

PROCESSO: 023.053/2023-2.

NATUREZA: Administrativo.

ORIGEM: Secretaria-Geral de Administração.

INTERESSADO: Tribunal de Contas da União (TCU).

SUMÁRIO: Licitação especial. Lei Complementar n. 182, de 2021. Contrato Público de Solução Inovadora (CPSI). Prestação de serviços de desenvolvimento e qualificação tecnológica voltados para comprovar a aplicação de solução inovadora na resolução do seguinte desafio: fiscalização periódica, tempestiva e em larga escala de obras de calçamento e pavimentação. Análise das minutas de contrato. Conformidade com a legislação pertinente. Remessa à Secretaria-Geral de Administração.

I - Introdução

Trata-se de procedimento licitatório especial, instituído pela Lei Complementar n. 182, de 2021, para celebração de Contrato Público de Solução Inovadora (CPSI) com pessoa física ou jurídica com vistas à prestação de serviços de desenvolvimento e qualificação tecnológica voltados para comprovar a aplicação de solução inovadora na resolução do seguinte desafio: fiscalização periódica, tempestiva e em larga escala de obras de calçamento e pavimentação urbanas ou em estradas vicinais ligando áreas urbanas próximas.

2. Os autos retornaram a esta unidade por determinação do Secretário-Geral de Administração (Peça 132), para exame das minutas de contrato elaboradas na fase de negociação (Peças 121, 122 e 123), em atendimento ao disposto no *caput* do artigo 53 da Lei n. 14.133, de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC).

3. Em obediência ao disposto no artigo 18 da NLLC, o certame licitatório levou à constituição de processo administrativo eletrônico devidamente autuado e protocolado, contendo documentação essencial para a regular constituição do referido processo, ressalvados os documentos e justificativas posteriormente consignados neste parecer.

4. Preliminarmente, é devido esclarecer que a análise dos aspectos técnicos da presente licitação não se mostra tarefa afeta a esta unidade. Presume-se, então, que todas as especificações técnicas, inclusive pesquisa de preços e a consequente elaboração de orçamento estimativo em planilhas de composição de custos, tenham sido regularmente apuradas pela unidade competente e conferidas pela autoridade responsável pela contratação. Esses são assuntos que não estão no âmbito de competência da

Consultoria Jurídica, o que não é óbice para emissão de eventuais alertas à Administração sobre tais aspectos.

II - Licitação especial para celebração de CPSI

5. A modalidade especial de licitação para firmar Contrato Público de Solução Inovadora está prevista na Lei Complementar n. 182/2021, que institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador (Lei das Startups). O referido diploma legal dispõe que a contratação de soluções inovadoras pelo Estado tem por finalidade “*resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia*”, bem como “*promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado*” (art. 12, incisos I e II). Seu art. 13 estabelece:

Art. 13. A administração pública poderá contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a ser desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico, por meio de licitação na modalidade especial regida por esta Lei Complementar.

§ 1º A delimitação do escopo da licitação poderá restringir-se à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados pela administração pública, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensada a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, e caberá aos licitantes propor diferentes meios para a resolução do problema.

6. A seguir, o artigo 14 da Lei Complementar n. 182/2021 trata especificamente do contrato público para solução inovadora, *verbis*:

Art. 14. Após homologação do resultado da licitação, a administração pública celebrará Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI) com as proponentes selecionadas, com vigência limitada a 12 (doze) meses, prorrogável por mais um período de até 12 (doze) meses.

§ 1º O CPSI deverá conter, entre outras cláusulas:

I - as metas a serem atingidas para que seja possível a validação do êxito da solução inovadora e a metodologia para a sua aferição;

II - a forma e a periodicidade da entrega à administração pública de relatórios de andamento da execução contratual, que servirão de instrumento de monitoramento, e do relatório final a ser entregue pela contratada após a conclusão da última etapa ou meta do projeto;

III - a matriz de riscos entre as partes, incluídos os riscos referentes a caso fortuito, força maior, risco tecnológico, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV - a definição da titularidade dos direitos de propriedade intelectual das criações resultantes do CPSI; e

V - a participação nos resultados de sua exploração, assegurados às partes os direitos de exploração comercial, de licenciamento e de transferência da tecnologia de que são titulares.

§ 2º O valor máximo a ser pago à contratada será de R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais) por CPSI, sem prejuízo da possibilidade de o edital de que trata o art. 13 desta Lei Complementar estabelecer limites inferiores.

§ 3º A remuneração da contratada deverá ser feita de acordo com um dos seguintes critérios:

- I - preço fixo;
- II - preço fixo mais remuneração variável de incentivo;
- III - reembolso de custos sem remuneração adicional;
- IV - reembolso de custos mais remuneração variável de incentivo; ou
- V - reembolso de custos mais remuneração fixa de incentivo.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco tecnológico, os pagamentos serão efetuados proporcionalmente aos trabalhos executados, de acordo com o cronograma físico-financeiro aprovado, observado o critério de remuneração previsto contratualmente.

§ 5º Com exceção das remunerações variáveis de incentivo vinculadas ao cumprimento das metas contratuais, a administração pública deverá efetuar o pagamento conforme o critério adotado, ainda que os resultados almejados não sejam atingidos em decorrência do risco tecnológico, sem prejuízo da rescisão antecipada do contrato caso seja comprovada a inviabilidade técnica ou econômica da solução.

§ 6º Na hipótese de a execução do objeto ser dividida em etapas, o pagamento relativo a cada etapa poderá adotar critérios distintos de remuneração.

§ 7º Os pagamentos serão feitos após a execução dos trabalhos, e, a fim de garantir os meios financeiros para que a contratada implemente a etapa inicial do projeto, a administração pública deverá prever em edital o pagamento antecipado de uma parcela do preço anteriormente ao início da execução do objeto, mediante justificativa expressa.

§ 8º Na hipótese prevista no § 7º deste artigo, a administração pública certificar-se-á da execução da etapa inicial e, se houver inexecução injustificada, exigirá a devolução do valor antecipado ou efetuará as glosas necessárias nos pagamentos subsequentes, se houver.

7. Da análise das informações juntadas aos autos, depreende-se que a adoção da modalidade de licitação especial prevista na Lei das Startups é instrumento adequado para a resolução do desafio apresentado pela unidade técnica e a satisfação das necessidades da Administração.

III - Da regularidade do processo

8. A verificação da regularidade deste procedimento foi previamente realizada por esta Consultoria Jurídica, que emitiu parecer à peça 20, onde indicou os pontos que, sob sua perspectiva, demandavam atenção ou retificação, tendo a unidade técnica responsável se manifestado em instrução à peça 49, acatando parte das consignações e apresentando justificativas para outros pontos abordados.

9. Posteriormente à análise empreendida por esta Conjur, foi realizado Chamamento Público (edital à peça 21) com o objetivo de

sondar em maior profundidade o mercado. Justifica-se tal medida como um cuidado adicional para a mitigação dos riscos mapeados 02, 05, 16 e 17 da Matriz de Riscos (ETP, peça 11). A mitigação, em resumo, visa diminuir a assimetria de informações entre mercado e contratante, sobre aspectos como: rotas tecnológicas

existentes, cobertura dos testes de qualificação tecnológica do CPSI, custos e formas de remuneração.

(cf. peça 22)

10. Referido chamamento público obteve inúmeras respostas de interessados, conforme consignado pela unidade.

11. Em seguida foi publicado o Edital n. 001/2024 relativo à Licitação Especial para Contratação Pública de Solução Inovadora – CPSI (peça 58), que logrou a apresentação de propostas de 22 interessadas (peças 62 e 117). Por fim, dentre as interessadas, foram selecionadas pela Comissão Especial de Avaliação e Julgamento designada pela PORTARIA-TCU nº 51 de 21 de março de 2024 (peça 57), as três propostas vencedoras do certame, conforme relatório detalhado da Comissão à peça 120, e resultado final à peça 121.

12. Desta forma, considerando a manifestação inicial desta Consultoria Jurídica (peça 20) e demais elementos presentes nos autos e resumidamente indicados acima, **constata-se a regularidade do procedimento em relação às normas de regência**, passando-se, a seguir, à análise das minutas de contrato (peças 122 a 124).

IV - Análise jurídica das minutas

13. Acerca das minutas de contrato submetidas para análise, importa destacar que todas elas reproduzem texto essencialmente idênticos entre si bem como em relação ao texto da minuta de contrato presente no anexo V do Edital n. 001/2024 previamente analisada por esta Consultoria (peça 20), à exceção, de pontos provenientes de negociação e reuniões com as contratadas, como os relativos a subcontratação parcial, titularidade da propriedade intelectual sobre os produtos, soluções e processos inovadores resultantes das atividades decorrentes do contrato, as etapas de desenvolvimento do objeto e sua remuneração.

14. Da análise jurídica das minutas de contrato (peças 122, 123 e 124), constatou-se sua adequação às normas de regência, em especial ao disposto no art. 14 da Lei Complementar n. 182/2021. Constatou-se, todavia, a necessidade de realizar as seguintes consignações:

14.1. **Matriz de risco e garantia.** A cláusula sexta da minuta dispensa a contratada da prestação de garantia pela execução do contrato. A este respeito, deve-se considerar o risco envolvido no desenvolvimento da solução, considerando-se não só a possibilidade de sucesso da sua aplicação como o compromisso da contratada no fiel cumprimento de suas obrigações contratuais, incluindo “*os riscos referentes a caso fortuito, força maior, risco tecnológico, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*”, nos termos do art. 14, §1º, III, da LC nº 182/2021.

14.2. Deve-se considerar, todavia, que a exposição da Administração ao risco é particularmente sensível neste tipo de contratação. Como se pode verificar no texto de Henrique Rossi Silva Batista e Maria Rafaela

Junqueira Bruno Rodrigues¹, o risco faz parte da própria definição de “startup”:

“Dentre outras, a definição teórica adotada por esta pesquisa será a fornecida pelo SEBRAE, segundo a qual, *startup* pode ser definida como:

uma empresa nova, até mesmo embrionária ou ainda em fase de constituição, que conta com projetos promissores, ligados à pesquisa, investigação e desenvolvimento de ideias inovadoras. **Por ser jovem e estar implantando uma ideia no mercado, outra característica das startups é possuir risco envolvido no negócio.** Mas, apesar disso, são empreendimentos com baixos custos iniciais e são altamente escaláveis.

[...]

Após breve menção ao procedimento administrativo com relação à modalidade especial de licitação, para fins de entendimento do pragmatismo econômico e social presente no Marco Legal, faz-se mister a apresentação dos diferenciais inseridos no ordenamento jurídico pelo Contrato Público para Solução Inovadora. Mais uma vez, Saulo Michiles auxilia nessa análise ao concatenar os diferenciais da seguinte forma: a) devem prever metas a serem atingidas e maneiras de avalia-las; b) a matriz de riscos entre as partes, incluídos os riscos referentes a caso fortuito, força maior, risco tecnológico, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; c) atribuição da titularidade dos direitos de propriedade intelectual sobre as soluções criadas e resultantes do Contrato; d) a forma de participação nos resultados da exploração da tecnologia criada; e) valor máximo de R\$ 1.600.000,00; f) pagamento faseado de acordo com as etapas entregue e o risco tecnológico, mas com possibilidade de adiantamento de parte do pagamento antes do início da execução do projeto, desde que previsto no edital e com justificativa expressa”.

14.3. Neste sentido também escreve Gustavo Schiefler²:

“O que não se vê, ao menos claramente, é que, em se tratando de contratações públicas, não há como encontrar um ponto de equilíbrio ideal entre redução de burocracia e manutenção de controle sobre a Administração Pública. **A consideração exclusiva dos resultados é inservível para balizar o controle quando o próprio atingimento do resultado idealizado, dada a natureza do objeto contratado, não pode e deve ser exigido.** Nesses casos, o resultado não deve ser exigido, e, sim, recompensado. O equilíbrio verdadeiro, então, ocorre entre riscos e incentivos, sendo indispensável compreender que assumir riscos significa, sim, assumir naturalmente a possibilidade de perda financeira, de fracasso da solução planejada, de insucesso. Em inovação tecnológica, pode-se exigir o esforço, mas nem sempre o resultado.

O controle rigoroso de meios, por sua vez, é refratário à dinâmica intrínseca ao processo privado de inovação tecnológica, embora seja requisito para a existência de monitoramento mínimo. **O Marco Legal das Startups segue, então, a lógica de controle mínimo de meios durante a execução**

¹ Disponível em <https://revista.direitofranca.br/index.php/icfd/article/view/1402/951> , consulta em 18/8/2024.

² Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-ago-08/publico-pragmatico-cpsi-marco-legal-startups-ve-nao-ve/> ; consulta em 19/8/2024.

do CPSI — por exemplo, monitoramento do esforço a partir de relatórios parciais de andamento da execução do contrato (artigo 14, §1º, I), prestação de contas para reembolso de custos (artigo 14, §3º), se aplicável. São riscos jurídicos menos comuns na seara estritamente privada, mas necessários à preservação dos interesses públicos.

O que se vê, de modo imediato, é mais um diploma legislativo criado para superar a dificuldade burocrática inerente às contratações de tecnologia pelo poder público. **É ressabida a cotidiana insegurança a respeito da forma de seleção do particular e de modelagem contratual, acentuada pelo histórico conhecido de casos em que uma contratação não traz a eficiência tecnológica esperada.**

O que não se vê, por outro lado, é que o excesso de modelagens contratuais disponíveis pode também causar dúvida e insegurança ao gestor público. De uma banda, incrementa-se a discricionariedade administrativa com nova opção; de outra, contudo, arrisca-se o excesso de opções, que traz complexidade ao dever de motivar a escolha.

Em face de tantas alternativas disponíveis, como justificar derradeiramente a decisão ótima? Ter de decidir entre múltiplas alternativas, especialmente quando possuem finalidades semelhantes (celebrar um CPSI com risco tecnológico, uma encomenda tecnológica, um contrato de impacto social — CIS — ou um contrato administrativo com remuneração variável?), não é necessariamente algo desejável ou eficiente. Excesso de opções pode embaraçar o processo de formação decisória, com maior dificuldade operacional para a instrução adequada do processo administrativo.

O que não se vê, então, é que a proliferação de leis esparsas sobre licitações e contratos administrativos gera complexidade jurídica e operacional custosa à Administração Pública brasileira. A cada nova modelagem contratual prevista em lei, um sem-número de recursos humanos e financeiros precisam ser despendidos para que a Administração Pública efetivamente absorva, conheça e se adapte às novidades normativas”.

14.4. Como se pode observar dos textos acima, é inconteste a dificuldade de se estabelecer, em contratações nos moldes propostos e regulados pela Lei Complementar n. 182/2021, limites confortáveis de garantia para a Administração em relação à obtenção do objeto demandado. Esta dificuldade não afasta, todavia, a necessidade de definição de modelos que garantam o máximo possível de segurança para a Administração. Observa-se dos autos que medidas foram adotadas, como o escalonamento de pagamentos e a realização de *sprints* a cada duas semanas, mas se faz oportuno se fazer a **recomendação** para que se verifique a possibilidade e adequação de adoção de métodos complementares, como a adoção do seguro e da matriz de riscos nos moldes do art. 14, §1º, III, da LC n. 182/2021.

14.5. **Anexos.** Considerando o elevado grau de complementariedade entre o contrato e os anexos do edital, que contém inclusive a conceituação e descrição de elementos essenciais do contrato (v.g. o conceito de “scripts”), **recomenda-se** que se inclua no contrato cláusula específica que indique a vinculação entre os anexos do edital e o contrato a ser firmado ou que enumere de forma expressa os anexos do edital como anexos do contrato, de forma a garantir sua adequada vinculação. A mesma

recomendação se estende a outros documentos relevantes para a adequada execução do contrato, como propostas, planilhas ou outros documentos eventualmente presentes no procedimento.

Pelo exposto, considerando que as minutas encaminhadas para exame desta Consultoria Jurídica guardam conformidade com a legislação pertinente, restituímos os autos à Segedam, para as devidas providências, com a observância do disposto neste parecer.

Consultoria Jurídica, 20 de agosto de 2024.

(Assinado eletronicamente)
BERNARDO A. DA S. CAMPOS
mat. 2749-9

(Assinado eletronicamente)
ALEMAR B. C. MOURÃO JR.
Diretor da 1ª Diretoria
OAB/DF 29.973

(Assinado eletronicamente)
ALDEN MANGUEIRA DE OLIVEIRA
Consultor Jurídico do TCU
OAB/DF 17.664