirido”, de modo que a definição do objeto seja “precisa, suficiente e clara” (Brasil, 1993). A descrição insuficiente ou imprecisa dos aspectos técnicos é, inclusive, uma das causas mais frequentes de apontamentos dos Tribunais de Contas em licitações, nos termos da Súmula nº 177 do TCU.³⁶

Parece ser consenso que a prévia definição do bem ou serviço que se quer contratar é importante para as compras públicas em geral, sobretudo para bens e serviços padronizados e homogêneos, nos quais a diferenciação é menor e a concorrência, mais intensa. Contudo, quando transposto para o contexto diverso das contratações de inovação,³⁷ esse aspecto do pregão pode representar um obstáculo de relevo, pois impede a participação de fornecedores na construção da solução a ser contratada.

Cabral *et al.* (2006), em estudo comparando a contratação de inovação por atores públicos e privados, concluíram que o envolvimento dos fornecedores é fundamental para a definição adequada do objeto em contratações de inovação, contribuindo assim para a sua especificação, redução de assimetrias informacionais e aferição da sua viabilidade técnica (Cabral *et al.*, 2006, p. 516).

De fato, deslocar o foco do objeto para o problema subjacente à contratação permite explorar o potencial do setor privado para apresentar soluções inovadoras a desafios de relevância pública. Contudo essa possibilidade praticamente inexistente na modalidade pregão, que, como dito, não foi pensada para inovação,³⁸ mas pode auxiliar, reflexamente, na difusão de bens e serviços inovadores introduzidos no mercado.

36. Enunciado nº 177 da Súmula do TCU: “a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão” (TCU, 1982).

37. “If the objective of public procurement is to foster innovation as a means to target social and/or agency needs, the public buyer must avoid the translation of desired functionalities into technical specifications. This translation must be done by the potential supplier. Regardless, such practice is antithetical to the incentives of public purchasing managers who are inclined to minimize risk exposure. Risk reduction can be achieved either by procuring off-the-shelf products or by determining technical specifications in detail” (Edquist *et al.*, 2015, p. 15).

38. “We have argued that regular procurement has nothing to do with innovation; that is, it is not an innovation policy instrument” (Edquist e Zabala-Iturriagoitia, 2012, p. 1767).

4.1.3 Reduzida flexibilidade para a escolha do procedimento de contratação mais adequado ao caso concreto

Outro aspecto a ser considerado é a rigidez do procedimento do pregão, que é fixo e não admite variações conforme as características do objeto a ser licitado. Nesse sentido, o pregão difere bastante do art. 16 da Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), do art. 51 da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) e até mesmo da regra prevista para a modalidade *concorrência* no art. 56 da nova Lei de Licitações de Contratos, que permitem combinar de maneira eficiente as virtudes pró-concorrenciais de leilões abertos com as vantagens anticolusivas de leilões fechados, estruturando o procedimento da forma e segundo os objetivos que o poder público entender mais adequados ao caso concreto.

Klemperer (2004, p. 9-61) e Krishna (2010, p. 173-184) classificam os leilões em abertos ou fechados, os quais podem ser combinados em inúmeras possibilidades de leilões multidimensionais e procedimentos mistos. Existe um *trade off* importante entre o grau de concorrência e a complexidade do objeto contratado, o qual torna mais eficiente, conforme o caso, realizar um procedimento competitivo ou partir para negociações diretas com o fornecedor (Bulow e Klemperer, 1996, p. 180-181).

Em síntese, no leilão aberto, o preço é determinado de forma dinâmica por meio de lances sequenciais (*dynamic auction*), ascendentes ou descendentes. Cada lance é uma sinalização de preço aos demais competidores. Por isso, o leilão aberto é mais exposto a comportamentos colusivos, mas tende a ser mais eficiente, alavancando a concorrência e reduzindo preços, quando o objeto for pouco complexo e houver mais homogeneidade entre os fornecedores (Albano *et al.*, 2006, p. 269).

Nos leilões fechados, os lances são apresentados secreta e simultaneamente, em envelopes fechados (*sealed-bid*), sagrando-se vencedor o participante que apresentar a melhor oferta. Como as propostas são únicas e serão conhecidas apenas no momento do procedimento, os interessados são estimulados a oferecer desde logo o preço mais próximo possível dos seus custos.

À luz da teoria dos leilões, o procedimento do pregão corresponde a um leilão reverso misto, composto por uma fase de entrega de propostas fechadas seguida da realização de uma etapa de lances abertos e decrescentes. Nesse sentido, assemelha-se ao modo de disputa fechado-aberto. Contudo, além da limitação em relação aos critérios de julgamento (menor preço ou maior desconto, nos termos do art. 6º, XLI da Lei nº 14.133/2021), no pregão não existe a possibilidade de deixar livre ao edital a escolha do procedimento, impedindo combinações para atender às particularidades do caso concreto.

BOX 1

Pregão versus inovação? O confuso pregão do Poupatempo no PitchGov.SP

Se em programas de inovação aberta a etapa da contratação representa um grande desafio, a modalidade pregão, infelizmente, não parece ser a resposta mais adequada para solucioná-lo. É o caso, por exemplo, da *startup* Nama, que venceu a primeira edição do PitchGov.SP, na modalidade facilidades ao cidadão, com o Poupinha – um *chatbot* de atendimento aos usuários do Poupatempo que permitia o agendamento e o esclarecimento de informações e dúvidas pelo *site* e pelas redes sociais do programa (Paiva e Romitelli, 2018).

Seguindo o modelo previsto no Decreto Estadual nº 61.492/2015, do estado de São Paulo, os testes do programa PitchGov.SP foram realizados ao longo de 2016 por meio da celebração de um convênio com o estado, sem repasse de recursos. Tendo em vista o interesse na ferramenta – que trocou mais de 71,3 milhões de mensagens e realizou cerca de 2,5 milhões de agendamentos em um ano (Estado de São Paulo, 2019, p. 81-82) – a Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo (Prodesp) realizou o Pregão Eletrônico nº 75/2017 para contratar a “prestação de serviços para implementação de assistente virtual inteligente nos canais virtuais do Programa Poupatempo”.

No certame, a empresa Direct Talk ofereceu proposta de melhor valor que a Nama, mas, ao fim, foi inabilitada pela Prodesp por falhas nos documentos de habilitação. O pregão foi suspenso por determinação judicial¹ e, para não ficar sem o serviço que pretendia contratar, a Prodesp optou por desenvolver internamente a tecnologia, tendo-a implementado em junho de 2018.

Esse caso ilustra muito bem como a rigidez do critério menor preço afeta a seleção da melhor solução inovadora a ser contratada, reforçando o entendimento de que o pregão não é o instrumento mais adequado para contratar inovações, mesmo de menor complexidade, caráter incremental e reduzido grau de incerteza, como o *chatbot* do Poupatempo. Além disso, reforça a dificuldade em qualquer processo de PPI, em que muitas vezes a solução que tem mais potencial de atender à necessidade do contratante tem de competir com outras soluções em termos de preço.

Fontes: Estado de São Paulo (2019); Paiva e Romitelli (2018); e Nama, disponível em: <<https://bit.ly/3zcN0xE>>.

Nota: ¹ A decisão do Mandado de Segurança impetrado pela empresa Direct Talk Comércio e Tecnologia S.A., proferida no Processo nº 1006293-92.2017.8.26.0609 pela Primeira Vara Cível de Taboão da Serra, reconheceu a ilegalidade do ato administrativo que inabilitou a Direct Talk e adjudicou o objeto do Pregão Eletrônico nº 075/2017 à licitante Nama Software LTDA. O certame foi retomado apenas em outubro de 2019, sagrando-se vencedora a Direct Talk. A ata do pregão eletrônico, contendo a nova negociação realizada pela Prodesp, está disponível em: <<https://bit.ly/3Q9fhMx>>. Acesso em: 20 out. 2021.

4.2 Boas práticas

Como apresentado na seção anterior, entende-se que o pregão não é o instrumento mais adequado para contratar inovação no Brasil. Contudo, pensando em usá-lo como instrumento para acelerar a difusão de inovações já introduzidas no mercado, a modalidade poderia inserir-se no contexto das PPIs, desde que, dadas as suas limitações, resem bem compreendidos os limites do objeto e sejam adotadas boas práticas em sua aplicação.

Para tanto, esta seção formula duas recomendações – importância do planejamento da contratação e ações para diminuição de assimetrias de informação entre a administração pública e o mercado – e a seção seguinte analisa de forma mais detalhada que tipos de soluções inovadoras podem ser contratadas por meio do pregão.

4.2.1 Importância do planejamento adequado para a contratação pública

O planejamento é uma etapa necessária não somente para a modalidade pregão, mas também para qualquer contratação pública. Elevado pela nova Lei de Licitações e Contratos à condição de princípio (art. 5º), o adequado planejamento das contratações públicas “tem tamanha importância a ponto de ser possível sustentar que se trata de fator determinante para o sucesso ou fracasso da competição e da própria contratação almejada” (Guimarães, 2021, p. 46).

O art. 18 da Lei nº 14.133/2021 descreve que a fase preparatória ou interna do processo licitatório corresponde à fase de planejamento, e é caracterizada por uma série de análises “técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação”, tais como a descrição da necessidade, a definição do objeto e condições de execução, orçamento, regime de execução contratual, modalidade de licitação, entre outros (Brasil, 2021).

Nessa linha, apresentam-se a seguir algumas recomendações importantes para a correta execução da etapa de planejamento da contratação.

Instituição de equipe de planejamento da contratação

A equipe de planejamento é um grupo de servidores(as) que reúnem competências para a execução do planejamento da contratação, incluindo experiência sobre questões técnicas relacionadas à demanda, ao objeto, bem como outras competências que sejam necessárias.

A título exemplificativo, a Instrução Normativa nº 1/2019, da SGD/ME, que dispõe sobre o processo de contratação de soluções de tecnologia da informação e comunicação (TIC) no Poder Executivo federal, elenca a “instituição da equipe de planejamento da contratação” como uma das etapas do planejamento da contratação (Brasil, 2019).

Na prática, as experiências e os conhecimentos variados (sobre demanda, aspectos técnicos e contratações, entre outros) possibilitam uma análise e planejamento adequados, e vêm ao encontro dos objetivos dessa etapa da contratação. Nesse sentido, recomenda-se que a equipe de planejamento seja constituída, ao menos, pelos integrantes descritos a seguir.

- 1) Integrante técnico: servidor representante da área de TIC, indicado pela autoridade competente dessa área.
- 2) Integrante administrativo: servidor representante da área administrativa, indicado pela autoridade competente dessa área.
- 3) Integrante requisitante: servidor representante da área requisitante da solução, indicado pela autoridade competente dessa área.

O investimento em capital humano também é importante para apoiar as compras públicas, especialmente em se tratando de soluções inovadoras. Apontam Fiuza e Medeiros (2014, p. 94) que um dos principais fatores institucionais que prejudicam a eficiência das compras públicas é a “estrutura de capital humano inadequada”, tanto pela ausência de carreira específica de especialista em compras públicas, quanto pela ausência de incentivos para a formação daqueles que exercem essa função.

Elaboração de plano de contratações anual

O plano de contratações anual, previsto no art. 12, inciso XII, da nova Lei de Licitações e Contratos, pretende “racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias” (Brasil, 2021). Muito embora seja facultativo, resta claro que é um importante instrumento de apoio à gestão orçamentária e ao uso eficiente de recursos públicos.

Além disso, pode contribuir para “mitigar aquisições desnecessárias, fracionamentos ilegais de objetos/despesas, bem como contratações com recursos orçamentários insuficientes ou até mesmo que possam comprometer o orçamento público” (Guimarães, 2021, p. 46). O art. 11, parágrafo único, da nova Lei de Licitações e Contratos estabelece que a alta administração é “responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e respectivos contratos” (Brasil, 2021), a fim de promover eficiência, efetividade e eficácia nas contratações e assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias.

No que diz respeito à inovação, é importante que a definição da demanda do setor público não dê espaço à aquisição de bens e serviços defasados e/ou obsoletos, o que gera incentivos a empresas menos inovadoras. O plano, para exercer de fato o seu papel enquanto peça de planejamento, precisa ser alinhado com o mercado para poder introduzir, na administração, novos produtos, serviços e processos.

Elaboração de estudo técnico preliminar

O estudo técnico preliminar (ETP), previsto na Instrução Normativa Seges/ME nº 40/2020, é o “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação”, e “dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico”, nos termos do art. 6º, inciso XX, da Lei nº 14.133/2021 (Brasil, 2021).

Em que pese a crítica de que seu preenchimento terminará por burocratizar e tornar a etapa preparatória mais morosa, especialmente em órgãos e entidades que não contem com pessoal suficiente para tais atribuições (Guimarães, 2021,

p. 51), a elaboração do ETP pode contribuir para um planejamento adequado e, principalmente, para a identificação de contratações que não sejam viáveis, tanto do ponto de vista técnico e/ou econômico.

O ETP permite que o órgão ou a entidade contratante colha insumos para a análise da viabilidade técnica e econômica da contratação, reduzindo também assimetrias informacionais. Segundo o art. 18, §1º da nova Lei de Licitações e Contratos, o ETP deverá “evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação” (Brasil, 2021). E o conhecimento profundo do problema, como dito anteriormente, é uma premissa fundamental nas contratações públicas de inovação.

O art. 18 da nova Lei de Licitações e Contratos elenca, em seu §1º, os elementos que deverão constar do ETP. O § 2º, a seu tempo, estabelece que ao menos os itens a seguir deverão necessariamente fazer parte do estudo, devendo ser justificado o porquê do não preenchimento dos demais itens no caso concreto.

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina (Brasil, 2021).

Esses itens, aliados ao adequado estudo e planejamento da contratação, podem contribuir para as PPIs. O melhor entendimento sobre o problema ou desafio público a ser endereçado e a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação podem dar mais clareza ao gestor público sobre que tipo de solução pode ser contratada.

4.2.2 Redução de assimetrias de informação

Como destacado anteriormente, a assimetria informacional entre o poder público e o mercado é uma das principais causas de ineficiências em contratações de inovação (Cabral *et al.*, 2006, p. 516).

O processo licitatório, em si, já é um instrumento apto para a diminuição dessas assimetrias, pois permite que a administração interaja com fornecedores para, então, modelar a contratação e selecionar a proposta mais vantajosa (Nóbrega e

Jurubeba, 2020, p. 13). Nesta seção, serão apresentados alguns procedimentos que podem ser adotados no pregão com essa finalidade, sobretudo quando o objeto da contratação esteja ligado, direta ou indiretamente, à inovação.

Realização de consultas e audiências públicas

Audiências e consultas públicas são importantes instrumentos para conferir publicidade aos atos administrativos, colher contribuições do mercado e da sociedade sobre determinada demanda e garantir o envolvimento de atores da sociedade civil em processos de tomada de decisão.

No caso específico do pregão, a realização de consultas e audiências pode contribuir com a administração das maneiras descritas a seguir.

- 1) Conhecer e definir de forma mais clara o objeto a ser adquirido, bem como sua especificação técnica e possíveis padrões de mercado (analisando-se, por exemplo, se o bem ou serviço é de natureza comum ou especial).
- 2) Avaliar se há soluções de mercado que atendam à demanda (auxiliando, assim, na definição sobre a melhor modalidade de aquisição).
- 3) Apresentar, validar e colher contribuições e sugestões de alteração a um ETP ou termo de referência.

A importância da consulta ao mercado é referendada em programas de compras públicas de inovação na experiência estrangeira. Por exemplo, o Programa Horizon 2020 da União Europeia mencionava, em seu documento de diretrizes *Work Programme 2016-2017*, que a consulta ao mercado com potenciais licitantes e usuários-finais deve ser realizada para informar os interessados antecipadamente sobre o projeto de PPI, bem como para esclarecer o objetivo da contratação. Além disso, as informações coletadas devem apoiar o poder público na redução das assimetrias informacionais acerca das especificações técnicas:

Information retrieved from this consultation about the gap between perceived procurement needs and on-going industry developments must be taken into account in the PPI tender specifications, so that the PPI duly focuses on 'early adoption' of 'innovative' solutions (European Commission, 2017, p. 26).

Nesse mesmo sentido, o guia *Procurement for Innovative Proposals*, da agência holandesa PIANOo (2011, p. 5-6), ao apresentar a etapa de planejamento da contratação e avaliação da demanda (*needs assessment*), reforça a importância da relação com fornecedores e usuários-finais, que pode ser realizada das formas descritas a seguir.

- 1) Pesquisa de mercado, que pode ser feita coletando informações de organizações, consultando bancos de patentes ou visitando feiras e eventos especializados.
- 2) Rodadas de discussão com potenciais fornecedores, a fim de validar as ideias, receber ideias do mercado e verificar o interesse de potenciais licitantes.
- 3) Elaboração de um documento estratégico sobre a demanda, que pode ser tornado público a fim de colher contribuições e ideias sobre como o mercado pode apoiar o atendimento a essa necessidade.
- 4) Desenvolvimento de uma página *web* dedicada especificamente ao projeto, para garantir publicidade e transparência sobre a demanda e permitir que potenciais fornecedores ofereçam contribuições sobre a proposta e suas especificações.

A respeito, o art. 21 da nova Lei de Licitações e Contratos prevê que audiências ou consultas públicas podem ser realizadas presencialmente ou a distância, cabendo à administração disponibilizar previamente aos interessados “informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação” (Brasil, 2021).

É importante que o órgão ou a entidade publique com antecedência um edital, chamada pública ou instrumento equivalente contendo os prazos e os formatos para o recebimento de contribuições. Junto do instrumento convocatório, devem ser compartilhados documentos e as informações públicas disponíveis até o momento (por exemplo, estudos técnicos preliminares, termos de referência ou outros) para que a sociedade e o mercado possam, de fato, contribuir com o problema enfrentado. Recomenda-se, após a finalização da consulta ou audiência, que o órgão ou a entidade reúna as contribuições apresentadas em um documento ou relatório final, contendo as suas próprias considerações e eventuais decisões acerca do tema.

O box 2 trata do programa Compra Pública Inovadora do Chile e apresenta como boa prática, voltada à redução de assimetrias, a cocriação de especificações técnicas a serem licitadas em diálogo com o mercado. Entende-se que as consultas ou audiências públicas podem contribuir para que a administração colha contribuições do mercado e possa aprimorar a especificação do objeto a ser licitado, o que é particularmente importante para um pregão, em que há a necessidade de se definir previamente as características técnicas no termo de referência.

BOX 2

Cocriação de especificações técnicas na experiência do Chile, no programa Compra Pública Inovadora

Moñux e Uyarra (2016) destacam que apenas o Brasil e a Colômbia, na América Latina, possuem legislação específica para a contratação de atividades de P&D pela administração pública.¹ No Chile, *"there is no legal framework for R&D or for PPI-PCP. However, there is a common understanding that these procedures can take place under the current legislation and the guidance of ChileCompra"* (Moñux e Uyarra, 2016, p. 203). Na prática, isso significa que as contratações de inovação no Chile são regidas pela mesma legislação que regula as aquisições, os serviços e as obras de caráter comum. Isso reforça a perspectiva chilena de incorporar inovação tanto aos processos quanto aos objetivos das compras públicas, conectando as duas agendas no país.

Nesse contexto, o programa Compra Pública Inovadora buscou ajudar as organizações públicas chilenas a empregar o seu poder de compra para, a um só tempo, introduzir inovação nos processos de contratação pública e, também, estimular a contratação de produtos e serviços inovadores por órgãos e entidades estatais.² O programa, executado em parceria pelo Laboratorio de Gobierno e pela agência central de compras públicas, a ChileCompra, realizou três contratações-piloto entre 2016 e 2018 para *"testear a pequeña escala acciones que propicien una compra pública innovadora y generar recomendaciones útiles para áreas de compra de todos los 850 organismos públicos del Estado"*.³

A realização de pilotos em pequena escala foi fundamental para a mudança de mentalidade dos gestores, criando uma espécie de *sandbox* com menores riscos a serem internalizados nos processos de compra. Para tal, foram selecionadas as demandas de três órgãos públicos – o Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), o Parque Metropolitano de Santiago (Parquemet) e os Carabineros de Chile – e o LabGob aplicou metodologias de *design thinking* que auxiliassem cada organização a identificar as suas necessidades e a conceber os processos de compra pública, de forma a permitir a aquisição de soluções que correspondessem, efetivamente, às suas expectativas (Universidad de Chile e Laboratorio de Gobierno, 2018, p. 11-50).

Elaboração dos autores.

Notas: ¹ *"There are no specific laws for public procurement of innovation or for public contracting of R&D services per se. Some government officials interviewed underscored the need to develop such a regulatory framework"* (Moñux e Uyarra, 2016, p. 188).

² *"A key distinctive feature of the Chilean policy in PPI-PCP is a simultaneous interest in fostering both PPI and innovation in public procurement. As stated by Labgob, although these are two different objectives, they are both intertwined in the Chilean rationale, as 'innovation in processes of public procurement should be introduced in other to achieve PPI': as such, the participation of Labgob, at least providing methodological support, in both initiatives contributes to guaranteeing consistency between the actions taken in both areas"* (Moñux e Uyarra, 2016, p. 199).

³ Disponível em: <<https://bit.ly/3voUQmG>>. Acesso em: 22 out. 2021.

O quadro 3 nos permite compreender que, mesmo na ausência de um marco legal de incentivo à P&D e instrumentos de PCP e PPI, o Programa Compra Pública Inovadora se valeu de criatividade institucional e experimentação para inovar no processo de compra pública e contratar soluções inovadoras para resolver desafios públicos.

Nesse mesmo sentido, entende-se que o pregão pode ser aprimorado com inovações no processo de compra, especialmente na fase preparatória, como destacado nesta seção, bem como pode ser utilizado para difundir soluções inovadoras no governo e incentivar a inovação em empresas, apesar de suas limitações apresentadas anteriormente.

QUADRO 3
Projetos-piloto realizados no Programa Compra Pública Inovadora (2016-2017)

	Sernac	Parquemet	Carabineros de Chile
Desafio	Aprimorar a experiência dos consumidores no processo de reclamação <i>online</i> no portal <i>web</i> do Sernac.	Melhorar a qualidade da água utilizada para irrigação por meio de um sistema de filtragem, reduzindo os custos de manutenção.	Desenvolvimento de um novo tipo de calçado, mais cômodo e adequado ao clima, ao terreno e a outros fatores, para patrulha urbana.
Usuários	Consumidores e usuários do Sernac.	Visitantes e funcionários do Parquemet (quarto maior parque urbano no mundo; o maior na América Latina).	Policiais envolvidos em trabalho externo urbano (120 mil de pares/ano).
Características	O Sernac já possuía um comitê de inovação atuando de maneira transversal, desde 2015. Isso contribuiu para que o foco principal fossem os usuários da página (<i>user-driven</i>).	Inovação para o aprimoramento da gestão pública e sustentabilidade ambiental dos processos. Participação ativa dos funcionários do Parquemet (e não só das diretorias) na definição das necessidades.	Inovação com foco em usuários (<i>user-driven</i>). Desenvolvimento de protótipo e re-realização de testes antes da licitação para o fornecimento em escala.
Inovações no processo de compra pública	Cocriação de novos critérios de julgamento, sob o aspecto técnico, para licitar o protótipo da página <i>web</i> para receber reclamações dos consumidores.	Realização de consultas de mercado por meio de <i>request for information</i> (RFI), o que cria um contexto de transparência que estreita o diálogo entre contratantes e fornecedores. Cocriação das especificações técnicas a serem licitadas mediante articulação com a indústria.	
Legado	O aprendizado no piloto incentivou o Sernac a implementar o projeto <i>Cuentas claras, simples y transparentes</i> .	Instalou-se um comitê de inovação para resolver outros desafios do Parquemet (vigilância, jardinagem, limpeza etc.).	Foi criado um departamento de pesquisa, desenvolvimento e inovação na estrutura dos Carabineros de Chile.

Fonte: ChileCompra (2018, p. 58); Universidad de Chile; e Laboratorio de Gobierno (2018, p. 11-50). Disponível em: <<https://bit.ly/3vq5QQZ>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

Elaboração dos autores.

Realização de pesquisa de mercado

A pesquisa de mercado consiste em atividade executada durante o planejamento da contratação, para conhecer soluções disponíveis no mercado a fim de atender à demanda do órgão ou da entidade. Mais do que apoiar a administração na definição do preço de referência da contratação, essa etapa oferece insumos para a administração pública entender se há soluções e potenciais fornecedores disponíveis no mercado para atender à demanda, além de oferecer subsídios para escolha da opção mais vantajosa de aquisição, levando em conta aspectos de economicidade, eficácia, eficiência e padronização.

Como exemplo de boa prática, o box 2 o quadro 3 apresentam alguns casos e experiências bem-sucedidas do programa Compra Pública Inovadora do Chile e reforçam que uma das inovações realizadas no processo de compra pública foi a realização de consultas de mercado por meio de RFI, instrumento elaborado pelo contratante e encaminhado aos potenciais fornecedores a fim de obter mais informações sobre o setor e as soluções, resultando em mais transparência e conhecimento do mercado.

Como dito anteriormente, o melhor conhecimento sobre as soluções de mercado, os potenciais fornecedores e inclusive os preços praticados se faz necessário para reduzir as assimetrias de informação, definição de estimativas de despesa e entendimento sobre qual a melhor alternativa ou modalidade para contratação (dado que a pesquisa pode demonstrar se há soluções de mercado disponíveis, ou inclusive se há somente um fornecedor exclusivo, por exemplo, abrindo-se a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação). Além disso, os comentários e apontamentos que o mercado pode trazer sobre a solução demandada podem ser levados em consideração, durante o planejamento da contratação, a fim de aprimorar a definição do objeto, especificação técnica e outros aspectos.

O art. 23 da nova Lei nº 14.133/2021 define que a estimativa de valor da contratação deve ser compatível com preços praticados no mercado. Para conhecê-los, há fontes de pesquisa previstas no § 1º do mesmo dispositivo, conforme resumido adiante.

- 1) Contratações similares feitas pela administração pública, em execução ou concluídas no período de um ano anterior à data da pesquisa de preços.
- 2) Utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo.
- 3) Pesquisa direta com no mínimo três fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de seis meses de antecedência da data de divulgação do edital.
- 4) Pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas.

As fontes de pesquisa apresentadas aproveitam as referências e fontes da Instrução Normativa SGD/ME nº 73/2020, que dispõe sobre a realização de pesquisa de preços na administração pública federal.

Por fim, uma boa prática nessa etapa é registrar todos os preços, os fornecedores e as informações coletados (como foi feito o levantamento, quais as fontes de pesquisa de preço utilizadas, quais os potenciais fornecedores consultados, as datas de pesquisa, endereço *web*, se for o caso, entre outras informações).

Realização de prova de conceito e análise de amostras

A nova Lei de Licitações estabelece, em seu art. 17, § 3º, a possibilidade de realizar análise e avaliação de conformidade da proposta do licitante provisoriamente vencedor, por meio de “homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico” (Brasil, 2021).

Trata-se de instrumento do qual gestores podem se valer, no pregão presencial e eletrônico, para apoiar a seleção da melhor proposta, devendo-se justificar a sua utilização (Niebuhr, 2020, p. 212).

Muito embora não deva ser a regra em processos licitatórios, a prova de conceito ou análise de amostras permite avaliar a qualidade, as características e o desempenho da solução ofertada e verificar a adequação entre o objeto oferecido pelo licitante e a especificação técnica estabelecida em edital. Pode vir a ser exigida quando, por razões apresentadas pela administração, as propostas oferecidas pelos licitantes não sejam suficientes para a análise da solução, ou seja, para o controle de qualidade do que é ofertado (Niebuhr, 2020, p. 211).

Na prática, a sessão pública é suspensa pelo pregoeiro para que, com auxílio de sua equipe de apoio, seja examinada a amostra ou resultado da prova de conceito referente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. Seguidas as recomendações do TCU, a análise de amostras e prova de conceito deve ser exigida somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, não podendo ser exigida como condição para habilitação.³⁹ Caso seja satisfatório, o pregoeiro atesta a adequação do objeto ofertado na proposta com o termo de referência e procede ao exame da aceitabilidade do preço, passando após à habilitação do primeiro colocado.

A nova Lei de Licitações e Contratos inova ao prever, no art. 41, inciso II, a possibilidade de se exigir amostra ou prova de conceito de bens “no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços” (Brasil, 2021), como se verá a seguir. De todo modo, pode ser realizada tanto em pregões presenciais quanto eletrônicos, devendo-se registrar em relatório as atividades realizadas e o atendimento ou não da solução aos requisitos.

Utilização de procedimentos auxiliares da nova Lei de Licitações e Contratos

A Lei nº 14.133/2021 estabelece uma série de procedimentos auxiliares à licitação, a fim de “propiciar uma maior eficiência, eficácia, celeridade e até mesmo economicidade aos processos de contratação”, caracterizando-se por procedimentos anteriores à licitação e à contratação (Guimarães, 2021, p. 155).

39. Seguem adiante acórdãos do TCU sobre análise condições de exigência de análise de amostra ou prova de conceito: Acórdão TCU nº 2.763/2013-Plenário: “Enunciado: A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados, pode ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal” (TCU, 2013).

Acórdão TCU nº 1.634/2007-Plenário: “Na modalidade pregão, é vedada a exigência de apresentação de amostras antes da fase de lances, devendo a obrigação ser imposta somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar” (TCU, 2007).

Acórdão TCU nº 2.932/2009-Plenário: “Exija, em processos licitatórios, prova de conceito ou apresentação de amostras, documente os procedimentos que atestaram a avaliação e a homologação ou rejeição do objeto licitado, atentando para a descrição dos roteiros e testes realizados e sua vinculação com as características técnicas e funcionalidades desejadas, em obediência aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim da publicidade e da motivação, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e no art. 2º da Lei nº 9.784/1999” (TCU, 2009).

Este capítulo se aprofunda em dois deles, que podem contribuir para a contratação de inovação no pregão: a pré-qualificação e o procedimento de manifestação de interesse (PMI) que é tratado em detalhes no capítulo 6 deste livro.

QUADRO 4 Pré-qualificação

O que é?	Procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto.
Para quê?	Utilizado para selecionar previamente: i) licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação; ou ii) bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela administração. Em outras palavras, na pré-qualificação, é possível à administração colher informações sobre licitantes e soluções, podendo-se inclusive coletar amostras de produtos, para antecipar etapas que seriam realizadas no processo licitatório, resultando em mais celeridade, eficiência e economicidade, especialmente no caso de fornecimentos rotineiros (Guimarães, 2021, p. 161).
Como?	Deve ser realizada por meio de edital de chamamento público e permanecer aberta para possíveis interessados a qualquer tempo. Além disso, o edital deverá conter informações sobre o objeto, a modalidade de licitação e os critérios de julgamento. Proponentes se inscrevem, apresentando seus documentos, que são analisados pelo órgão ou pela comissão, no prazo máximo de dez dias. Os bens e serviços pré-qualificados devem integrar um catálogo de bens e serviços da administração, que serão divulgados e mantidos à disposição do público. O catálogo tem prazo de validade de um ano ou não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados. Por fim, importa destacar que a futura licitação poderá ser restrita a licitantes ou a soluções pré-qualificadas.

Elaboração dos autores.

QUADRO 5 PMI¹

O que é?	O PMI, realizado por meio de edital de chamamento público, visa receber, da iniciativa privada, propostas de soluções para desafios públicos, ou projetos que possam ser implementados visando à satisfação do interesse público.
Para quê?	O PMI pode contribuir para incentivar o diálogo e a redução de assimetrias de informação entre governo e mercado, por exemplo, sobre soluções inovadoras que possam contribuir com questões e desafios públicos. Nas palavras de Guimarães (2021, p. 165), no PMI, o mercado "oferece sua <i>expertise</i> visando ao aprimoramento de serviços e políticas públicas já existentes, como também expõe novas ideias, soluções e inovações para situações do cotidiano do Estado", informações estas que poderão apoiar a administração pública a instruir futuro processo licitatório.
Como?	O PMI tem início com a publicação de edital de chamamento público convocando interessados a oferecer estudos, investigações, levantamentos e projetos, bem como propor soluções inovadoras. Importa destacar que o PMI não vincula a administração a instaurar licitação, não atribui direito de preferência em futura licitação para os participantes, não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração e, por fim, só será remunerado pelo vencedor de eventual licitação. Por fim, o § 4º do art. 81 permite restringir o PMI a <i>startups</i> , o que pode configurar um importante caminho para a proposição de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, conforme dispõe o art. 81, <i>caput</i> , da nova Lei de Licitações.

Elaboração dos autores.

Nota: ¹ Para mais detalhes, ver capítulo 6 desta obra.

A pré-qualificação, em especial, pode ter um impacto de grande relevo nas compras públicas brasileiras. No que se refere aos bens, a oportunidade de prévio exame das características técnicas não somente valoriza a qualidade, mas também possibilita a redução de assimetrias de informação e abre um terreno importante para mitigar, no pregão, o risco de seleção adversa decorrente da seleção do menor preço. Nesse mesmo sentido, ao fim de uma PMI, a administração pública poderá ter mais informações para avaliar se o bem ou serviço inovador possui características que permitam sua contratação por meio de pregão.

4.3 Utilização do pregão como instrumento de PPI

Feita a análise de boas práticas que podem apoiar a contratação de soluções inovadoras por pregão, resta agora buscar entender quais as possibilidades de uso da modalidade para incorporar tais soluções na administração pública e, por consequência, estimular a inovação.

Como dito anteriormente, o pregão não é alternativa de contratação pré-comercial ou realização de atividades de P&D. Para tal, há instrumentos mais adequados, que são analisados pormenorizadamente em outros capítulos desta obra. Contudo, há de se avaliar como utilizar o pregão como instrumento de PPI e que soluções inovadoras podem vir a ser objeto de contratação por pregão.

Com relação ao objeto, os instrumentos de PPI não precisam estar relacionados à contratação de soluções tecnológicas de ponta. A limitação da compra pública para inovação somente a soluções inovadoras (isto é, novos produtos, serviços ou processos) exclui categorias de inovação incremental (por exemplo, a “agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho”, na redação da Lei de Inovação) e limita a análise a um escopo pequeno de soluções, que provavelmente constituem somente uma pequena proporção entre todos os bens e serviços contratados (Uyarra e Flanagan, 2009, p. 8).

The prevailing definitions do not account for innovation through the recombination of existing goods or services, innovation in the delivery of existing services, and exclude most process innovations. In addition, emphasis is placed on the direct effects of procurement on innovation whilst the possibility of indirect impacts and wider spillover effects are downplayed (Uyarra e Flanagan, 2009, p. 3).

Ao ampliar o conceito do que é compra pública para inovação, ou seja, não restrita a inovações radicais (*new to the world*), mas considerando também inovações incrementais, é possível compreender como o pregão pode ser utilizado para a incorporação de soluções inovadoras na administração pública e incentivo à inovação, gerando impacto substancial ao influenciar a demanda por inovação no mercado.⁴⁰

Ainda em relação ao objeto, Uyarra e Flanagan (2009) formulam uma matriz com quatro tipologias de compras públicas, conforme resumido adiante.

40. Edquist e Hommen (2000) diferenciam compra pública para inovação “desenvolvimental” de “adaptativa”, em que a primeira ocorre com a criação de produtos, processos e sistemas completamente novos, enquanto a segunda é a aquisição de bens e serviços não novos para o mundo, mas novos para o país de aquisição (Edquist e Hommen, 2000, p. 21). Nesse sentido, Uyarra e Flanagan (2009) comentam que, embora muitas vezes sejam altamente visíveis, esses casos de inovação desenvolvimental provavelmente constituem apenas uma pequena proporção de todos os bens e serviços adquiridos. No mesmo sentido, o guia *Procurement for Innovative Proposals*, da agência holandesa de compras públicas PIANO, reforça que a modificação de produtos existentes para atender à demanda também constitui inovação, e o faz exemplificando com inovações incrementais que foram implementadas nos últimos anos em relação às tecnologias de pavimento asfáltico (PIANO, 2011, p. 2).

- 1) Aquisição de produtos padronizados atendendo a um mercado genérico (*efficient procurement*).
- 2) Aquisição de soluções de nichos de demanda específicos, mas empregando métodos e práticas de produção conhecidos (*adapted procurement*).
- 3) Aquisição para incentivo a novas soluções técnicas a fim de atender a uma necessidade genérica (*technological procurement*).
- 4) Aquisição de soluções técnicas adaptadas (*experimental procurement*).

No caso do pregão, a modalidade é cabível principalmente para a aquisição de soluções padronizadas (*efficient procurement*) e, em caráter reflexo, para contratar soluções de nicho que possam ser adaptadas empregando-se métodos e práticas de produção conhecidos (*adapted procurement*), ambos correspondentes a processos produtivos estandardizados, conforme ilustrado na figura 1. Em outras palavras, há espaço para utilização do pregão a fim de comprar soluções que envolvam inovações incrementais, como customizações, adaptações e agregação de novas funcionalidades a soluções já existentes – correspondente ao quadrante de compras customizadas (*adapted procurement*).

FIGURA 1
Modelo de portfólio de compras de Kraljic

	Processo produtivo especializado	Processo produtivo estandardizado	
Mercado específico	Compra pública experimental (por exemplo, equipamento técnico especializado).	Compra pública adaptada (por exemplo, <i>software</i> customizado, serviços sociais).	Impulsionada pelas necessidades
Mercado genérico	Compra pública tecnológica (por exemplo, gestão de resíduos, transporte).	Compra pública eficiente (por exemplo, material de escritório).	Estímulo da demanda
	Economia de escopo	Economia de escala	

Fonte: Uyerra e Flanagan (2009, p. 15).
Elaboração dos autores.

Apesar das limitações de contratação de soluções inovadoras por pregão, há espaço para utilizá-lo para difusão de bens e serviços já desenvolvidos e introduzidos no mercado, mas ainda sem escala, ou para a customização e adaptação de soluções já existentes.⁴¹

Em segundo lugar, além do objeto que pode ser contratado via pregão, importa entender como essa modalidade pode promover inovação, ou seja, como o poder de compra do Estado pode estimular a demanda por soluções e a geração de economias de escala e de escopo que facilitem a difusão de inovações no mercado (Edler e Georghiou, 2007, p. 953-958).

41. Retomando o exemplo citado anteriormente, a contratação de soluções de TI pelo poder público pode prever a customização e adaptação de soluções de prateleira para atender às suas necessidades, podendo ser realizada por pregão, mesmo em se tratando de soluções complexas que envolvam inteligência artificial e *machine learning*, de acordo com as recomendações do TCU e da Instrução Normativa nº 1/2019.

Como mencionado anteriormente, o processo inovativo abrange também a etapa de difusão dos novos produtos, serviços e processos no mercado, e o Estado pode se valer do seu poder de compra e do *first buyer power* para incentivar as firmas nessa etapa.⁴²

Moñux e Uyarra (2016) referenciam o documento *Horizon 2020 work programme 2016-2017* da Comissão Europeia, cujo anexo E contém diretrizes para compras públicas pré-comerciais (PCPs) e PPIs. Para estas últimas, o Estado atua como *launch customer* de produtos e serviços inovadores que não estão disponíveis em larga escala comercial. Os termos *launch customer* ou *early adopter* correspondem a usuários ou contratantes dispostos a adotar soluções ainda não completamente difundidas no mercado. Os autores avançam na análise do conceito de *early adopter* para justificar que, em países em desenvolvimento, inovação raramente corresponde a soluções *new to the world*, mas, sim *new to the country* ou *new to the region/company*.

A difusão de soluções novas para o país ou região ou novas para o agente econômico pode contribuir para o desenvolvimento das capacidades produtivas no país, e a introdução de inovações no setor público gera um incentivo positivo ao mercado para desenvolver novos produtos, serviços e processos a fim de atender à demanda estatal, como reforçam Uyarra e Flanagan (2009, p. 20),

different government demand conditions can influence innovation in a variety of ways, and that resulting innovations take many forms (radical, incremental, architectural, product, process etc), at different stages of product technology, and not just at early stages. They can also encourage a shift from one form of innovation to another and even kick-start a process of reversal or renewal of industry development or 'dematurity'. Clearly this influence will also be a product of the above mentioned purchasing power of the public sector.

A demanda estatal por novos produtos, serviços e processos pode gerar, também, o *spillover effect* ou efeito de transbordamento para a cadeia produtiva, podendo ter inclusive mais impacto do que a compra pública em si, haja vista que a geração de demanda pode incentivar novas atividades econômicas por meio de subcontratação, licenciamento de direitos de propriedade intelectual e compra, por agentes de mercado, de produtos e serviços complementares para a execução das atividades contratadas pelo Estado (Uyarra e Flanagan, 2009, p. 20). Nesse sentido, Di Pietro e Marrara (2021, p. 13) reforçam que:

ao contratar, os órgãos estatais deverão estimular a inovação em duplo sentido: quer como fomento ao avanço do setor empresarial nacional, quer como forma de permitir que a Administração Pública absorva novas tecnologias nas tarefas mais diversas e, por conseguinte, aplique-as em favor da coletividade.

42. Nesse sentido, a Lei de Inovação elenca, em seu art. 19, § 2º-A, inciso VIII, o uso do poder de compra do Estado como instrumento de estímulo à inovação nas empresas.

A fim de ilustrar como o uso do pregão pode incentivar a inovação, podem-se analisar duas tendências nas compras públicas e na prestação de serviços públicos: i) as compras públicas de bens e serviços que atendam a critérios sustentáveis; e, mais recentemente, ii) a digitalização de serviços públicos. Ambos os movimentos do Estado têm potencial de estimular o mercado a inovar e a se adequar para atender à demanda.

No caso das CPS, a demanda do Estado por soluções sustentáveis e a adoção de especificações técnicas adequadas podem impulsionar o desenvolvimento nacional sustentável por meio da indução e ampliação de oferta de produtos mais sustentáveis pelo mercado, como no caso da demanda estatal por substituição de lâmpadas incandescentes e fluorescentes por lâmpadas de LED, ou na substituição de copos plásticos descartáveis por copos de papel.⁴³ Nesse sentido, Moura (2013, p. 23) afirma que

as compras públicas também podem estimular a competição e a inovação das indústrias na direção desejada, já que, quando diversas instituições combinam seu poder de compra, elas podem promover a inovação tecnológica para produzir os bens nos padrões desejáveis. Devido a esse notável poder de compra, e segundo a estratégia de liderar pelo exemplo, os governos em todo o mundo vêm utilizando as compras públicas como ferramentas para promover políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável. Desta forma, eles exercem um importante papel indutor não apenas ao criar regulações, impostos e incentivos, mas também ao serem os consumidores mais ativos do mercado.

A administração pública pode se valer do seu poder de compra para estimular e dar sinais claros e estáveis ao mercado. Pode, também, utilizar seu poder de compra e capacidade de assunção de riscos para incentivar a difusão de novas tecnologias (*first buyer power*).

The public sector can use PPfI to act as a demanding first buyer by absorbing risks for socially/ecologically demanded products (where significant financial development risks prevail) as well as by promoting learning (where procurement introduces strong elements of learning and upgrading into public intervention processes). The government can be the demander, bear higher entry costs, create critical mass, signal the market and link innovation to production – and not just increase internal capacities of producers (Kattel e Lember, 2010, p. 10).

43. Betiol *et al.* (2012, p. 62) descrevem que a demanda do Estado e da sociedade por copos de papel em vez de copos plásticos resultou, ao longo do tempo, em redução do preço daqueles e mais competitividade em relação aos de plástico. Exemplificam com o município de São Paulo, que identificou que “o preço médio dos copos de papel caiu de R\$ 18 para R\$ 7 por cem unidades – valor quase igual ao da versão tradicional de plástico, em torno de R\$ 5, e que pode levar um tempo centenas de vezes superior para se decompor na natureza”.

O outro exemplo diz respeito à tendência observada no país nos últimos anos, de transformação digital e digitalização de serviços públicos.⁴⁴ A demanda do Estado por soluções de TI que atendam às suas necessidades tem potencial de estimular o mercado a desenvolver, adaptar, customizar seus produtos e serviços para o governo. Conforme esclarecido anteriormente, tais soluções podem ser adquiridas por pregão, mesmo aquelas que envolvam tecnologia como inteligência artificial ou *machine learning*, desde que se caracterizem como “bem ou serviço comum”, nos termos das recomendações do TCU e da Instrução Normativa nº 01/2019.

Chatbots, sistemas de gestão, soluções para análise de dados e serviços de nuvem, apesar de não serem necessariamente novas (*new to the market*), costumam ser campo fértil de inovações incrementais no âmbito da administração pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pergunta *É possível promover a inovação por meio do pregão?*, este capítulo buscou analisar em que medida a modalidade licitatória mais utilizada no Brasil pode promover a inovação, bem como discutir as limitações, condições e boas práticas que a influenciam nessa tarefa.

O pregão não é instrumento adequado para contratar atividades de P&D, uma vez que as suas características não permitem a alocação adequada dos riscos e das incertezas inerentes a essas atividades. Nesse sentido, o menor preço como critério único para julgamento das propostas, bem como a necessidade de definir previamente todas as características e funcionalidades do objeto, são limites de relevo que restringem o escopo do pregão no rol de instrumentos de PPI.

Há outros instrumentos mais adequados para a aquisição de bens e serviços inovadores, que serão analisados nos capítulos seguintes. Entretanto, partindo do pressuposto de que o poder de compra do Estado pode estimular a inovação, é preciso lembrar que as compras públicas para inovação não são restritas a inovações radicais, mas também englobam inovações incrementais e atendem ao importante papel de difusão de produtos, serviços e processos inovadores introduzidos no mercado. Nesse sentido, o *first buyer power* do governo, ou a sua posição como *early adopter* pode ser um diferencial para estimular a inovação no setor empresarial, apoiando a etapa de difusão de novos produtos, serviços e processos.

44. Sobre a transformação digital no Brasil, merece destaque a plataforma Gov.br, plataforma do governo federal que reúne milhares de serviços públicos digitalizados. Disponível em: <<https://bit.ly/3vwiOfL>>. Além disso, em 2021, o BID lançou a linha de crédito Brasil Mais Digital, no valor de US\$ 1 bilhão, para impulsionar a digitalização de serviços públicos em estados e municípios de todo o país. O estado do Ceará foi o primeiro a solicitar o recurso para o projeto que visa melhorar a produtividade na prestação de serviços e a efetividade da gestão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). Disponível em: <<https://bit.ly/3SXQ1dH>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

Apesar das limitações do pregão, há de se avaliar, durante o planejamento da contratação, se a solução inovadora indicada como objeto pode vir a ser contratada por meio dessa modalidade. Sendo esse o caso, este capítulo apresenta a seguir algumas recomendações e boas práticas que, muito embora não sejam exclusivas do pregão, podem ajudar em contratações de inovação em geral, dando mais segurança ao gestor público na aplicação dessa modalidade.

- 1) Realização de planejamento da contratação, com instituição de equipe para este fim, elaboração de plano de contratações anual e preenchimento de estudo técnico preliminar para análise da viabilidade técnica e econômica da contratação, além de possibilitar compreender melhor se o pregão é a alternativa mais adequada para a contratação.
- 2) Execução de atividades para reduzir a assimetria de informação, tais como: consultas e audiências públicas para colher contribuições do mercado e da sociedade civil e realização de pesquisa de mercado, a fim de compreender melhor as soluções disponíveis e avaliar a melhor forma de se contratar.
- 3) Realização de prova de conceito e análise de amostras com o objetivo de se avaliar a adequação do objeto oferecido pelo licitante à especificação técnica do edital de pregão.
- 4) Utilização de procedimentos auxiliares da nova Lei de Licitações e Contratos, em especial o PMI e a pré-qualificação.

O entendimento sobre as limitações e boas práticas relacionadas ao uso do pregão como instrumento de PPI pode contribuir para a tomada de decisão sobre quando e como utilizá-lo. Assim, se a modalidade é inadequada para o desenvolvimento de novos produtos, serviços e processos, o pregão pode ser uma alternativa para estimular a difusão de inovações já introduzidas no mercado e que necessitem do poder de compra do Estado para ganhar escala, inclusive por meio do potencial do SRP. Assim, a modalidade pode contribuir para o aumento da demanda por inovação no mercado, gerando estímulo para as empresas inovarem em seus produtos, processos e serviços, bem como contribuindo para a difusão tecnológica e seu transbordamento para a cadeia produtiva.

Sob outro ângulo, também é importante que produtos e serviços obsoletos não tenham a demanda pública como garantia de sua existência, gerando desincentivos a empresas inovadoras. Os exemplos das CPS e da contratação de soluções para digitalização de serviços públicos (por exemplo, soluções de computação em nuvem) podem ilustrar o papel preponderante do Estado ao definir o que integra – e o que não integra – a demanda do setor público.

REFERÊNCIAS

- ABREU, M. B. G.; LIMBERGER, T.; TEIXEIRA, A. V. Contratos administrativos e gestão pública – proposições a partir de estudos de casos na administração pública federal indireta. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 58, p. 155-176, out.-dez. 2014.
- ALBANO, G. L. *et al.* Fostering participation. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 267-292.
- BETIOL, L. S. *et al.* (Org.). **Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva**. São Paulo: FGV, 2012.
- BRASIL. **Constituição Federal da República de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jul. 1993.
- _____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jul. 1997.
- _____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da união, estados, distrito federal e municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002.
- _____. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 dez. 2004.
- _____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 2006.
- _____. Ministério da Economia (ME). Secretaria de Governo Digital (SGD). Instrução Normativa nº 1, de 4 de abril de 2019. Dispõe sobre o processo de

contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (Sisp) do Poder Executivo federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 abr. 2019.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília: Congresso Nacional, 10 jun. 2021.

BULOW, J.; KLEMPERER, P. Auctions versus negotiations. **The American Economic Review**, v. 86, n. 1, p. 180-194, Mar. 1996.

CABRAL, L. *et al.* Procuring innovations. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 483-529.

COUTINHO, D. R.; MOUALLEM, P. S. B. O direito contra a inovação? A persistência dos gargalos jurídicos à inovação no Brasil. In: LASTRES, M. M. *et al.* (Org.). **O futuro do desenvolvimento**: ensaios em homenagem a Luciano Coutinho. Campinas: Ed. Unicamp, 2016. p. 181-214.

DI PIETRO, M. S.; MARRARA, T. Estrutura geral da nova lei: abrangência, objetivos e princípios. In: DI PIETRO, M. S. (Coord.). **Licitações e contratos administrativos**: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. São Paulo: Forense, 2021. p. 1-80.

EDLER, J.; GEORGHIOU, L. Public procurement and innovation – resurrecting the demand side. **Research Policy**, v. 36, n. 7, p. 949-963, Sept. 2007.

EDLER, J. *et al.* The meaning and limitations of public procurement for innovation: a supplier's experience. In: EDQUIST, C. *et al.* (Ed.). **Public procurement of innovation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2015. p. 35-64.

EDQUIST, C.; HOMMEN, L. Public technology procurement and innovation theory. In: EDQUIST, C.; HOMMEN, L.; TSIPOURI, L. (Ed.). **Public technology procurement and innovation**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2000. p. 5-60.

EDQUIST, C.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, J. M. Public procurement for innovation as mission-oriented innovation policy. **Research Policy**, v. 41, n. 10, p. 1757-1769, Dec. 2012.

EDQUIST, C. *et al.* (Ed.). **Public procurement for innovation**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Pitch Gov.SP**. Brasília: Enap, jun. 2019. (Relato de experiência). Disponível em: <<https://bit.ly/3SgjsrC>>. Acesso em: 29 set. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **Horizon 2020 Work Programme 2016-2017**. Brussels: European Commission, Apr. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3OReXkz>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

FASSIO, R. C.; LANGEVIN, C. **Guia de contratações públicas de inteligência artificial**. São Paulo: Centro para a Quarta Revolução Industrial do Brasil (C4IR Brasil), afiliado ao Fórum Econômico Mundial, 2022. Disponível em: <<https://bit.ly/3CVtCbF>>. Acesso em: 1º out. 2022.

FERNANDES, C. C. C. A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 19., 2014. **Anais...** Quito: Clad, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3CuYUom>>. Acesso em: 22 out. 2021.

FIUZA, E. P. S. Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas. *In*: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Org.). **Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: Ipea, 2009. p. 239-274.

FIUZA, E. P. S.; MEDEIROS, B. A. de. **A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional**. Rio de Janeiro: Ipea, ago. 2014. (Texto para Discussão, n. 1990).

GUIMARÃES, E. Inovações no planejamento da fase interna das contratações. *In*: DI PIETRO, M. S. (Coord.). **Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. São Paulo: Forense, 2021. p. 81-122.

HOMMEN, L.; ROLFSTAM, M. Public procurement and innovation: towards a taxonomy. **Journal of Public Procurement**. v. 9, n. 1, p. 17-56, Jan. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/3OMHJTb>>. Acesso em: 30 set. 2021.

KATTEL, R.; LEMBER, V. Public procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries? **Journal of Public Procurement**, v. 10, n. 3, p. 368-404, Mar. 2010.

KLEMPERER, P. (Ed.). **Auctions: theory and practice**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

KRISHNA, V. (Ed.). **Auction theory**. 2. ed. Burlington: Academic Press, 2010.

MOÑUX, D.; UYARRA, E. (Ed.). **Spurring innovation-led growth in Latin America and the Caribbean through public procurement**. Washington: IDB, Nov. 2016. (Discussion Paper, n. IDB-DP-488).

MOTTA, A. R. Electronic reverse auctions in Brazil federal government: a critical view. *In: PUBLIC PROCUREMENT PH.D. CONFERENCE NOTTINGHAM UNIVERSITY*, 4., 2009, Nottingham. **Proceedings...** Nottingham: Nottingham University, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/3p4uC5D>>. Acesso em: 22 out. 2021.

MOURA, A. M. M. de. As compras públicas sustentáveis e sua evolução no Brasil. **Boletim regional, urbano e ambiental**, n. 7, p. 23-33, jan.-jun. 2013.

NIEBUHR, J. de M. (Org.). **Pregão presencial e eletrônico**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, M.; JURUBEBA, D. F. de A. Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 9-32, abr.-jun. 2020.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 4. ed. Paris: OCDE Publishing, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3vwBrk1>>. Acesso em: 23 set. 2021.

PAIVA, E. S. J.; ROMITELLI, G. Quais são as oportunidades abertas pelo Decreto Paulista de Inovação em matérias de encomendas tecnológicas para inovação em serviços públicos? – uma análise a partir do estudo de caso do PitchGov-SP/Poupatempo. *In: MONTEIRO, V. (Org.). Cadernos de direito e inovação: decreto paulista de inovação*. São Paulo: IEA/USP, 2018. v. 1, p. 67-75. Disponível em: <<https://bit.ly/3Sh9o1s>>. Acesso em: 5 out. 2021.

PIANOO – DUTCH PUBLIC PROCUREMENT EXPERTISE CENTRE. **Procurement for innovative proposals**: innovation-driven procurement. Den Haag: PIANOo, Dec. 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3JjzGw9>>. Acesso em: 5 nov. 2021.

ROLFSTAM, M. **Public Technology Procurement as a Demand-side Innovation Policy Instrument**: an overview of recent literature and events. Lund University Institute of Technology, 2005.

_____. Understanding public procurement of innovation: definitions, innovation types and interaction modes. **Social Science Research Network**, New York, 26 Feb. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/3PGHvNO>>. Acesso em: 19 out. 2021.

SAUSSIER, S.; TIROLE, J. **Strengthening the efficiency of public procurement**. Paris: CAE, Apr. 2015. (Les notes du Conseil d'Analyse Économique, n. 22). Disponível em: <<https://bit.ly/3SkjWNY>>. Acesso em: 29 set. 2021.

SCHMIDT, F. de H.; ASSIS, L. R. S. de. O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo. **Radar**, n. 17, p. 9-20, abr. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/3ShjNub>>. Acesso em: 20 out. 2021.

SQUEFF, F. de H. S. **O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico**: análise do caso brasileiro. Rio de Janeiro: Ipea, jan. 2014. (Texto para Discussão, n. 1922). Disponível em: <<https://bit.ly/3zeKKpB>>. Acesso em: 29 set. 2021.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Súmula nº 177/1982**. Brasília: TCU, 1982.

_____. **Acórdão TCU nº 1.634/2007**. Brasília: TCU, 2007.

_____. **Acórdão nº 2.471/2008**. Brasília: TCU, 2008a.

_____. Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI). **Nota Técnica nº 02/2008**. Brasília: TCU, 11 set. 2008b. Disponível em: <<https://bit.ly/3D4pYfL>>. Acesso em: 1º out. 2022.

_____. **Acórdão TCU nº 2.932/2009**. Brasília: TCU, 2009.

_____. **Súmula nº 263/2011**. Brasília: TCU, 2011.

_____. **Súmula nº 272/2012**. Brasília: TCU, 2012.

_____. **Acórdão nº 2.763/2013**. Brasília: TCU, 2013.

_____. **Acórdão nº 2.208/2016**. Brasília: TCU, 2016.

UNIVERSIDAD DE CHILE; LABORATORIO DE GOBIERNO. **Experiencias de Innovación Pública**. 1 ed. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3EAgeLf>>. Acesso em: 1º out. 2022.

UYARRA, E.; FLANAGAN, K. **Understanding the innovation impacts of public procurement**. Manchester: The University of Manchester, 2009. (Manchester Business School Working Paper, n. 574). Disponível em: <<https://bit.ly/3JjIfah>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

