

Título do capítulo	CAPÍTULO 5 – DIFUSÃO E INOVAÇÃO INCREMENTAL PELA CONCORRÊNCIA COM JULGAMENTO DE TÉCNICA E PREÇO
Autores	Eduardo Spanó Felipe Carvalho Flávio Prol
DOI	http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2/capitulo5
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.

DIFUSÃO E INOVAÇÃO INCREMENTAL PELA CONCORRÊNCIA COM JULGAMENTO DE TÉCNICA E PREÇO¹

Eduardo Spanó²
Felipe Carvalho³
Flávio Prol⁴

1 INTRODUÇÃO

Inovar e difundir inovações são duas práticas fundamentais para fechar as brechas de produtividade e resolver problemas complexos de qualquer país. Tratando do contexto das tecnologias da Quarta Revolução Industrial, por exemplo, Andreoni, Chang e Labrunie (2021) argumentam a necessidade de um balanço entre as políticas de inovação pelo lado da oferta e pelo lado da demanda, com esta última exercendo papel importante na difusão de tecnologias. Da mesma forma, o enfrentamento da crise climática também passa pela necessidade de acelerada difusão de tecnologias verdes.

A literatura aponta que as compras públicas possuem grande potencial para acelerar essa difusão (Edquist *et al.*, 2015). Contudo, as compras públicas brasileiras raramente são capazes de selecionar produtos ou serviços próximos à fronteira da inovação e muito menos de promover inovações incrementais (ainda que fundamentais para a administração pública), apesar da sequência de leis específicas editada ao longo dos últimos anos com o propósito direto ou indireto de possibilitar aquisições com esse perfil (Fassio *et al.*, 2021, p. 42-52). Em 2019, o poder de compra governamental brasileiro representou 9,19% do produto interno bruto (PIB),⁵ porém a análise de fornecedores da União indica que raramente essas empresas são inovadoras (Squeff, 2014; Rauen e Paiva, 2019).

Essa situação é compreensível quando olhamos para a forma como o governo federal realiza suas compras. De acordo com o Painel de Compras do Ministério da

1. Agradecemos os comentários e as sugestões de André Rauen, Mateus Piva Adami, Leonardo Santanna, Breno Bueno, Cassio Ribeiro, Frederico Haddad, Maria Carolina Foss, Vitor Monteiro, Laura Bonifácio e todos os demais que contribuíram com esse texto, evidentemente, os eximindo de toda e qualquer responsabilidade.

2. Diretor-executivo no Instituto Jataí. *E-mail*: <eduardo@spano.com.br>.

3. Advogado e consultor em regulação. *E-mail*: <fmdecarvalho@gmail.com>.

4. Sócio da Vinicius Marques de Carvalho Advogados (VMCA). *E-mail*: <flavio@vmca.adv.br>.

5. Como mostra o capítulo 2 desta obra.

Economia (ME), o governo federal tem utilizado principalmente a modalidade de pregão eletrônico por menor preço. O pregão é uma modalidade para a realização de compras de bens ou serviços *comuns*, cujas especificações possam ser definidas, por padrões de mercado, com antecedência à realização do procedimento de compra, o que muitas vezes impede a difusão de produtos mais inovadores e deixa de estimular inovações incrementais – embora mesmo essa afirmação tenha que ser relativizada, como mostra o capítulo 4 deste livro. Por seu turno, e em grandes linhas, quando o governo não utiliza esta modalidade, tende a afastar a licitação por dispensa ou inexigibilidade de licitação.⁶ Ainda que fora dos pregões, o critério absolutamente preponderante para as licitações realizadas pelo governo federal é o do menor preço – que nem sempre resulta na contratação mais eficiente ou adequada em uma perspectiva de custo-benefício. Certamente, esse não é o critério mais apto a organizar a contratação de soluções de inovação, principalmente se forem consideradas as características inovativas apresentadas no capítulo 1 desta obra.

Ou seja, as licitações que temos feito são principalmente voltadas a aquisições padronizadas e pelo critério do menor preço. Como se sabe, pregão por menor preço pressupõe que a administração sabe exatamente o que será comprado e consegue definir precisamente os bens e serviços demandados. Para quaisquer contratações mais complexas, dispensamos a licitação ou enfrentamos dificuldades substanciais.

Em contraposição a compras dessa natureza, a inovação é, por definição, incerta, o que já impossibilitaria sua especificação prévia. A difusão de produtos inovadores também deixa de ocorrer pela falta de *expertise* técnica das administrações para especificar produtos ou serviços recentemente desenvolvidos, e por conta do tempo para a realização desses processos,⁷ que prejudica a concorrência de produtos de fronteira nas compras governamentais. Por isso, Edquist e Zabala-Iturriagoitia (2020) argumentam pela realização de compras públicas funcionais para a inovação, as quais especificam *os problemas a serem resolvidos e funções demandadas*, em contraposição às compras públicas *que detalham a solução a ser adquirida*.

Para compras com esse perfil, é necessário que o Estado tenha à sua disposição uma ferramenta que lhe possibilite receber e avaliar soluções distintas para o atendimento de determinada necessidade. No plano das ferramentas jurídicas disponíveis no Brasil, a concorrência com critério de julgamento por técnica e

6. Apesar de não ser o objeto deste capítulo, consideramos que pode ser problemático tirar conclusões imediatas a partir dos dados quanto à prevalência de processos de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação) no Painel de Compras (OECD, 2021, p. 53). A nosso ver, o dado precisa ser interpretado em seu contexto, a partir da identificação da fundamentação jurídica e fática dos processos de contratação direta que integram esse universo. Esse esforço é necessário, já que os processos de contratação direta podem, a depender do caso, ser uma ferramenta útil de contratação para promoção da inovação.

7. Há uma possibilidade de agenda de pesquisa empírica quanto aos custos de adequação dos gestores públicos às constantes alterações das normas que organizam as contratações públicas.

preço (CTP) seria ideal para o desempenho dessa função, mas precisa ser mais bem interpretada e aplicada para que: i) seja admitida sua utilização de forma mais abrangente; ii) seja possível a apresentação de propostas materialmente diferentes por licitantes interessados; e iii) as soluções diferentes que sejam apresentadas nessa licitação sejam avaliadas em seu mérito pela administração. Compras públicas desenhadas nesses termos são mais aptas a difundir e a promover inovações, ainda que incrementais.

É notório, pela descrição feita anteriormente, que, quando se está em uma etapa de aquisição de uma inovação ainda não existente no mercado, o critério do menor preço é completamente descabido como uma das principais preocupações do processo licitatório. Não se espera, por exemplo, que se preocupe prioritariamente com o critério de preço no desenvolvimento de uma vacina necessária e ainda não desenvolvida para o combate de uma nova doença. É por esse motivo que as compras de inovação se preocupam antes com o problema a ser resolvido e com a viabilidade da solução que com os critérios de preço – o que não significa que esses critérios não possam compor um conjunto que será utilizado na escolha de uma contratação (mantendo o exemplo deste parágrafo, tampouco faria sentido que o desenvolvimento da referida vacina implicasse o dispêndio de recursos financeiros indisponíveis ao poder público).

Entre a compra de bens e serviços *comuns* e a compra de inovação inexistente, há todo um universo de modelos de compras em que já existem opções razoavelmente inovadoras no mercado, mas não se consegue definir com total precisão o que se quer adquirir antes da própria concorrência. Ou seja, o governo sabe que tem um problema ou desafio a ser enfrentado e que há opções distintas no mercado, mas não tem absoluta certeza do que quer comprar antes do processo licitatório – e deseja empregá-lo como um mecanismo para encontrar um fornecimento de bom custo-benefício. Essa é a descrição da situação típica em que o ideal da perspectiva das compras públicas é a utilização da modalidade de licitação de CTP.

Nesse sentido, argumentamos que a CTP pode ser a ferramenta capaz de estimular inovações incrementais e a difusão de inovações pelo governo. Para ficar no mesmo exemplo oferecido anteriormente, se já se sabe que existem algumas opções de vacina disponíveis prontas para o governo, as quais utilizaram diferentes tipos de tecnologia e que possuem diferentes índices de eficácia, e o governo possui orçamento limitado e não pode adquirir todas as vacinas, a CTP pode ser um instrumento adequado para que o gestor possa comparar as diferentes soluções e realizar uma aquisição. Isto é, nas situações em que existem múltiplas opções inovadoras, já desenvolvidas e disponíveis no mercado, mas não se sabe exatamente quais são as características mais adequadas às reais necessidades da administração, a CTP é indicada.

A partir da CTP, critérios técnicos – como eficácia da vacina, condições de armazenamento, dificuldades logísticas de distribuição, entre outros – são combinados com critérios de preço para a escolha da administração a respeito de qual vacina deveria ser adquirida. Em teoria, a CTP poderia ser o instrumento por definição para as compras por *custo-benefício*.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), editada recentemente, impacta as possibilidades de promover inovações por meio de compras públicas, inclusive a partir da modalidade de CTP. A norma trouxe evoluções em modalidades licitatórias relevantes para as contratações de inovação, além de ter destinado uma série de dispositivos especificamente às contratações de inovação tecnológica, à pesquisa e desenvolvimento (P&D), e de ter incluído o incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável como objetivo explícito das compras governamentais (Brasil, 2021a, art. 11, inciso IV).

Nessa direção, uma das principais novidades da Lei nº 14.133/2021 foi a criação da modalidade de contratação por diálogo competitivo (DC),⁸ voltada especialmente às contratações de inovação tecnológica ou técnica, e às situações em que a demanda da administração não possa ser satisfeita com soluções disponíveis no mercado, ou para as quais não seja possível a indicação, antes da condução do processo competitivo, das especificações técnicas do produto ou serviço a ser contratado (Brasil, 2021a, art. 32, inciso I).⁹ Também nesse sentido foram criadas hipóteses de uso de concorrência por técnica e preço voltadas à contratação de produtos e serviços tecnológicos ou complexos (Brasil, 2021a, art. 36, § 1º).

A lei ainda obriga a administração a considerar, na fase preparatória do processo licitatório, quais são: a modalidade de licitação, o critério de julgamento e o modo de disputa aptos “a gerar o resultado de contratação mais vantajoso”, inclusive em consideração ao “ciclo de vida do objeto” (Brasil, 2021a, art. 18, inciso VIII).

Da perspectiva prática da condução de processos licitatórios voltados às contratações de inovação, no entanto, esses avanços da Lei nº 14.133/2021 podem ser limitados. Neste capítulo, tratamos especificamente de três desafios que consideramos prováveis na aplicação da CTP para contratações de inovação: i) possibilidades de utilização da CTP; ii) critérios para especificação do objeto a ser contratado; e iii) modo de julgamento da proposta técnica dos participantes a ser estabelecido.

8. Tratada no capítulo 7 deste livro.

9. Vale notar que, em nossa avaliação, a existência dessas modalidades alternativas de contratação não implica necessariamente a inviabilidade de emprego da CTP para casos em que também haveria possibilidade de que outras modalidades fossem empregadas. Consideramos que, atendidos os requisitos legais, cabe ao gestor, que tem conhecimento próximo das necessidades da administração, selecionar a ferramenta jurídica mais adequada ao atendimento dessas necessidades.

Nesse contexto, este estudo busca trabalhar esses desafios e sugerir oportunidades e caminhos que poderiam ser utilizados por gestores públicos e, principalmente, poderiam ser levados em consideração por agentes regulamentadores e representantes de órgãos de controle. É fundamental salientar que este texto não é um estudo de caso, tampouco um guia de uso da CTP. Nosso objetivo é mais modesto: pretendemos indicar que a CTP é uma modalidade de licitação potencialmente útil, mas cujo emprego depende de um esforço para construção de novas balizas de utilização. Com esse objetivo, pretendemos, na seção 2, esclarecer o que é a CTP, e contextualizá-la em relação às possibilidades de compras, indicando seu propósito e qual poderia ser sua função. Na sequência, na seção 3, discutiremos os desafios e caminhos para que essa modalidade possa realizar seu potencial, e, por fim, na seção 4, concluímos o texto.

2 O QUE É, COMO FUNCIONA E PARA QUE SERVE A CONCORRÊNCIA POR TÉCNICA E PREÇO

O conceito de CTP, discutido neste capítulo, agrega, na realidade, dois conceitos diferentes: a *modalidade de licitação por concorrência* e o *critério de julgamento por técnica e preço*. Esta seção trata de caracterizar essa ferramenta jurídica, de indicar como ela funciona e de qual pode ser seu propósito no contexto das contratações de inovação.

A concorrência é uma modalidade de licitação – isto é, um conjunto de regras e um modo de organizar um processo competitivo – voltada à contratação de “bens e serviços especiais” e de obras e serviços de engenharia (Brasil, 2021a, art. 6º, inciso XXXVIII).¹⁰ Os bens e serviços especiais são definidos por oposição aos *comuns* (aqueles abrangidos pelo pregão), que são os que têm padrões de desempenho e qualidade que “podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado” (*op. cit.*, art. 6º, inciso XIII).

O critério de julgamento por técnica e preço possibilita que sejam adotados quesitos técnicos, que têm o propósito de possibilitar avaliação da qualidade de soluções ofertadas em uma licitação, em associação ao critério de preço. Com isso, é possível que a administração realize uma avaliação completa de custo-benefício das soluções ofertadas, garantindo que elementos dinâmicos de qualidade e desempenho sejam considerados na aquisição, diferentemente do que acontece com o julgamento exclusivamente pelo critério de preço.

10. Nesse ponto, a Lei nº 14.133/2021 trouxe novidade, superando a adoção de critérios voltados ao valor da contratação anteriormente aplicável, nos termos da Lei nº 8.666/1993, art. 23.

Assim, é possível que produtos e serviços inovadores sejam mais bem avaliados diante dos seus competidores tradicionais. Isso cria um mercado para inovações que não poderia existir se o instrumento de aquisição ignorasse essas diferenças não esperadas de funcionamento da solução. Ao permitir que o desempenho seja considerado em conjunto com o preço em uma licitação, a CTP pode se constituir em um excelente instrumento de compras públicas para inovação, pois garante que o poder de compra público não ignore diferenças técnicas provenientes das inovações introduzidas e propostas pelos seus potenciais fornecedores.

Ao mesmo tempo, essas compras podem permitir ganhos de eficiência e melhoria de serviços públicos pela melhora da cadeia de fornecedores resultantes de seleções por melhor valor ou melhor custo-benefício. A CTP representa possibilidade de apresentação e avaliação substantiva de soluções distintas, que podem (e devem) ser avaliadas em suas vantagens e desvantagens.

Para visualizar esses potenciais benefícios, indo além do exemplo das vacinas, discutido anteriormente, considere-se a utilização da CTP para aquisição de instrumentos tecnológicos que sejam capazes de gravar imagens e áudio durante operações policiais em tempo real. Nesse caso, os critérios técnicos a serem comparados são relevantes e não há, necessariamente, uma definição prévia do que deveria ser comprado: é necessário que seja uma câmera própria, que seria instalada no uniforme das autoridades, ou poderia ser um aplicativo instalado no próprio celular ou rádio do policial? Certamente há uma qualidade mínima de vídeo, áudio e capacidade de armazenamento que seriam relevantes para a realização da contratação, mas o quanto diferentes soluções acima de um mínimo básico podem garantir o objetivo de facilitar a identificação de eventuais ameaças contra as autoridades policiais ou inibir possíveis abusos? É relevante a transmissão em tempo real para algum órgão que não participa da operação ou a ideia é um armazenamento que possa ser transmitido posteriormente? O armazenamento imediato em nuvem, para impedir adulterações das gravações, é critério relevante? Certamente poder comparar critérios técnicos em diferentes propostas de soluções, a partir de pontuações previamente atribuídas e justificadas por gestores que já definiram minimamente o que ambicionam, seria uma compra pública bastante diferente do que a compra de um bem *comum* por pregão de menor preço, que seria, por exemplo, uma câmera simples que seja capaz de captar imagem e áudio e que respeite determinados critérios mínimos de qualidade. O box 1 descreve um caso concreto de compra de *software* como serviço por critérios de custo-benefício.

BOX 1

Compras de *software* como serviço em universidade europeia

Em 2018, o Instituto Universitário Europeu (IUE) utilizou critérios de custo-benefício para a contratação de um sistema de gestão de aprendizagem na modalidade *software* como serviço. O IUE é uma organização internacional criada por países-membros da União Europeia com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento científico e cultural das ciências sociais a partir de uma perspectiva europeia. Ainda que a organização siga normas próprias para contratação, o edital é especialmente interessante, pois propõe a escolha da solução comparando-as a partir de critérios de custo-benefício que ponderam as características da solução, a abordagem para implementação do projeto e a usabilidade da solução em relação ao custo proposto.

Os requisitos funcionais e técnicos das soluções são apresentados conforme sua necessidade como requisitos mínimos ou desejáveis. Os requisitos mínimos devem ser contemplados nas propostas, caso contrário elas são eliminadas da concorrência. Já os requisitos desejáveis são apresentados conforme sua prioridade e as propostas são pontuadas conforme contemplem requisitos considerados mais importantes para a organização.

Quanto à abordagem do projeto de implementação, é pontuado o método de implementação do projeto e a equipe responsável. Isso inclui desde a proposta de cronograma até as fases de implementação, passando pela gestão de riscos e também pela qualificação e complementaridade da equipe de implementação.

Além disso, o edital também afirma que a usabilidade do *software* é a chave para sua adoção com sucesso. Assim, determina que as quatro soluções mais bem pontuadas passarão por teste de usuário com especialistas e coordenadores, que julgarão as melhores soluções a partir de uma rubrica proposta.

A avaliação dos critérios técnicos mencionados soma-se a uma avaliação de custo da plataforma para chegar à nota final de cada uma das soluções. Dessa forma, o edital propõe uma avaliação mais completa das soluções que participam da concorrência, priorizando soluções que passem por processos de melhoria contínua e apresentem inovações incrementais.

Fonte: Documentos do edital do Calls for Tenders 2018 (CFT-EUI-ICTS-2018-001). Disponível em: <<https://bit.ly/3zu2Gg9>>.

Outro exemplo é a utilização de CTP para a contratação de serviços de natureza intelectual que dificilmente podem ser especificados por meio de padrões previamente estabelecidos. O Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ), por exemplo, contratou, por meio de concorrência do tipo técnica e preço previsto no regime diferenciado de contratação (RDC), os serviços de aceleração de seu laboratório de inovação, o Inova MPRJ.¹¹ Esses serviços consistem na execução dos processos de inovação aberta da organização, desde a identificação dos problemas, passando por parcerias com inovadores que estejam dispostos a resolvê-los até o apoio para que os produtos tenham sucesso. A boa execução desse serviço depende de propostas de serviço sustentadas por uma equipe qualificada, experiência substantiva nesse tipo de atividade, uma proposta de método robusta e uma rede de relacionamentos que aumente o potencial de sucesso das soluções. Nesses casos, o governo deve possuir conhecimento técnico suficiente para estabelecer os melhores critérios técnicos de julgamento e ser capaz de avaliar as melhores propostas em termos de custo-benefício. Os processos de inovação aberta têm sido cada vez mais adotados no setor privado, muitas vezes em parceria com organizações externas, e o uso da CTP para a contratação dos melhores parceiros para a realização de inovação aberta também no setor público é importante para a difusão dessas competências.

11. Mais detalhes deste caso no box 2.

BOX 2

Serviços de inovação aberta e aceleração do Inova MPRJ

Em 2019, surge o Inova MPRJ, o laboratório de inovação do MPRJ. Este laboratório tem como um de seus objetivos estratégicos “desenvolver experimentos de inovação, voltados a aumentar o custo-efetividade das atividades-meio e fim”.¹

No desenho de seu programa de inovação aberta, perceberam que existem no mercado atores com experiência na realização de processos de inovação aberta e que esses serviços seriam importantes para o sucesso dos projetos do Inova MPRJ. Por conta disso, elaboraram uma contratação para, entre outras atividades, selecionar e definir desafios; buscar ativamente por soluções existentes no mercado; incubar e acelerar *startups*; realizar eventos de seleção e validação de projetos; e facilitar mentorias.

Para a contratação desses serviços, o Inova elaborou CTP (por meio do RDC com julgamento pelo critério de técnica e preço), no qual foi possível avaliar as propostas em termos de: i) equipe, local e experiência da contratada; ii) qualidade da proposta em si; iii) rede de relacionamento; e iv) custo.

Todos os documentos da contratação foram publicados no *site* da instituição, desde o primeiro termo de referência, sua consulta pública, edital e a ata de julgamento das propostas, com as devidas justificativas. Realizada de forma bastante transparente e dialogada, a contratação foi capaz de escolher fornecedor com competências complementares para a execução de processos de inovação aberta, fomentando a difusão desse tipo de serviço e saindo da lógica de disputa baseada unicamente em preços.

Fonte: Inova MPRJ. Disponível em: <<https://bit.ly/3fOrjxO>>.

Nota: ¹ Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/inova>>.

Como se vê nesses exemplos, em resumo, a CTP permite que a modalidade licitação se adeque, dentro de certos limites, à maior parte das características do processo inovativo, em especial sua grande variabilidade de *performance*, custos e impactos.

O que se propõe neste capítulo é benéfico para licitações CTP em diversos setores, mas é particularmente relevante para a difusão de inovação e na contratação de soluções e serviços de inovação e tecnologias da informação e comunicação (TICs) que evoluem de forma bastante dinâmica. A decisão de adquirir produtos e serviços apenas pelo critério de menor preço é válida em determinadas circunstâncias, mas é difícil imaginar produtos e serviços que não poderiam, em princípio, ser avaliados em uma perspectiva de custo-benefício. É isso o que permite a CTP.¹²

Comparada a outras formas de compras públicas, a CTP traz vantagens relativas com relação a algumas modalidades de contratação, como o pregão, DC, encomenda tecnológica (Etec), contratações diretas por inexigibilidade e o próprio Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI), a serem avaliadas caso a caso, a depender das necessidades concretas da administração. Nas licitações que seguem a modalidade de concorrência, a possibilidade de emprego do critério de julgamento por técnica e preço é uma alternativa interessante. Como já mencionado, o pregão é utilizado para contratação de bens ou serviços comuns, ou seja, quando as especificações do objeto

12. É interessante notar, apesar de não se tratar de compra de inovação, que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) já publicou deliberação sugerindo que a contratação de sistemas de ensino se dê preferencialmente por licitação por técnica e preço – Deliberação TC-A-21176/026/06 (disponível em: <<https://bit.ly/3CR7n6K>>).

podem ser definidas previamente por padrões de mercado (Brasil, 2021a, art. 29).¹³ O critério para a contratação em pregão é somente o menor preço. Apenas a proposta com menor preço na etapa de lances da licitação pode ser contratada, sendo o licitante então avaliado quanto à sua habilitação – que não se confunde com uma avaliação técnica da proposta. Assim, o gestor público não necessariamente consegue selecionar entre as propostas aquela que melhor atende à necessidade pública: depois de definido o produto ou serviço que se quer adquirir, não há, de forma geral, espaço suficiente para avaliação efetiva de sua qualidade, eficiência ou qualquer outro de seus atributos.

A CTP também se difere do CPSI previsto no Marco Legal de *Startups* (Lei Complementar nº 182/2021),¹⁴ a nosso ver, principalmente por uma questão de escala. O CPSI apresenta, de forma explícita, os fundamentos de uma compra funcional por custo-benefício, que é o que temos argumentado ser a da CTP. O texto legal indica, de forma literal, que as especificações não precisam ser detalhadas (Brasil, 2021b, art. 13, § 1º) e que a seleção deve ser realizada utilizando outros critérios além do preço (*op. cit.*, art. 13, § 5º). Assim como na CTP, essa mudança tem grande potencial de facilitar a difusão de soluções inovadoras e fomentar inovações incrementais. Entretanto, o CPSI difere da CTP em principalmente dois pontos. Em primeiro lugar, o CPSI consiste em contrato para teste da solução, que, em caso de resultados positivos, poderá ser contratado por dispensa de licitação. Somente esta diferença não limita o potencial do instrumento. O CPSI apresenta uma limitação de valores e prazos contratuais que podem ser adquiridos nesta modalidade. A lei restringe o valor do CPSI, no momento de teste das soluções, para R\$ 1,6 milhão em um prazo máximo de 24 meses e o posterior contrato de fornecimento para R\$ 8 milhões em um prazo máximo de 48 meses. No caso da CTP, não existe limitação de valores e os contratos podem ser firmados por até dez anos. Os limites do CPSI são altos o suficiente para o tornarem um instrumento potente para inovação, mas infelizmente não são capazes de alterar de forma estrutural o modo como a administração pública compra tecnologia e inovação.

O DC é, igualmente, bastante distinto da CTP. Apesar de também possibilitar o uso de critérios de técnica e preço para o julgamento das propostas, essa modalidade de contratação possibilita ao gestor adotar um procedimento de diálogo com potenciais proponentes antes do momento da apresentação de propostas, voltado à construção conjunta de soluções. Assim, o DC pode ser considerado pelo gestor como uma alternativa interessante para objetos com grau de indefinição elevado, mas essa alternativa é mais complexa que a CTP e pode não ser sempre adequada ao atendimento das necessidades da administração.

13. Apesar das limitações mais óbvias dos pregões (bens e serviços comuns licitados exclusivamente por menor preço), não é impossível realizar inovação por esse caminho (capítulo 4 deste livro).

14. Tratada no capítulo 12 deste livro.

Tomando o exemplo da literatura internacional, o DC já foi usado no âmbito da União Europeia para contratar, por exemplo, a construção de uma obra de engenharia de alta complexidade, como o segundo túnel Coen nos Países Baixos (Hoezen, Voordijk e Dewulf, 2012). Porém, nem sempre o objeto a ser contratado traz complexidade equivalente – e a alta complexidade do objeto ou a dificuldade em especificá-lo não levam necessariamente a que a utilização de DC seja a alternativa mais recomendável. A nosso ver, a decisão pela utilização de CTP ou DC é dada não apenas por uma questão de grau de indefinição e complexidade do objeto, mas também por outras questões cuja avaliação deve caber ao gestor da contratação.

Aqui, podemos voltar ao exemplo da introdução sobre a compra de uma vacina, mas pensando em uma vacina que já tenha sido desenvolvida, utilizando critérios de técnica e preço para ilustrar o que é mais próprio para uma CTP: já se sabe o que será comprado, mas considerações adicionais além do preço – como grau de eficácia, condições de armazenamento e logística – poderiam ser levadas em consideração para uma escolha mais vantajosa para a administração. Assim, em tese, graus maiores de indefinição podem ser mais bem atendidos por procedimentos de DC, enquanto graus menores de indefinição podem ser bons casos para utilização da CTP. Obviamente, somente as informações do caso concreto permitirão a melhor decisão do gestor público por uma ou outra forma de contratar.

A CTP também se difere de contratações diretas (dispensa e inexigibilidade de licitação). As contratações por inexigibilidade pressupõem inviabilidade de competição e, nesses casos, não há competição durante um processo público, mas a seleção prévia de um fornecedor a ser contratado. A CTP, ao contrário, permite a escolha entre diversos fornecedores no processo de compra pública – o que pode ser um mecanismo interessante não apenas da perspectiva de possibilitar maior transparência, mas inclusive como mecanismo para busca de soluções disponíveis no mercado que podem ainda não ser de conhecimento da administração.

Uma modalidade específica de dispensa de licitação é a Etec (Brasil, 2021a, art. 75, inciso V).¹⁵ Essa modalidade pode ser interessante em particular nos casos em que seja necessária a contratação de um esforço de P&D, podendo ser utilizada para a aquisição do produto resultante desse esforço. Nesse sentido, o diferencial é que a Etec é uma compra pública pré-comercial e, por isso, não se adquire bens ou serviços em larga escala, mas sim o esforço de P&D necessário para disponibilizar tais bens ou serviços e, eventualmente, o fornecimento desse produto por um determinado período. Ou seja, a Etec permite ao gestor subir um degrau no nível das indefinições, já que, além da indefinição na especificação do objeto, requer que a solução não esteja disponível no mercado. Um bom exemplo de caso de uso da Etec seria justamente o desenvolvimento de uma vacina ainda não disponível.

15. Tratada no capítulo 13 deste livro.

Como é possível perceber, a CTP é menos adequada à contratação de solução que ainda não exista no mercado, mas pode ser uma ótima ferramenta para a difusão de soluções inovadoras e para promover as inovações incrementais em bens ou serviços. Tanto o DC como a Etec são procedimentos mais complexos que a CTP e exigem mais capacidade institucional e técnica em compras para sua realização com qualidade.

Apesar de geralmente estar associada à difusão de soluções inovadoras e para promover inovações incrementais em bens ou serviços, há casos em que a CTP foi usada para compra de P&D de um produto que ainda não existia no mercado – ou seja, fora do escopo de difusão de inovação. Ao comprar lentes para satélite, o Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais (Inpe) realizou uma concorrência do tipo técnica e preço para adquirir serviços de P&D da empresa Opto (Pellegrini *et al.*, 2017), caso apresentado no box 3. A inovação em produto que requeira contratação de serviços de P&D pode não ser o melhor uso da CTP, diferentemente do foco em difusão e inovações incrementais aqui proposto. Como já afirmamos, o desenvolvimento de um produto novo pressupõe existência de maior risco, o que poderia ser melhor trabalhado por meio de contratações via Etec, que protege desse risco.

BOX 3

O uso questionável da CTP para inovação: Inpe compra câmera multiespectral (MUX) e, posteriormente, câmera de campo largo (WFI) para embarcar em satélites brasileiros

Em 2004 e 2008, usando CTP, o Inpe contratou a empresa brasileira Opto para desenvolver uma MUX e uma WFI, respectivamente, para embarcar em satélites brasileiros. Apesar de serem reconhecidamente casos de encomendas tecnológicas, uma vez que não havia no mercado câmeras que atendessem à solução tecnológica exigida pelos satélites, em ambas as situações a modalidade de licitação utilizada foi a concorrência e o critério de julgamento para definir o vencedor da licitação foi técnica e preço. Embora as licitações tenham sido bem-sucedidas, uma vez que possibilitaram a contratação da empresa Opto para o desenvolvimento das câmeras, Pellegrini *et al.* (2017) argumentam que o uso da CTP foi problemático no desenvolvimento de um novo produto por pelo menos dois principais motivos – os autores apresentam outros pontos que se tornaram problemáticos na contratação da empresa Opto, mas não os salientamos aqui por não estarem direta e exclusivamente relacionados com a discussão de CTP.

- 1) Eventuais imprecisões do projeto básico (excessivamente detalhado) podem levar a atrasos na execução do projeto, principalmente considerando a alta intensidade tecnológica do projeto e a existência de risco tecnológico.
- 2) A CTP gera uma contratação que é rígida da perspectiva de atrasos nas entregas pelo fornecedor (o que não é o caso da contratação por Etec), mesmo que esses atrasos sejam atribuíveis a terceiros, como dificuldade de importação de insumos etc. Na prática, a administração é obrigada a enxergar qualquer atraso como descumprimento contratual, e não como, eventualmente, riscos advindos da própria natureza da inovação.

É importante salientar, para os fins deste texto, que, de acordo com Pellegrini *et al.* (2017), o Inpe optou pela CTP porque a legislação à época impossibilitava o uso de encomendas tecnológicas, uma vez que somente depois da edição do Decreto nº 9.283/2018 é que a maior parte das inseguranças jurídicas das Etecs foi equacionada.

Fonte: Pellegrini *et al.* (2017). Disponível em: <<https://bit.ly/3vAwSoE>>.

Diante de todas essas modalidades de contratação, a CTP tem a vantagem de ser mais objetiva e ocorrer sob as regras gerais da licitação. Isto é, confere um

tratamento mais adequado à natureza do processo inovativo, pois permite qualificar o objeto de aquisição segundo aspectos de qualidade e complexidade tecnológica, mas não depende do uso de novas modalidades de contratação, que por vezes dependem de discussões complexas da perspectiva jurídica sobre existência de risco tecnológico, restrição eventual a determinados tipos de empresa e a demonstração da inexistência em mercado da solução. Por isso, se bem empregada, pode se tornar uma ferramenta importante para difundir inovações por meio do uso do poder de compra do Estado e, até mesmo, promover inovações incrementais por fornecedores que busquem oferecer produtos aprimorados a clientes públicos.

Como afirmado na introdução, é fácil de perceber como a CTP, nos termos anteriormente descritos, pode ter um papel fundamental na difusão da inovação, ou seja, em casos em que a inovação já aconteceu no mercado e o governo deseja incorporar essa inovação em suas práticas. Além disso, a CTP poderia ser um estímulo para que empresas realizem inovações incrementais em seus produtos de forma a melhor atender às necessidades públicas. É possível esperar que as compras públicas para inovação já existentes ou incrementais, por sua vez, facilitariam que o próprio mercado difundisse essas inovações no setor privado, uma vez que a demanda do governo traria maior segurança de retorno aos investimentos realizados em um setor. O Estado, assim, está reforçando o comportamento de riscos assumidos pelos fornecedores e a busca por melhoria contínua pelo empreendedor.

3 ALTERAÇÕES E DESAFIOS TRAZIDOS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI Nº 14.133/2021): OPORTUNIDADE DE EVOLUÇÃO?

A edição da Lei nº 14.133/2021 abre oportunidade para a revisão de entendimentos construídos ao longo do tempo a respeito da aplicação da CTP, ao mesmo tempo em que algumas de suas disposições podem representar limitações substanciais às possibilidades de emprego desse tipo de licitação para as contratações públicas.

Esta seção apresenta os três temas da aplicação da CTP que nos parecem representar os principais desafios (e oportunidades) derivados da nossa legislação atual. Coincidentemente, esses três temas correspondem às perguntas centrais dos processos de elaboração de editais para concorrências por técnica e preço, e da sua execução: i) quando a concorrência por técnica e preço pode ser empregada e como deve ser justificada?; ii) como definir o objeto que a administração busca contratar?; e iii) como definir e aplicar esses critérios de julgamento, tanto na redação do edital quanto em sua aplicação?

Vistas pelo seu reverso, essas três questões podem ser compreendidas a partir das dificuldades em justificar a possibilidade de emprego da CTP em licitações planejadas, da necessidade de detalhamento cuidadoso da solução que se busca contratar, e de um padrão que pode ser por vezes excessivamente formalista para o julgamento das propostas técnicas.

Consideramos que, para que a CTP possa produzir seus melhores resultados, é necessário superar os desafios existentes em cada uma dessas etapas, como passamos a discutir a seguir.

3.1 Possibilidade de uso da CTP

Como se afirmou anteriormente, a CTP não é um conceito novo na legislação brasileira. A Lei nº 8.666/1993 já previa a possibilidade de a administração, em uma concorrência, utilizar o critério de julgamento de propostas de técnica e preço. As possibilidades de seu uso, contudo, eram restritas. A legislação admitia o uso da CTP nas hipóteses a seguir descritas.

- 1) Para contratação de bens e serviços de informática (Brasil, 1993, art. 45).
- 2) Para contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, e de engenharia consultiva em geral, além de elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (Brasil, 1993, art. 46).
- 3) Excepcionalmente, e somente por autorização expressa e justificativa da maior autoridade promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitisse soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas pudessem ser adotadas à livre escolha dos licitantes (Brasil, 1993).

Uma rápida análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e de outras mudanças legais demonstra que a possibilidade de uso da CTP se tornou ainda mais restrita com o tempo a partir de decisões dos próprios órgãos de controle.

A partir do início dos anos 2000, consolidou-se o entendimento de que seria possível a utilização da modalidade de pregão, por menor preço, para contratação de serviços de tecnologia da informação (TI), quando esses pudessem ser caracterizados como serviços comuns. Nesse sentido, dispôs tanto o art. 1º da Lei nº 10.520/2002 como uma série de julgados do TCU. Entre outros, por exemplo, o Acórdão nº 2.094/2004, do Plenário, que estabeleceu: “a licitação na modalidade pregão é admitida para a aquisição de *softwares*, desde que estes possam ser nitidamente classificados como bem comum (...) O uso de outra modalidade deve ser feito pelo tipo técnica e preço” (TCU, 2004, p. 16).

É importante esclarecer que a possibilidade de utilização de pregão para compra de bens e serviços de TI foi uma inovação processual relevante para simplificar esse processo e facilitar a disseminação do uso de TI na administração pública.

Já no final da década de 2000, o TCU consolidou o entendimento de que o pregão para serviços de TI não era somente uma possibilidade, mas obrigatório quando se tratasse de contratação que pudesse ser considerada comum:

o entendimento do TCU é no sentido de que a licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado deve ser *obrigatoriamente* realizada pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, mesmo quando se tratar de serviços complexos ou críticos (TCU, 2008, p. 76; 2010, p. 46-47, grifo nosso).

Mesmo que a possibilidade de CTP para contratação de bens e serviços de TI tenha sido bastante restringida, a CTP também foi utilizada diversas vezes a partir da Lei nº 8.666/1993 para contratação de serviços especializados de advocacia, de comunicação e imprensa e para elaboração e revisão de projetos básicos de obras rodoviárias, entre outras. Como se percebe por essas menções, não parecia haver uma preocupação explícita do legislador ou dos gestores públicos em utilizar a CTP para promoção ou difusão da inovação.

A preocupação com a inovação começa a aparecer explicitamente com o advento do chamado RDC, por meio da Lei nº 12.462/2011, em especial no seu art. 20, que passou a prever que CTP poderia ser utilizada para objetos:

- I – de natureza predominantemente intelectual e de *inovação tecnológica ou técnica*;
- II – executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito de mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente fossem oferecidas para cada produto ou solução (Brasil, 2011, art. 20, grifo nosso).

O RDC foi criado para facilitar a execução das obras necessárias para a promoção de grandes eventos – como os Jogos Olímpicos 2016 e a Copa do Mundo Fifa 2014 – e aeroportos. Assim, o regime esteve inicialmente restrito à contratação de poucas obras de infraestrutura. Com o passar do tempo, ampliou-se o rol de órgãos públicos que podiam utilizar as regras do RDC e, em 2016, o Novo Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei nº 13.243/2016) incluiu a possibilidade de uso por órgãos dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (Brasil, 2016, art. 1º, inciso X).

É no âmbito desse histórico legal e jurisprudencial que a Lei nº 14.133/2021 ampliou e consolidou as seguintes hipóteses de utilização de critério de julgamento de técnica e preço em licitações:

- I – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II – serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III – bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV – obras e serviços especiais de engenharia;

V – objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação (Brasil, 2021a, art. 36, § 1^a).

Como é possível notar, os incisos I, II e III trazem uma redação aprimorada em relação à Lei nº 8.666/1993 e às decisões do TCU sobre o uso do critério de técnica e preço, embora permaneçam os desafios típicos dessas hipóteses, quais sejam: como obter atestados de autoridades técnicas de reconhecida qualificação? O que são serviços e bens especiais de TI? O inciso IV, por sua vez, dialoga diretamente com o RDC, enquanto o inciso V traz a hipótese claramente mais relevante para as possibilidades de uso da CTP para difusão de inovação. É importante que esses desafios sejam enfrentados para que a CTP seja mais amplamente empregada.

QUADRO 1
Comparativo entre uso de CTP antes e depois da nova lei de licitações

Lei nº 8.666/1993	Lei nº 14.133/2021
Contratação de bens e serviços de informática (art. 45).	Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado.
Contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual – por exemplo, elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento etc. (art. 46).	Serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação.
<i>Excepcionalmente</i> , e somente por autorização expressa e justificativa da maior autoridade promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitisse soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas pudessem ser adotadas à livre escolha dos licitantes.	Bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação.
	Obras e serviços especiais de engenharia.
	Objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.
Lei nº 12.462/2011 (RDC)	
Contratação de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica. Contratação de objetos executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito de mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente fossem oferecidas para cada produto ou solução.	

Fontes: Brasil (1993; 2011; 2021a).
Elaboração dos autores.

3.2 Detalhamento do bem ou serviço que se busca contratar

Para qualquer contratação pública que se pretenda fazer, exige-se a elaboração de uma série de documentos voltados à especificação do objeto que se buscará contratar, a serem elaborados pela administração *antes* da publicação do edital de licitação.

A fase preparatória de uma licitação deve compreender, nos termos do art. 18 da Lei nº 14.133/2021, entre outros:

I – a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II – a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; (...)

IV – o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação (Brasil, 2021a, art. 18).

O *estudo técnico preliminar* deve conter, entre outros:

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;

V – levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

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;

VII – descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII – justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX – demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; (...)

XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina (Brasil, 2021a, art. 18, § 1º).

Entre os elementos listados pela lei para o estudo técnico preliminar, é obrigatório (em quaisquer licitações) que constem os incisos I, IV, VI, VIII e XIII. O § 2º do art. 18 da Lei nº 14.133/2021 indica que não seria possível afastar a presença desses requisitos sequer mediante justificativa.¹⁶ Ou seja, uma leitura

16. Lei nº 14.133/2021, art. 18, § 2º: "O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas" (Brasil, 2021a).

literal da Lei nº 14.133/2021 indica que nenhuma contratação a ser realizada sob o seu regime poderia dispensar, na fase preparatória, a elaboração de um documento no qual se indique, além da descrição da necessidade da administração e da adequação da contratação pretendida para atendê-la: i) estimativas de quantidades para a contratação; ii) preços unitários referenciais; e iii) *descrição da solução como um todo*. Além desses, em conta do inciso IV do art. 18, também é necessário que a administração apresente um orçamento estimado.

Quando se pensa em licitações de inovação, o atendimento a esses requisitos pode representar um desafio.

Em primeiro lugar, considerando a possibilidade de que as licitações por técnica e preço fossem empregadas com o efeito de dar ao gestor condições de contrapor soluções técnicas distintas, a necessidade de definição (com conseqüente uniformização) da solução pretendida, de seus preços unitários e itens, é uma barreira a ser superada.

Por sua vez, o gestor não terá necessariamente condições de detalhar esses elementos nos casos em que não tenha clareza ou não queira fechar o universo de possíveis soluções alternativas para o atendimento à sua demanda, seja porque já existem diversas soluções alternativas no mercado – hipótese em que o gestor gostaria de receber ofertas de soluções distintas, sem especificar o fornecimento excessivamente, valendo-se de todo o potencial da CTP como mecanismo para competição em torno do custo-benefício de soluções distintas –, seja porque uma solução de prateleira não se encontra disponível, mas pode ser criada por meio de inovações incrementais – caso em que parte da contratação abrangerá justamente a definição da melhor solução para o atendimento da administração.

Em acréscimo ao estudo técnico preliminar, a administração também está obrigada a detalhar o fornecimento que busca contratar (Brasil, 2021a, art. 18, inciso II). O cumprimento dessa obrigação está organizado a partir de dois regimes legais separados, mas convergentes – em especial após a edição da Lei nº 14.133/2021, que incorporou novas obrigações mais específicas voltadas a demandar *maior* especificação do objeto pelo gestor público. O primeiro é voltado aos serviços de engenharia; o segundo a quaisquer outros bens ou serviços.

Para a contratação de serviços de engenharia, a regra geral é de que a administração forneça aos particulares que desejem participar da licitação um *projeto básico*. Esse tipo de projeto deve abranger o

conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (Brasil, 2021a, art. 6º, inciso XXV).

O projeto básico deve incluir a identificação de soluções técnicas *suficientemente detalhadas*, que possibilitem a estimativa de variáveis centrais do fornecimento futuro – como quantidades, preços e prazos. Inclusive (exceto no caso de contratação integrada e semi-integrada), deve haver, já no projeto básico, o orçamento detalhado do custo global da obra, incluindo quantitativos de serviços e fornecimentos. Nos casos de contratações integradas (em que o particular deve elaborar o projeto e executar a obra), a Lei nº 14.133/2021 determina a elaboração de um *anteprojeto*, menos específico, pela administração.¹⁷

Busca-se, com essa obrigação, que a administração apresente um documento capaz de organizar a contratação futura, de modo a evitar variações excessivas entre o projeto imaginado e o projeto que venha a ser efetivamente executado durante a contratação.

Considerando que as contratações de inovação (ainda que de difusão) possam incorporar elementos que se confundam ou correspondam efetivamente a serviços de engenharia, em particular em conta da relativa falta de especificidade da definição desses serviços,¹⁸ é necessário que a administração atente para a eventual necessidade de elaboração de projeto básico para algumas contratações de inovação.¹⁹ Cabe também ponderar sobre a possibilidade de que a exigência de definição demasiada do objeto pretendido se apresente como obstáculo a contratações de inovação.

Há um precedente ilustrativo dos dois dilemas gerados por essa obrigação: de um lado, a indefinição em relação aos casos em que a elaboração de projeto básico é obrigatória; de outro, a limitação às possibilidades de contratação disponíveis à administração em conta dessa obrigação.

Trata-se de caso de licitação e contrato da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) analisado pelo TCESP.²⁰ O caso envolveu uma licitação que tinha por objeto a contratação de sistema de tratamento de lodo por técnica que torna desnecessária a disposição de resíduos do processo de tratamento de esgotos em aterros sanitários (sistema de gaseificação por tochas de plasma térmico). No entendimento das áreas técnicas do TCESP, a contratação apresentaria *indícios de direcionamento e superfaturamento* e teria sido realizada sem o atendimento a procedimentos que teriam sido necessários para a contratação de serviços de engenharia – no caso, a prévia elaboração de um projeto básico que permita o controle de quantitativos de bens e serviços necessários a uma obra.

17. Lei nº 14.133/2021, art. 46, § 2º (Brasil, 2021a). Essa alternativa, que deriva da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011), pode ser uma via interessante para contratações de inovação.

18. Lei nº 14.133/2021, art. 6º, inciso XXIV (Brasil, 2021a).

19. Nesse ponto, o art. 18, § 3º da Lei nº 14.133/2021 (Brasil, 2021a) poderia ser empregado para afastar a obrigação de elaboração de projeto básico, bastando a elaboração de termo de referência para obras e serviços comuns de engenharia.

20. TCESP, TC 1347/989/15, rel. cons. Valdenir Polizeli, rel. p/ acórdão cons. Dimas Ramalho, J., em 18/5/2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3epQJ5a>>.

A Sabesp, no entanto, não adotou esse procedimento justamente porque queria receber propostas tecnológicas alternativas de licitantes, de modo a contratar a solução que fosse mais adequada – o que seria impossível caso tivesse contratado a formulação ou elaborado um projeto básico antes da licitação.

Naquele caso, de acordo com as informações providas pela Sabesp no processo, a empresa buscava justamente a possibilidade de contratar uma solução que seria apresentada pelas potenciais interessadas – e não um produto/serviço que pudesse ser integralmente definido de antemão pela Sabesp. A obrigação de elaboração de um projeto básico fechado e relativamente detalhado – ou até mesmo de um termo de referência excessivamente direcionado ao objeto a ser fornecido (como discutiremos a seguir) – comprometeria essa possibilidade, de maneira que a Sabesp se limitou a elaborar documentos técnicos que possibilitariam a contraposição de soluções distintas a serem ofertadas pelas licitantes.²¹

O único ponto definido pela Sabesp foi que o processo deveria ser mediante a tocha de plasma, em razão da temperatura gerada. Todo o resto da composição estava atrelado à técnica que seria oferecida pela interessada. Por isso, não fazia sentido pré-estabelecer um projeto básico, pois poderia inviabilizar determinada técnica. Era a interessada que deveria propor a forma de compor os materiais e, por consequência, os requisitos de instalação (TCESP, TC 1347/989/15, notas taquigráficas, manifestação do cons. relator).²²

Colocado o dilema, votou o relator. Para ele, a contratação seria regular, com base no entendimento de que ela seria não de serviços de engenharia, mas sim de aquisição de um bem – sendo, portanto, dispensada a exigência de elaboração de um projeto básico. Em voto-vista, no entanto, apresentou-se posição de que a licitação e a contratação irregulares, com fundamento na consideração de se tratar de contrato de obra, sendo por consequência irregular a ausência de projeto básico. Em conta dessa ausência, seria impossível o controle dos preços ofertados, o que seria igualmente irregular. O posicionamento formou maioria no TCESP, julgando-se irregular a contratação.

Esse precedente é ilustrativo dos desafios impostos pela legislação brasileira de licitações em contratações de inovação. A exigência de elaboração de um projeto básico detalhado pode corresponder a empecilho à utilização da CTP como ferramenta para contratações de inovação (ainda que apenas para sua difusão), já que nem sempre será possível ou desejável fixar de antemão, ainda antes da publicação do edital, as características específicas do fornecimento desejado. Esse desafio pode se tornar paradoxal se considerarmos que, se bem aplicada, a CTP poderia ser instrumento voltado justamente à contraposição de soluções técnicas

21. Inclui justificativa de preços, critérios de medição e *especificação técnica* da contratação pretendida, como constam do Edital de Concorrência Sabesp MT 36553/14.

22. Disponível em: <<https://bit.ly/3TcsntN>>.

distintas, apresentadas por licitantes para o atendimento de demandas definidas pela administração, a serem valoradas e graduadas no mérito de acordo com suas vantagens e desvantagens.²³

Até mesmo fora do âmbito dos serviços de engenharia, para quaisquer outros bens ou serviços que se busque contratar, a Lei nº 14.133/2021 tornou obrigatória a elaboração de *um termo de referência*, que infelizmente a lei tornou muito próximo de um projeto básico de engenharia. O desafio indicado pelo caso da Sabesp exposto anteriormente pode se manifestar até mesmo em contratações que não sejam consideradas como de serviços de engenharia, a depender da especificidade exigida para esse documento.

Essa exigência vai além dos requisitos legais que existiam até aqui. A previsão da obrigação de elaboração de um termo de referência para aquisições de bens e serviços surgiu com a regulamentação do pregão (Decreto nº 3.555/2000). Essa exigência não era prevista no regime geral de contratações colocado pela Lei nº 8.666/1993, apesar de já constar em regulamentos específicos para algumas modalidades de compras, como as compras de TICs.²⁴ Foi, no entanto, incorporada e substancialmente especificada pela Lei nº 14.133/2021.

O termo de referência é um documento menos abrangente e detalhado que um projeto básico. Ainda assim, a Lei nº 14.133/2021 ampliou a especificação de seu conteúdo mínimo – de modo a aproximá-lo do que seria um projeto básico para a contratação de serviços de engenharia. Nos termos da nova lei, o termo de referência deverá conter:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;

23. É interessante notar que esse tipo de desafio poderá se apresentar até mesmo em outras modalidades de licitação (ainda que mais flexíveis que a CTP). Entendemos possível que se estabeleça debate, por exemplo, no DC a respeito do detalhamento e das características dos documentos instrutórios da licitação.

24. Por exemplo, a Instrução Normativa nº 4, de 19 de maio de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e demais normativas que seguiram regulamentando as compras de serviços de TI. Vale notar que o TCU determinou, em 2008, ao Ministério do Planejamento, que editasse norma especificando o conteúdo mínimo do termo de referência para contratações de TI: "9.1. Recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) que preveja, em documento normativo que trate exclusivamente de licitação e contratação de serviços de tecnologia da informação, distinto da norma que se refere genericamente à contratação de outros serviços, que os projetos básicos ou termos de referência, utilizados pelos entes da administração pública federal para contratar serviços de tecnologia da informação, contenham, no mínimo, os tópicos a seguir" (TCU, 2008, p. 74).

- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária (Brasil, 2021a, art. 6º, inciso XXIII).

Portanto, quantitativos, descrição da solução, critérios de medição e estimativa de valor da contratação, incluindo preços unitários, passaram a ser elementos obrigatórios dos termos de referência que devem ser elaborados para quaisquer contratações de bens e serviços.²⁵

Em conta disso, a Lei nº 14.133/2021 apresenta desafios que nos parecem merecer atenção para as contratações (ao menos de difusão) de inovação até mesmo fora das hipóteses de obrigatoriedade de elaboração de projeto básico.

Diante desses desafios, é necessário que se abram possibilidades mais claras, na prática, na regulamentação e na jurisprudência, quanto à especificação necessária do objeto que se busca contratar, de modo que a administração possa empregar a CTP para contratações de inovação. Em particular, é necessário que haja abertura para que as definições constantes em documentos de planejamento dos processos de licitação, como projetos básicos e termos de referência, possam adotar estratégia de definição voltada não à indicação das características e dos elementos descritivos do produto ou serviço pretendido, mas ao detalhamento do problema enfrentado pela administração e, quando for necessário, diretrizes funcionais sobre as soluções pretendidas.

Nesse contexto, é relevante debater as possibilidades de que a administração, em vez de definir cada aspecto do fornecimento que deseja contratar, apresente os objetivos que devem ser atendidos pela solução a ser contratada. Apesar de a Lei nº 14.133/2021 possibilitar uma leitura excessivamente restritiva da obrigatoriedade e do conteúdo mínimo dos documentos de detalhamento do fornecimento pretendido, é necessário encontrar espaços para que a CTP possa ser empregada em seu inteiro potencial.

25. Vale notar que disposições específicas para determinados tipos de compras complementam esse universo de informações necessárias.

Nessa direção, o inciso V, do art. 36, da Lei nº 14.133/2021 oferece um direcionamento que pode ser aproveitado. Ao tratar das hipóteses em que a CTP pode ser empregada, indica que uma delas é aplicável a:

V – objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação (Brasil, 2021a).

Esse inciso define exatamente o cenário em que a CTP pode ser mais bem utilizada: nos casos em que houver possibilidade de adoção de soluções alternativas, que podem ser executadas de modos distintos, gerando repercussões sobre a qualidade no atendimento da demanda da administração. Os desafios discutidos até aqui, como entendemos, apenas podem se compatibilizar com essa previsão da própria Lei nº 14.133/2021 caso se confira às previsões que obrigam a administração a definir o objeto que pretende contratar uma leitura menos fechada, que caminhe na direção da possibilidade de que o gestor defina em seus projetos e termos de referência as necessidades da administração, e não as características específicas do fornecimento que espera receber.

Assim, consideramos necessário evoluir na direção do esclarecimento quanto à possibilidade de uso efetivo da CTP, com especificação menos intensa dos documentos preparatórios da licitação, associada à abertura de possibilidade de que a administração receba e avalie propostas substancialmente diferentes, desde que atendidas as necessidades que tenha especificado. Longe de se tratar de uma revolução, um esclarecimento nesse sentido estaria alinhado à própria Lei nº 14.133/2021, que prevê expressamente que a CTP pode ser empregada para objetos que admitam soluções alternativas e variações de execução (previsão essa que já existia inclusive na Lei nº 8.666/1993).

3.3 Avaliação de quesitos técnicos

Finalmente, depois de ter sido justificada a escolha da CTP, e após a definição das necessidades da administração, a próxima etapa do processo que merece atenção é a definição do modo de avaliação das notas técnicas das proponentes. Essa preocupação é relevante desde a fase preparatória da licitação – já que é necessário que o edital seja desenhado de forma a conferir à administração condições de avaliar substantivamente as propostas que sejam apresentadas –, mas também produzirá efeitos sobre o processo licitatório e a futura contratação.

A licitação não pode ser um processo mediante o qual o gestor torce para que a melhor solução vença; deve, ao contrário, ser um processo que habilita a administração a eger critérios de julgamento que lhe permita realizar uma avaliação

substantial, orientada às suas necessidades, das propostas apresentadas. O dilema, nesse ponto, é que a adoção do critério de julgamento por técnica e preço, especificamente quanto à avaliação de quesitos técnicos, não habilita a administração a avaliar de maneira substancial as soluções apresentadas pelos proponentes.

Esse dilema deriva de leituras jurisprudenciais, de órgãos consultivos e feitas pelos próprios gestores, historicamente restritivas quanto ao conceito de “tratamento isonômico” entre os licitantes, que é exigido pela Constituição Federal de 1988 – CF/1988 (Brasil, 1988, art. 37, inciso XXI). Nessas leituras, o tratamento entre os licitantes apenas poderia ser isonômico mediante a adoção de critérios de julgamento objetivos, compreendidos como aqueles em cuja aplicação seria impossível que se manifestasse qualquer subjetividade do julgador.²⁶ Esse engessamento pode resultar, por vezes, na eleição de quesitos técnicos que não aferem quão bem cada solução atende às necessidades da administração.

Uma leitura excessivamente rígida a respeito do que seria um critério de julgamento objetivo pode gerar dificuldades com a utilização da CTP a seu máximo potencial, por dificultar que os quesitos técnicos sejam definidos de modo a permitir uma avaliação substancial das vantagens e desvantagens de cada proposta. Em conta disso, é necessário que os quesitos de julgamento técnico sejam avaliados detidamente, tanto sob a perspectiva de possibilitarem a avaliação pretendida pela administração quanto pela perspectiva de que não sejam considerados subjetivos em eventuais questionamentos da licitação.

Deve-se, assim, evitar um modelo de avaliação de propostas técnicas excessivamente formalista e divorciado da efetiva avaliação das propostas apresentadas diante das necessidades da administração.²⁷

Também aqui a Lei nº 14.133/2021 estabeleceu regras mais específicas que as anteriormente existentes,²⁸ que devem ser avaliadas cuidadosamente (e estrategicamente)

26. Por exemplo: “9.2.6. Estabeleçam critérios específicos para a gradação das notas técnicas em certames do tipo técnica e preço, de forma a evitar a ocorrência de subjetividade no julgamento das propostas, eis que tal circunstância atenta contra o princípio da isonomia e da igualdade” (TCU, 2013, p. 24).

27. Por exemplo, em caso do TCESP envolvendo a contratação de sistema de ensino, houve a consideração por parte do órgão de controle de que teria sido necessária a definição de quesitos mais atrelados a uma avaliação efetiva das propostas, ainda que menos quantitativos: “Dispositivos do edital, escolhidos pela municipalidade para atribuição de pontuação às propostas técnicas, não prestigiam ou enfatizam o conteúdo delas propriamente dito, afastando-se dessa concepção para valorar aspectos quantitativos, de que são exemplos periodicidade das visitas de suporte pedagógico (item 6.1.2 do edital), o prazo para disponibilização, no município, de local próprio para atendimento dos docentes municipais (item 6.1.3.1), prazo de duração de seminários (item 6.1.4.1, “a” e “b”), bem como adição extra de pontos vinculados à oferta de bolsas de curso de MBA a docentes do município (item 6.1.5.1) e à oferta de bolsas de participação de docentes e equipe técnica da prefeitura em *workshops*, seminários e eventos de caráter pedagógico patrocinados pela contratada (item 6.1.5.2)” (TCESP, 2013, p. 7).

28. O art. 46, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 previa o seguinte quanto aos quesitos técnicos: “(devem ser) critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução” (Brasil, 1993).

pelo gestor que busque empregar a CTP. Apesar disso, tendo em conta que a nova lei ainda não foi aplicada, ela igualmente representa uma oportunidade para buscar a consolidação de novos entendimentos, mais atentos à necessidade de que a administração adote critérios de julgamento eficazes.

O art. 37 da Lei nº 14.133/2021 prevê que o julgamento de técnica deverá ser realizado por:

- I – verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;
- II – atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;
- III – atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (Brasil, 2021a).

Há, assim, dois grupos de critérios de avaliação de nota técnica que podem ser empregados, a seguir detalhados.

- 1) Os pertinentes à experiência anterior dos licitantes, dentro (inciso III) e fora (inciso I) de licitações públicas; e
- 2) Os quesitos de mérito – voltados à avaliação qualitativa de: i) conhecimento do objeto; ii) metodologia e programa de trabalho; iii) relação de produtos que serão entregues; e iv) novamente, a qualificação das equipes de trabalho – que já foi ao menos parcialmente valorada nos incisos I e III.²⁹

Ou seja, entre todos os critérios de avaliação propostos pela lei, apenas os subitens pertinentes à demonstração de conhecimento do objeto, à metodologia/ programa de trabalho e à relação dos produtos que serão entregues são propriamente voltados à avaliação substancial da proposta apresentada. Até mesmo o quesito de conhecimento do objeto poderia ser compreendido (a nosso ver de forma equivocada) como uma avaliação de qualificação do proponente, não necessariamente

29. O conteúdo do artigo é bastante semelhante à determinação do TCU no item 9.2.3 de seu Acórdão nº 1.910/2007: “9.2.3. em atenção ao princípio da eficiência e ao previsto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, nas contratações de fornecimento de serviços de TI, abstenha-se de utilizar indiscriminadamente critérios de pontuação que valorem apenas as experiências passadas dos licitantes, como aqueles aferidos pela apresentação de atestados de execução de serviços, e considere a existência de três grupos de critérios de pontuação: os baseados na experiência passada da licitante (por exemplo, atestados de execução de serviços), os baseados na sua situação atual (por exemplo, certificações) e os parâmetros de execução contratual que o licitante pode oferecer na sua proposta técnica (por exemplo, índice mensal máximo de defeitos no *software*), balanceando o peso de cada grupo de acordo com o tipo do objeto a ser contratado”. Disponível em: <<https://bit.ly/3ywYoF5>>.

de sua proposta, mas entendemos que há espaço para que seja usado para que se realize avaliação da solução técnica apresentada.

Esses três tipos de critérios podem ser usados em editais de licitação de CTP como quesitos efetivamente voltados à avaliação do mérito de cada proposta, a seguir apresentados.

- 1) No âmbito de *conhecimento do objeto*, é possível adotar quesitos voltados a uma avaliação de como a proposta técnica se aproveita do estado da arte de uma determinada área, como eventualmente avança em relação às práticas de mercado, ou até mesmo em como se contrapõe em relação à expectativa original da administração (materializada em seus documentos preparatórios), inclusive sob perspectiva de custo-benefício. Isso criaria importante estímulo à inovação.
- 2) A avaliação da metodologia e do programa de trabalho possibilita realizar um julgamento detalhado da solução proposta e do modo de sua execução, especialmente caso tenham sido estabelecidos quesitos de julgamento voltados à avaliação de técnicas/metodologias a serem empregadas em cada etapa, e/ou à eficiência de seu cumprimento – eventualmente, a supressão ou a inclusão de etapas que proporcionem ganhos de eficiência poderia ser valorada em perspectiva de avaliação global da metodologia.
- 3) Quanto à relação de produtos a serem entregues, em primeiro lugar é necessário esclarecer a possibilidade de que sejam avaliados não apenas *produtos*, compreendidos como bens, mas quaisquer entregáveis esperados pela administração – ou seja, bens, serviços, obras, compras etc. Aqui parece haver espaço relativamente amplo para a avaliação das soluções propostas pelos licitantes, caso o foco dado à autorização legal seja nos produtos – e não na *relação* de produtos. Nessa chave de leitura, poderiam ser estabelecidos critérios de julgamento variados voltados à avaliação da qualidade do fornecimento proposto, mas até mesmo critérios que sejam orientados às demandas indicadas pela administração na fase preparatória do processo licitatório. Ou seja, seria em princípio possível avaliar não apenas o fornecimento proposto e seus atributos, mas inclusive a adequação desse fornecimento e de seus atributos à demanda da administração.

Em qualquer desses temas, uma possibilidade que merece ser estudada é a atribuição de notas *em curva*. Em um modelo assim, a proposta mais bem avaliada poderia receber nota máxima em um determinado quesito, sendo as demais avaliadas de acordo com esse *benchmark*. Com isso, a superação das previsões originais da administração em um determinado tema seria valorada e pontuada.

Em síntese, o mais relevante parece ser que o gestor se pergunte, ao começar a definir os critérios de avaliação para a nota técnica, quais critérios afetam de maneira substancial o fornecimento que a administração gostaria de adquirir. Ao desenhar critérios de avaliação a partir dessa pergunta – ao invés de construí-los a partir de um produto a ser fornecido –, a avaliação técnica pode ser fundamental para que a administração contrate produtos e serviços que lhe atendam mais adequadamente, com potencial de promover, como consequência, a difusão de inovação.

Para qualquer quesito de avaliação a ser previsto em atenção aos espaços legais indicados anteriormente, é recomendável que haja um esforço para sua definição objetiva, sempre balizado por um trabalho para que a definição de critérios mais objetivos não represente desatenção à capacidade da administração de avaliar propostas. É imprescindível que esse esforço seja feito, de modo que seja possível a construção de novas referências práticas e jurisprudenciais quanto às possibilidades e ao modo de fazer CTPs, superando-se entendimentos construídos sob a Lei nº 8.666/1993 e que podem não mais ser aplicáveis diante do novo quadro normativo.

Apesar dessa possível leitura positiva, a Lei nº 14.133/2021 inquestionavelmente confere posição de destaque para uma avaliação da qualidade do licitante – e não da qualidade de sua proposta³⁰ –, o que limita o espaço para a aplicação da CTP como mecanismo para a identificação da melhor proposta (entre propostas alternativas) para o atendimento da demanda da administração. Não se trata de afirmar, aqui, que a qualidade do licitante não faça parte da avaliação técnica da solução proposta; dar mais peso a essa qualidade que ao objeto a ser contratado, contudo, pode restringir as possibilidades de uso mais eficaz da CTP.

Inclusive, deve-se notar que esses três temas, que consideramos mais aptos a motivar a adoção de critérios de avaliação substantiva das notas técnicas das proponentes, estão ao lado dos demais temas (e incisos) previstos pela lei. Não há clareza sobre a necessidade de que todos os incisos sejam empregados em quaisquer licitações,³¹ sobre a exaustividade desse rol de temas para elaboração de quesitos técnicos, ou sobre eventuais pesos que devam ser adotados para cada tópico, mas parece possível afirmar que existe espaço para que o gestor exerça uma discricionariedade limitada na definição dos critérios de julgamento. Ou seja, ao mesmo tempo em que a edição da nova lei coloca oportunidade para a criação de novas práticas e precedentes sobre CTP, não há como negar a existência de um espaço de indefinição jurídica quanto aos contornos que a aplicação da lei tomará na prática.

30. Apesar de ser possível considerar que é relevante que se adote critérios de avaliação especificamente voltados à verificação de que as equipes de trabalho que serão empregadas são capacitadas, entendemos que é necessária atenção para que essa valoração não se confunda com nova rodada de verificação de atestados de experiência anterior do licitante e de seus empregados.

31. A própria Lei nº 14.133/2021 parece indicar que o desempenho pretérito na execução de contratos com a administração será quesito obrigatório para pontuação de nota técnica, nos termos de seu art. 36, § 3º (Brasil, 2021a).

Dada essa indefinição, pode haver uma oportunidade relevante para a regulamentação desses temas com vistas à antecipação da eventual atuação de órgãos de controle, pautando o debate sobre a definição das regras aplicáveis à CTP orientada pela necessidade de que esse instrumento seja capaz de atender às suas necessidades.

Combinada aos quesitos técnicos, deverá haver a avaliação do preço proposto. A Lei nº 14.133/2021 determina que a nota de técnica não poderá ter peso superior a 70% da nota total – com os ao menos 30 pontos percentuais (p.p.) remanescentes sendo dedicados à nota de preço (Brasil, 2021a, art. 36, § 2º) –, exceto para os casos de certos serviços predominantemente intelectuais cujo valor da contratação estimado seja superior a R\$ 300 mil, para os quais a proporção de 70% da nota técnica é obrigatória (*op. cit.*, art. 37, § 2º).

Apesar dos desafios, há oportunidade para uso da CTP para contratar inovação. Quanto à avaliação de quesitos técnicos, é importante que seja conferida autonomia aos gestores para que estes definam critérios que possibilitem avaliar propostas de maneira substantiva, a partir de suas vantagens e desvantagens em relação à necessidade da administração. Ou seja, é preciso superar avaliações de nota técnica que se confundam com a verificação formalista de qualificação técnica, por exemplo, número de horas de desenvolvimento em determinada tecnologia. A objetividade do critério de avaliação não pode prejudicar a possibilidade de escolha das melhores propostas.

Esse processo não se dará de um dia para o outro, e os gestores terão que aprender na prática a definir e aferir critérios técnicos. Para acelerar esse aprendizado, seria bastante útil que a administração criasse bancos de critérios técnicos para auxiliar o gestor, assim como a Comissão Europeia tem o banco de critérios para compras sustentáveis.³²

Em síntese, consideramos que há espaço para que a administração adote a CTP como instrumento para contratações de inovação, especialmente para sua fase de difusão, inclusive sob a perspectiva da existência de espaço para a definição de critérios de julgamento eficazes. A Lei nº 14.133/2021 coloca alguns desafios quanto a esse tema, mas consideramos que a vigência da nova lei pode motivar a adoção de práticas e entendimentos mais atentos às demandas da administração. Há, assim, uma oportunidade para a consolidação de novos entendimentos a respeito de como e para que usar as CTPs, inclusive em contratações de inovação.

32. Disponível em: <<https://bit.ly/3QCflon>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

4 CONCLUSÃO: RECOMENDAÇÃO PARA UTILIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DE TÉCNICA E PREÇO, BEM COMO PARA FUTURAS REGULAMENTAÇÕES

Como discutimos até aqui, a CTP pode ser uma ferramenta importante nas contratações públicas de difusão de inovação e na promoção de inovações incrementais. Ela pode ser, nesse sentido, ferramenta útil para atender a um espaço que está, atualmente, desatendido no quadro da prática de compras governamentais. Por um lado, o uso do pregão para compras comuns vem se expandindo desde os anos 2000; por outro, temos a consolidação do uso da Etec para inovação sofisticada a partir de 2018. No meio do caminho, ainda vemos poucas práticas de contratações para difusão de inovação e promoção de inovações incrementais.

Nesse nicho, o gestor público poderia usar o CPSI, o DC e a CTP. O CPSI focando em testes de menor escala; o DC em objetos de alta complexidade. Mas, por ser procedimento mais simples que o DC e com possibilidade de contratar objetos em maior escala que o CPSI, a CTP tem potencial importante em contratações para difusão de inovação e promoção de inovações incrementais. Portanto, diante dos outros instrumentos, a CTP aparece em posição privilegiada como um instrumento de política de inovação pelo lado da demanda quando se quer premiar e incentivar melhores métodos, técnicas e *performances* derivadas de inovações já introduzidas no mercado a partir de avaliações efetivas de custo-benefício.

Para isso, no entanto, há necessidade de um esforço para a definição de novos parâmetros com vistas à realização desse tipo de processo licitatório. A Lei nº 14.133/2021 trouxe atualização substancial de praticamente toda a legislação brasileira de licitações, tendo talvez pecado pelo excesso de especificação e por seu foco em procedimentos e ritos formais. Apesar disso, a nova lei pode ser empregada como oportunidade para superar os desafios que historicamente têm tornado a CTP uma ferramenta pouco empregada.

É fundamental desatar o nó pelo qual as CTPs tiveram, até o momento, pouca atratividade para contratações de difusão de inovação. Esse nó é composto pelos três fios que buscamos discutir neste capítulo: i) nem sempre é fácil justificar a possibilidade de uso de CTP; ii) superada essa etapa, é necessário definir o objeto que se pretende contratar, evitando o detalhamento excessivo que esvazia, ao menos em parte, o propósito de contraposição de soluções alternativas que a CTP possibilita; e iii) é necessário definir de maneira cuidadosa os quesitos para avaliação técnica das propostas, de modo a possibilitar que dela resulte a escolha da solução de melhor custo-benefício para a administração.

Esses dois últimos desafios estão, a nosso ver, particularmente entranhados: o engessamento excessivo da definição do objeto que a administração busca contratar, já na fase de estudos anteriores à publicação do edital de CTP, faz com que as soluções apresentadas pelos competidores sejam substancialmente muito próximas,

o que esvazia a competição no mérito entre soluções alternativas (e inovadoras) que poderiam ser apresentadas pelos licitantes e graduadas pela administração em um processo de avaliação substancial e meritória de cada uma dessas propostas. Nessas condições, pode não restar muito espaço para que o gestor público contraponha e avalie soluções distintas que sejam apresentadas à demanda posta para contratação pela administração.

A conjugação desses dois fatores pode, assim, retirar o propósito da realização de processos competitivos de CTP, em especial para a contratação de soluções inovadoras, ainda que se considere a ampliação das hipóteses em que a CTP pode ser empregada, na Lei nº 14.133/2021. Sem superação desses desafios, contratações – ainda que de difusão de inovação – precisarão ser realizadas por procedimentos específicos (como Etec), de menor escala (como CPSI), mais complexos (como DC), ou por processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Para enfrentá-los, é importante que todos os envolvidos em compras tenham em mente o potencial da CTP quando permite avaliar propostas de maneira substantiva, a partir de suas vantagens e desvantagens em relação à necessidade da administração. Os gestores públicos, tanto em licitações como em regulamentação, assim como os controladores, devem perseguir esse potencial em sua prática de realização de compras, elaboração normativa regulamentadora ou atividade de controle. A nova lei traz essa oportunidade de buscarmos uma prática mais efetiva para CTP na difusão e promoção de inovação incremental.

REFERÊNCIAS

ANDREONI, A.; CHANG, H.-J.; LABRUNIE, M. *Natura non facit saltus: challenges and opportunities for digital industrialisation across developing countries. The European Journal of Development Research*, v. 33, n. 2, p. 330-370, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/3pzHkJw>>.

_____. 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 jun. 1993.

_____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 ago. 2011.

_____. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jan. 2016.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º abr. 2021a.

_____. Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 jun. 2021b.

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

EDQUIST, C.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, J. M. Functional procurement for innovation, welfare and the environment. **Science and Public Policy**, v. 47, n. 5, p. 595-603, 2020.

FASSIO, R. C. *et al.* (Org.). **Revisitando as compras públicas para inovação no Brasil**: oportunidades jurídicas e institucionais, Washington: BID, set. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3ztK3ZH>>. Acesso em: 1º nov. 2021.

HOEZEN, M.; VOORDIJK, H.; DEWULF, G. Contracting dynamics in the competitive dialogue procedure. **Built Environment Project and Asset Management**, v. 2, n. 1, p. 6-24, 6 July 2012.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Fighting bid rigging in Brazil**: a review of federal public procurement. Paris: OECD, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3zRM4QK>>. Acesso em: 20 out. 2021.

PELLEGRINI, F. *et al.* “De alfinete a foguete”: a Lei nº 8.666 como arcabouço jurídico no Programa China-Brazil Earth Resources Satellite (CBERS) – um estudo de caso do fornecimento da câmera multi espectral regular (MUX) pela Opto Eletrônica (OPTO). *In*: RAUEN, A. T. (Org.). **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3PVsmcE>>.

RAUEN, A. T.; PAIVA, B. S. **Impacts of public procurement on business R&D efforts**: the Brazilian case. Brasília: Ipea, Oct. 2019. (Discussion Paper, n. 246).

SQUEFF, F. de H. S. **O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico**: análise do caso brasileiro. Brasília: Ipea, jan. 2014. (Texto para Discussão, n. 1922). Disponível em: <<https://bit.ly/3bz7qZM>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

TCESP – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **TC-001577/009/06**. São Paulo: TCESP, 2013.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acordão Plenário nº 2.094**. Brasília: TCU, 2004.

_____. **Acórdão Plenário nº 2.471**. Brasília: TCU, 2008.

_____. **Acórdão Plenário nº 1.597**. Brasília: TCU, 2010.

_____. **Acórdão Plenário nº 769**. Brasília: TCU, 2013.

