

Lima: Licitação e contratação no marco legal das startups

06/06/2021

Em meio às discussões em torno da nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021, em vigor desde 1º de abril), bem como da derrubada de alguns vetos presidenciais, cuja votação ocorreu em 1º de junho de 2021, sobreveio, nesta mesma data, em nosso arcabouço normativo, o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador, que foi instituído pela Lei Complementar 182.



A inovação, notadamente no campo tecnológico, é de

difícil implementação prática dentro da Administração Pública brasileira, seja pela lentidão na assimilação de seus conceitos e na concretização de mudanças culturais — diante da burocracia que as reveste —, seja pelos problemas de infraestrutura até hoje enfrentados.

É indissociável tratar do tema da inovação sem que se mencione Schumpeter, que foi responsável tanto pelo conceito quanto pela definição precursora de inovação. Para Schumpeter, a terminologia "inovação" é mais abrangente do que apenas entendê-la como algo novo ou determinado tipo de novidade que pode ser vendida. Na realidade, o "novo" não surge a partir do "velho", mas ao lado deste, eliminando-o do processo concorrencial [1].

A inovação, segundo Irene Patrícia Nohara [2], revela-se no "imperativo da dinamicidade do capitalismo contemporâneo", cujos reflexos, notadamente da "atual onda de exigência por inovação", atingem a Administração Pública brasileira, a quem são impostos diversos desafios, como a "adaptação às transformações tecnológicas, sociais e simultaneamente ao regime jurídico de direito público".

Como regra geral, a inovação envolve mudanças que, conseqüentemente, geram "ganhos econômicos", ganhos estes que, no particular caso do setor público, não equivalem a "retornos econômico-financeiros", mas "retornos positivos para a sociedade", de forma que a sua materialização pode ocorrer das mais variadas formas, tais como as inovações de serviço, processo, administrativa e organizacional, do sistema, de concepção ou radical de

racionalidade [3].

Neste contexto de inovação, a nova lei, além de traçar diretrizes em torno do enquadramento de empresas startups, bem como de instrumentos de inovação e regras de fomento, trouxe disposições aplicáveis à contratação de soluções inovadoras pelo Estado, prevendo, em capítulo próprio (Capítulo VI — artigos 12 a 15), normas gerais para as licitações e contratos que possuam as finalidades de: 1) resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia; 2) promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado.

O disposto no já citado capítulo subordina todos os órgãos e as entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional de quaisquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, conforme preceitua o § 1º do artigo 12 do marco legal.

No caso das empresas estatais, o legislador previu a possibilidade de aplicação, naquilo que couber e de acordo com os respectivos regulamentos internos, dos ditames trazidos pela Lei Complementar 182/2021.

Foi criado, pelo marco legal em comento, uma nova modalidade de licitação [4], denominada simplesmente de "modalidade especial", que será regida pela lei complementar supramencionada.

No § 1º do artigo 13, previu o legislador que a Administração Pública poderá delimitar o escopo da licitação à indicação do problema a ser resolvido e dos resultados esperados, incluídos os desafios tecnológicos a serem superados, dispensando, ainda, a descrição de eventual solução técnica previamente mapeada e suas especificações técnicas, cabendo aos proponentes propor diferentes meios para a resolução do problema.

A disposição trazida à balha enseja, ao menos numa análise superficial, dúvidas em torno de qual procedimento deve a Administração Pública adotar diante de um mesmo problema, qual seja, necessidade de "resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia".

Isto porque, parece-nos que, diante do citado problema, três procedimentos podem se mostrar igualmente possíveis, o que talvez não se revele algo ruim: 1) deflagração de licitação na modalidade diálogo competitivo, tal como previsto no artigo 32 da Lei 14.133/2021 [5]; 2) adoção do procedimento auxiliar denominado Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), previsto no artigo 81, da mesma lei, que, inclusive, pode ser restrito a startups (§ 4º); ou 3) deflagrar a "modalidade especial" prevista no artigo 13 da Lei Complementar 182/2021.

Em relação à licitação, a ser processada sob o rito procedimental especial trazido pela lei complementar, foram previstas disposições atinentes à divulgação do edital, à forma e ao julgamento das propostas, que, assim como previu a Lei 14.133/2021, antecederá à fase de habilitação, aos documentos de habilitação, que poderão ser dispensados, no todo ou em parte.

Todavia, a dispensa de documentos de habilitação não se aplica à certidão conjunta federal (que contempla todos os tributos federais, inclusive os débitos junto ao INSS), que deve ser exigida

por força do § 3º do artigo 195 da Constituição Federal.

Afora os detalhes acima sintetizados, não trouxe o legislador os requisitos mínimos que devem possuir a etapa preparatória do procedimento a ser deflagrado ou até mesmo o conteúdo do edital de licitação. Aliás, em duas ocasiões muito específicas fez o legislador menção a disposições da Lei 8.666/1993 (inciso I do § 8º do artigo 13 (documentos de habilitação) e § 3º do artigo 15 (acréscimos quantitativos), não o tendo feito para forçar a sua aplicação subsidiária ou suplementar.

Diante das breves colocações feitas acima, teríamos que refletir se, diante da omissão legislativa, a Lei 14.133/2021, que traz as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, poderia ser aplicada aos procedimentos licitatórios conduzidos com base na lei complementar 182/2021, desde que não conflitem com os seus objetivos.

Essa é uma indagação difícil de ser respondida de plano. A ausência da previsão expressa de submissão dos procedimentos licitatórios tratados pela nova norma ao regramento (subsidiário ou suplementar) da lei geral de licitações não pode ser interpretada como simples descuido e/ou esquecimento do legislador.

Isto porque, nos mais variados diplomas esparsos que versam sobre licitações e contratações, o legislador consignou expressamente a aplicabilidade da lei geral de licitações em caráter subsidiário ou complementar.

Entre esse diplomas esparsos, podemos citar: concessões (artigo 18 da Lei 8.987/1995); parcerias público-privadas (artigo 11 da Lei 11.079/2004, que remete ao artigo 18 da lei de concessões); contratação de agência de publicidade (Lei 12.232/2010, artigo 1º, § 2º); e a própria lei do pregão (artigo 9º da Lei 10.520/2002).

A nova lei também prevê algumas regras e requisitos mínimos para o que ela denomina de "Contrato Público para Solução Inovadora" (CPSI), instrumento que possuirá vigência limitada a 12 meses, prorrogáveis por mais um período.

Uma vez encerrado o contrato acima mencionado, poderá a Administração Pública celebrar, com a mesma contratada e sem novo procedimento licitatório, um contrato "para o fornecimento do produto, do processo ou da solução resultante do CPSI ou, se for o caso, para integração da solução à infraestrutura tecnológica ou ao processo de trabalho da Administração Pública" (artigo 15).

Neste ponto, também devemos refletir se o caso versado pelo artigo 15 da lei complementar em apreço seria uma hipótese de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, pois, em cada caso, há requisitos específicos a serem observados.

Em linhas gerais, os operadores do direito que militam na seara das licitações públicas possuem uma missão complexa diante de tantos diplomas normativos editados, sobretudo recentemente, para regulamentar essa matéria tão cara e importante para a Administração Pública brasileira.

Independentemente da interpretação que se confira à ausência de regramentos específicos na nova legislação, fato é que o gestor público, embutido do dever de planejamento norteador de

suas ações, deverá se pautar em atos fundamentados e em critérios sempre objetivos, garantindo impessoalidade no processo decisório e isonomia a todo e qualquer interessado.

[1] Sobre o assunto, ver SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do Desenvolvimento Econômico, uma investigação sobre lucro, capital, crédito, juros e o Ciclo Econômico*. Introdução de Rubens Vaz da Costa; tradução de Maria Sílvia Possas. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

[2] NOHARA, Irene Patrícia. *Desafios de inovação na administração pública contemporânea: "destruição criadora" ou "inovação destruidora" do direito administrativo?* Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 65-71, abr. 2017.

[3] OLIVEIRA, Luiz Guilherme de. *Inovação no setor público: uma reflexão a partir das experiências premiadas no Concurso Inovação na Gestão Pública Federal*. Cadernos ENAP, n. 38, Brasília, 2014.

[4] Lembrando que a competência para a criação de modalidades de licitação e de contratação é privativa da União, na forma do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

[5] artigo 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I – vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jun-06/lima-licitacao-contratacao-marco-legal-startups/>