IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Newton Cesar Pilau – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-428-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES, ocorreu entre os dias 09 a 13 de novembro de 2021 pela plataforma virtual do CONPEDI, com a organização e o apoio da Universidade do Itajaí. Trata-se do quarto evento realizado pelo meio virtual e síncrono, a fim de resguardar a saúde de todos ante aos desafios ainda presentes da Covid-19. Em mais este evento foi possível constatar que as pesquisas jurídicas não pararam com a pandemia, pelo contrário, oportunizou-se em mais este evento do CONPEDI debates e discussões altamente qualificados, com a reunião de pesquisadores nacionais e internacionais na socialização do conhecimento gerado até então.

Mais uma vez o CONPEDI ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, os quais proporcionaram um olhar multifacetado e plural, envolvendo as mais diversas áreas do direito e ciências afins, reunidas para propor soluções criativas, holísticas e transdisciplinares aos complexos problemas da contemporaneidade.

As pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública I trouxeram um diálogo enriquecedor, com discussões abertas, horizontais e plurais, marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios do pós pandemia, com foco no Constitucionalismo, no Desenvolvimento e na Sustentabilidade.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO ALTERNATIVA À OPACIDADE ALGORÍTMICA DA ADMINISTRAÇÃO: UMA COMPREENSÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO À LUZ DA TEORIA DE BAUMAM

2. COMPRAS GOVERNAMENTAIS: DESENVOLVIMENTO E NOVOS MARCOS LEGAIS

3. GUIA DE UTILIZAÇÃO – UMA PROPOSTA DE RUPTURA DA DISTINÇÃO NA CLASSIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO N. 37 /2020

4. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: ANÁLISE DO JULGAMENTO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO EX-MINISTRO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO: RICARDO AQUINO SALLES

5. A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 28 DA LINDB SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR PÚBLICO

6. INDISPONIBILIDADE CAUTELAR DE BENS EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

7. LEGALIDADE, JURIDICIDADE E AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA NA REVISÃO DE SANÇÕES DISCIPLINARES: INAPLICABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO ANIMUS ABANDONANDI À MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO DE INASSIDUIDADE HABITUAL

8. EFICÁCIA EXECUTIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: O PROBLEMA E AS SOLUÇÕES

9. O PODER DE POLÍCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: REPENSANDO AÇÕES PÚBLICAS PARA ENFRENTAR VULNERABILIDADES

10. OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA POR MEIO DE MEDIDAS DE FOMENTO NO NOVO MARCO LEGAL DAS STARTUPS

11. ATIVISMO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

12. ISONOMIA ADMINISTRATIVA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS INCLUSIVAS ANTE A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO POR COMISSÃO DE VALIDAÇÃO DE DECLARAÇÃO ÉTNICO-RACIAL

13. UMA CARTA VIVA DE DIREITOS PARA GESTÃO PÚBLICA DE CIDADES HUMANAS, INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS

14. SERVIÇO PÚBLICO DE LIMPEZA EM CRISE: POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E ASPECTOS DA ECONOMIA CIRCULAR PARA A LOGÍSTICA REVERSA

15. POLÍTICA JURÍDICA COMO PROJEÇÃO DA SOCIEDADE QUE DEVE SER E DO INTERESSE PÚBLICO.

16. O SURGIMENTO DO CORREIOS DO BRASIL COM A PRIVATIZAÇÃO DA ECT

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos participantes e autores de artigos apresentados.

Cumprimentos à toda equipe do CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem a leitura!

De Passo Fundo (RS), Florianópolis (SC) e de Balneário Camboriú (SC), novembro de 2021.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Newton Cesar Pilau – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no IV Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA POR MEIO DE MEDIDAS DE FOMENTO NO NOVO MARCO LEGAL DAS STARTUPS

THE LIMITS OF STATE INTERVENTION IN THE ECONOMY THROUGH FOSTERING MEASURES IN THE NEW LEGAL FRAMEWORK FOR STARTUPS

Pedro Burdman da Fontoura

Resumo

Foi publicada no dia 1 de junho de 2021 a LC 182/2021, que institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador. Um dispositivo específico (artigo 15, caput), com claro escopo de fomento dessas empresas, dispõe que a startup que celebrou o contrato púbico para solução inovadora poderá ser contratada, sem nova licitação, para o fornecimento do produto, processo ou solução resultado do CPSI. Neste artigo, busca-se responder a seguinte pergunta: essa hipótese de dispensa de licitação, estabelecida como mais um mecanismo de fomento às startups, é constitucional?

Palavras-chave: Direito administrativo, Intervenção, Fomento, Startup, Limites

Abstract/Resumen/Résumé

On June 1, 2021, LC 182/2021 was published, establishing the legal framework for startups and innovative entrepreneurship. A specific provision (article 15, caput), with a clear scope of promotion of these companies, provides that the startup that signed a public contract for an innovative solution may be contracted, without a new bidding, to supply the product, process or solution resulting from the CPSI. In this article, we seek to answer the following question: is this hypothesis of waiver of bidding, established as another mechanism for fostering startups, constitutional?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative law, Intervention, Fomentation, Startup, Limits

1 INTRODUÇÃO: UM PANORAMA SOBRE O NOVO MARCO LEGAL DAS *STARTUPS*

Foi publicada no dia 1º de junho de 2021 a LC 182/2021, que institui o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador. Um dos objetivos expressos da lei é **fomentar** a criação e desenvolvimento dessas empresas, de modo a promover a inovação e incentivar a criação de empregos qualificados.

Considera-se *startup* a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos. A inovação é, portanto, o traço distintivo dessas empresas.

Segundo o art. 4º da LC 182/2021, são enquadradas como *startups* as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados.

Se o produto ou serviço já existe, mas será melhorado pela empresa, trata-se de uma *startup* de natureza incremental. Se o produto ou serviço está relacionado à criação de algo totalmente novo, estamos diante de uma *startup* de natureza disruptiva.

As *startups* caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita.

A LC 182/2021 é pautada pelos seguintes princípios e diretrizes: I - o empreendedorismo inovador é um vetor de desenvolvimento econômico, social e ambiental; II - deve-se **incentivar a constituição de ambientes favoráveis ao empreendedorismo inovador**, com valorização da segurança jurídica e da liberdade contratual como premissas para a **promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras**; III - as empresas são agentes centrais do impulso inovador no livre mercado; IV - é necessária a modernização do ambiente de negócios no Brasil, à luz dos modelos de negócios emergentes; V - **deve-se incentivar empreendedorismo inovador**, que faz com que a economia brasileira aumente a sua produtividade e competitividade, gerando postos de trabalho qualificados; VI - **é necessário aperfeiçoar as políticas públicas e os instrumentos de fomento ao empreendedorismo inovador**; VII - deve-se promover a cooperação e a interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas, como forma de construir um ecossistema de empreendedorismo inovador efetivo;

VIII - **deve-se incentivar a contratação, pela administração pública, de soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas por *startups***, como forma de garantir a economicidade e a solução de problemas públicos com soluções inovadoras; IX - **deve-se promover a competitividade das empresas brasileiras**, além da internacionalização e atração de investimentos estrangeiros.

As *startups* poderão admitir aporte de capital realizado por pessoa física ou jurídica. A pessoa que fizer os aportes poderá, ou não, participar do capital social da *startup*, a depender da modalidade de investimento escolhida pelas partes. Assim, existe a possibilidade de a pessoa investir na *startup* sem se tornar sócia da empresa e sem alterar o seu capital social.

Reafirma-se, desse modo, **a possibilidade de fomento das *startups* por meio do chamado investidor-anjo**. O "investidor-anjo" é uma pessoa física ou jurídica que poderá investir na *startup* aportando capital, ou seja, fornecendo recursos para que a empresa se desenvolva e, com isso, depois ele recebe o retorno desse investimento realizado. Ele não é considerado sócio nem tem qualquer direito a gerência ou a voto na administração da empresa, não respondendo por qualquer obrigação da empresa. É remunerado, portanto, por seus aportes financeiros.

A grande vantagem, para a empresa, é que esse dinheiro que o "investidor-anjo" irá repassar não integrará o capital social da empresa e não será considerado como receita da sociedade. Assim, ela terá mais recursos para trabalhar sem que seja necessário abrir mão de regimes tributários mais vantajosos, como o Simples, por exemplo.

Nesse sentido, não será considerado como integrante do capital social da empresa o aporte realizado na *startup* por meio dos seguintes instrumentos: I - contrato de opção de subscrição de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e a empresa; II - contrato de opção de compra de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e os acionistas ou sócios da empresa; III - debênture conversível emitida pela empresa nos termos da Lei nº 6.404/76; IV - contrato de mútuo conversível em participação societária celebrado entre o investidor e a empresa; V - estruturação de sociedade em conta de participação celebrada entre o investidor e a empresa; VI - **contrato de investimento-anjo na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro 2006**; VII - outros instrumentos de aporte de capital em que o investidor, pessoa física ou jurídica, não integre formalmente o quadro de sócios da startup e/ou não tenha subscrito qualquer participação representativa do capital social da empresa.

Realizado o aporte por qualquer das formas previstas no parágrafo supracitado, a pessoa física ou jurídica somente será considerada quotista, acionista ou sócia da *startup* após a conversão do instrumento do aporte em efetiva e formal participação societária.

O investidor que realizar o aporte de capital referido acima: i) não será considerado sócio ou acionista; ii) não possuirá direito a gerência ou a voto na administração da empresa; iii) não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial; iv) não será atingido pelo art. 50 do Código Civil, pelo art. 855-A da CLT, pelos arts. 124, 134 e 135 do CTN nem qualquer outra disposição relacionada com a desconsideração da personalidade jurídica (ex: art. 28 do CDC).

O art. 50 do Código Civil versa sobre a desconsideração da personalidade jurídica; o art. 855-A da CLT dispõe acerca da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho; os arts. 124, 134 e 135 do CTN versam, respectivamente, sobre a solidariedade tributária, a responsabilidade "solidária" pelo pagamento dos tributos e a responsabilidade pessoal de terceiros.

A exceção, quando o investidor poderá responder pelas dívidas da empresa, incide somente em casos de dolo, fraude ou simulação com o seu envolvimento. Pela relevância dessa disposição, transcreve-se o artigo:

> Art. 8º O investidor que realizar o aporte de capital a que se refere o art. 5º desta Lei Complementar:
> I - não será considerado sócio ou acionista nem possuirá direito a gerência ou a voto na administração da empresa, conforme pactuação contratual;
> II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, e a ele não se estenderá o disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), no art. 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, nos arts. 124, 134 e 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e em outras disposições atinentes à desconsideração da personalidade jurídica existentes na legislação vigente.
> Parágrafo único. As disposições do inciso II do caput deste artigo não se aplicam às hipóteses de dolo, de fraude ou de simulação com o envolvimento do investidor.

Outro ponto relevante da lei versa sobre determinadas empresas que possuem obrigação de investir dinheiro em pesquisa, desenvolvimento e inovação. A LC 182/2021 previu que tais empresas ficam autorizadas a cumprir seus compromissos com aporte de recursos em *startups* por meio de: I - fundos patrimoniais (Lei nº 13.800/2019), destinados à inovação, na forma do regulamento; II - Fundos de Investimento em Participações (FIP), autorizados pela CVM, nas categorias: a) capital semente; b) empresas emergentes; e c) empresas com produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação; e III

- investimentos em programas, em editais ou em concursos destinados a financiamento, a aceleração e a escalabilidade de *startups*, gerenciados por instituições públicas, tais como empresas públicas direcionadas ao desenvolvimento de pesquisa, inovação e novas tecnologias, fundações universitárias, entidades paraestatais e bancos de fomento que tenham como finalidade o desenvolvimento de empresas de base tecnológica, de ecossistemas empreendedores e de estímulo à inovação.

Além disso, a LC 182/2021 também tratou sobre o *sandbox* regulatório. O s*andbox* regulatório, também chamado de ambiente regulatório experimental, consiste no conjunto de condições especiais simplificadas para que as determinadas pessoas jurídicas que aceitem participar possam receber dos órgãos ou entidades que regulamentam o setor uma autorização temporária para desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias experimentais, devendo, para isso, cumprir certos critérios e limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora.

Em outras palavras, é como se fosse uma autorização temporária dada pelo governo para que a *startup* teste a nova tecnologia que ela pretende implementar. Tome-se como exemplo as muitas *startups* que atuam no sistema financeiro (*fintechs*), algumas delas funcionando, inclusive, como instituições financeiras.

O funcionamento das instituições financeiras é autorizado pelo Banco Central, existindo inúmeras regras e exigências que devem ser cumpridas. Essas *startups* pretendem revolucionar o sistema financeiro, com novas formas de pagamentos, contratos inteligentes, inovações baseadas em *blockchain* e outras tecnologias inovadoras.

No entanto, essas inovações somente podem ser colocadas em prática depois de autorizadas pela entidade que regulamenta o setor, no presente caso, o Banco Central. Essa autorização, em regra, tem muitas fases e é demorada. Muitas vezes, a empresa, em início de operação, não pode aguardar e investir muito na obtenção dessa autorização final, ainda mais se o produto ou serviço ainda estiver na fase de desenvolvimento.

De modo a solucionar esse problema, o Banco Central, antes mesmo da LC 182/2021, instituiu um *sandbox* regulatório junto à autarquia. É uma iniciativa que permite que as *startups* com projetos voltados ao sistema financeiro possam receber uma autorização provisória do Banco Central para testar, por período determinado, iniciativas inovadoras na área financeira ou de pagamento, respeitados os limites e condições impostos pela autarquia.

A LC 182/2021 autoriza expressamente que essa iniciativa do *sandbox* regulatório seja realizada. Veja-se o dispositivo autorizativo:

> Art. 11. Os órgãos e as entidades da administração pública com competência de regulamentação setorial poderão, individualmente ou em colaboração, no âmbito de programas de ambiente regulatório experimental (sandbox regulatório), afastar a incidência de normas sob sua competência em relação à entidade regulada ou aos grupos de entidades reguladas.

Feito um breve apanhado geral sobre alguns dos pontos relevantes da LC 182/2021, passa-se à abordagem do problema de pesquisa deste artigo.

2 PROBLEMA DE PESQUISA: OS LIMITES DO FOMENTO NO CONTRATO DE FORNECIMENTO

A análise da LC 182/2021 permite concluir que seus três principais objetivos são os seguintes: i) estabelecer princípios e diretrizes para a atuação da administração pública federal, estadual, distrital e municipal no que tange às *startups*; ii) **apresentar medidas para incentivar o empreendedorismo inovador**; e iii) **disciplinar a licitação e a contratação de soluções inovadoras pela administração pública.**

Este artigo vai focar nos dois últimos objetivos supracitados. Mais especificamente, na análise dos quatro artigos que tratam sobre a contratação, pela Administração Pública, de "soluções inovadoras". Talvez seja o ponto mais relevante da lei, sendo dele extraído o problema de pesquisa deste artigo.

As finalidades expressas dessa contratação especial são I - resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia; e **II - promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado.**

Essa contratação pode ser realizada por qualquer dos Poderes, nos âmbitos da União, dos Estados, DF e Municípios. As empresas públicas e sociedades de economia mista também poderão se utilizar dessas regras.

Há previsão legal de licitação para contratar pessoas ou empresas que forneçam a melhor solução para um problema enfrentado pela Administração Pública. Nesse sentido, o art. 13 da LC autoriza que a administração pública deflagre um procedimento licitatório para a contratação de teste de soluções inovadoras.

O edital da licitação pode simplesmente dizer qual é o "problema" que a Administração Pública possui, convocando pessoas ou empresas a apresentarem a solução para essa dificuldade. As propostas são julgadas por uma comissão formada por especialistas no assunto.

São critérios para a escolha da melhor proposta: I - o potencial de resolução do problema pela solução proposta e, se for o caso, da provável economia para a administração pública; II - o grau de desenvolvimento da solução proposta; III - a viabilidade e a maturidade do modelo de negócio da solução; IV - a viabilidade econômica da proposta, considerados os recursos financeiros disponíveis para a celebração dos contratos; e V - a demonstração comparativa de custo e benefício da proposta em relação às opções funcionalmente equivalentes.

A escolha da melhor proposta não é baseada no critério do menor preço, sendo possível a escolha de mais de uma proposta, hipótese em que caberá ao edital limitar a quantidade de propostas selecionáveis.

Após a escolha da proposta, a Administração Pública ainda poderá negociar com os selecionados para tentar conseguir condições econômicas mais vantajosas. A Administração Pública pode aceitar preço superior à estimativa, desde que ainda seja vantajoso e que não supere o limite máximo que se propõe a pagar.

Após a homologação do resultado da licitação, a Administração deve assinar "Contrato Público para Solução Inovadora" (CPSI). 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.

A lei estabelece um valor máximo de R$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais) por CPSI. 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.

Os pagamentos devem acontecer de acordo com o cronograma de execução, e, em regra, serão realizados somente 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.

Encerrado o contrato de que trata o art. 14 desta Lei Complementar, a administração pública poderá celebrar com a mesma contratada, **sem nova licitação**, 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. Os contratos de fornecimento serão limitados a R$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), incluídas as eventuais prorrogações.

Como ficou claro da análise dos principais dispositivos do marco legal das *startups*, um dos objetivos expressos da lei é **fomentar** a criação e desenvolvimento dessas empresas. Para tanto, utiliza-se de diversos mecanismos legítimos, muitos deles assentados no poder de compra do Estado.

No entanto, um dispositivo específico (artigo 15, *caput*), também com claro escopo de **fomento** dessas empresas, dispõe que a *startup* que celebrou o contrato púbico para solução inovadora poderá ser contratada, **sem nova licitação**, para o fornecimento do produto, processo ou solução resultado do CPSI.

Neste artigo, busca-se responder a seguinte pergunta: essa hipótese de dispensa de licitação, estabelecida como mais um mecanismo de fomento às *startups*, é constitucional? A análise tomará como parâmetro os princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência, proporcionalidade e subsidiariedade.

Para melhor avaliação da questão, vamos analisar o instituto do fomento estatal, suas características e limites, passando, então, à resposta do problema de pesquisa formulado, realizada por meio do cotejo entre o dispositivo legal e os princípios constitucionais de regência.

3 O FOMENTO ESTATAL: CARACTERÍSTICAS E LIMITES

A Constituição elenca objetivos a serem perseguidos pelo Estado. Seu texto determina uma atuação concreta do Estado no domínio econômico sempre que necessária para o cumprimento de um dos objetivos elencados em seu artigo 170, dentre os quais estão a busca do pleno emprego, a justiça social e a redução das desigualdades sociais (MARQUES NETO, 2010, p. 57).

Um dos instrumentos do qual o Estado pode se valer para realizar essa intervenção no domínio econômico é o fomento. São várias as suas modalidades, cada uma com distintas

intensidades, dosadas de acordo com o setor e finalidades da intervenção (MARQUES NETO, 2010, p. 58).

Vale ressaltar que o fomento tem um âmbito potencial de incidência maior que as possibilidades de atuação direta do Estado: basta a existência de algum interesse coletivo, não incidindo a imposição do artigo 173, CF, de que esse interesse seja relevante. Já os limites para sua intensidade são mais restritos, tendo em vista que o Estado não pode planejar de maneira impositiva a atuação dos agentes privados (artigo 174, CF) (ARAGÃO, 2016, p. 18).

O fomento pode ser definido como a "atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado".

No fomento positivo, o Estado atua para tornar a atividade viável, interessante ou abrangente, por meio de medidas positivas, com caráter premial e não coativas. Já o fomento negativo é caracterizado pelo abrandamento ou intensificação pontual e direcionada de medidas ou restrições estatais, no intuito de induzir, incentivar ou desincentivar condutas dos agentes privados, de modo a desenvolver ou reduzir certas atividades (MARQUES NETO, 2010, p. 65).

A atuação estatal de fomento também pode ser dividida em duas principais espécies: os casos em que o fomento não é a atividade-fim, mas acessório e reflexo aos objetivos da atividade estatal (por exemplo, licitações e contratos públicos com objetivos extraeconômicos); e os casos em que o fomento constitui a atividade-fim da atuação estatal (vide o caso da atuação do BNDES) (ARAGÃO, 2016, p. 19).

Ressalta-se que a Constituição Federal elegeu a livre iniciativa como fundamento da República e da ordem econômica, priorizando um modelo de organização econômica que seria negado se submetido a uma intervenção estatal sem limites ou parâmetros para regular incidência.

Nesse sentido, "a intervenção estatal no domínio econômico encontra limites nos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, sem o que estaríamos diante da própria negação do princípio da liberdade de iniciativa" (MARQUES NETO, 2010, p. 60). O cotejo da atividade de fomento com os princípios constitucionais da proporcionalidade e subsidiariedade será melhor abordada no próximo tópico.

Em sentido semelhante, tem-se que nenhuma intervenção estatal no domínio econômico é neutra: causa impacto no setor objeto da intervenção, afeta a livre concorrência e inibe a ação dos particulares. Assim, sempre que o Estado intervém e confere um benefício atinge desigualmente os particulares (MARQUES NETO, 2010, p. 62).

Não há, portanto, interesse público não relacionado com o interesse privado. O sacrifício do último deve ser justificado pela persecução de interesse público suficientemente denso e relevante.

Da mesma forma, os interesses privados contemplados na consecução do interesse público devem ter tamanha importância que o eleve ao patamar do interesse público perseguido. Na ação estatal de fomento, fica clara a apropriação não uniforme pelos particulares dos resultados de uma medida de interesse público (MARQUES NETO, 2010, p. 64-65).

Assim, por meio do fomento o Estado, sem assumir a titularidade de uma atividade ou o compromisso de oferecê-la, emite normas e assume o papel de agente econômico, orientando e direcionando a atuação dos particulares em direção a um objetivo de interesse público. Normalmente, o destinatário da ação de fomento é o particular, entendida como meio para a consecução do interesse público (MARQUES NETO, 2010, p. 66).

Na atividade de fomento, há a escolha de um setor, atividade ou agente econômico para o recebimento de um incentivo, incremento ou suporte que o torne mais apto ou capacitado para se desenvolver, trazendo consigo um benefício coletivamente mensurável, real objetivo da atividade de fomento. Assim, a apropriação desigual de vantagens entre os particulares é característica inerente da atividade de fomento (MARQUES NETO, 2010, p. 67).

Ressalta-se, contudo, que a atividade de fomento constitui exercício de função administrativa, orientada pelos princípios contidos no artigo 37, CF, dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade (CAGGIANO, 2021, p. 22).

É justamente a análise dos limites impostos ao fomento pelos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública que será realizada no próximo tópico, especificamente no que se refere à dispensa de licitação para o fornecimento do produto, processo ou solução resultado do CPSI.

4 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO FOMENTO DAS *STARTUPS*

Passemos ao cotejo do artigo 15, *caput*, do novo marco das *startups*, que determina que “a administração pública poderá celebrar com a mesma contratada, **sem nova licitação**, contrato para o fornecimento do produto, do processo ou da solução resultante do CPSI”, com os princípios constitucionais aplicáveis ao caso, iniciando com os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

A Constituição faculta a intervenção estatal no domínio econômico, porém a opção pela intervenção, bem como o mecanismo a ser utilizado, ficam subordinados à demonstração de que a intervenção é necessária para perseguir um interesse público e que sua intensidade é suficiente e adequada ao objetivo perseguido (princípio da proporcionalidade) (MARQUES NETO, 2010, p. 61).

O princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O ato estatal será adequado quando contribuir para a realização do resultado pretendido.

Nesse caso, pode-se afirmar que o dispositivo legal em questão é adequado, na medida em que a dispensa de licitação para o fornecimento do produto, processo ou solução resultado do CPSI atinge o escopo legal de fomentar as *startups*.

No entanto, o dispositivo legal não passa no crivo da necessidade. Em razão da proibição do excesso, caso existam duas ou mais medidas adequadas para alcançar os fins perseguidos (interesse público), o Estado deve adotar a medida menos gravosa aos direitos fundamentais.

Nesse ponto, restringir sobremaneira a livre iniciativa, impedindo a participação de empresas em geral em eventuais certames licitatórios, não se mostra necessário para atingir o propósito legal de fomentar a criação e desenvolvimento das *startups*. Nesse sentido, a própria lei prevê diversas outras medidas menos severas, já expostas neste trabalho, para a consecução desse objetivo (fomento das *startups*).

No mesmo sentido, o ato legislativo não passa na análise da proporcionalidade em sentido estrito. Esse subprincípio impõe uma típica ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto pela atuação estatal e o benefício por ela produzido, razão pela qual a restrição ao direito fundamental deve ser justificada pela importância do direito fundamental que será efetivado.

No caso concreto, o benefício concedido (maior oportunidade de desenvolvimento de **uma** *startup*) não é suficiente para compensar a restrição genérica à livre iniciativa da generalidade das demais empresas.

Com relação ao princípio da subsidiariedade, é relevante frisar que seu âmbito de aplicação não é restrito ao artigo 173, CF/88, mas a toda a ordem econômica, em razão do caráter fundante conferido pela Constituição à livre iniciativa.

Essa ideia de subsidiariedade pressupõe autonomia, incluindo em seu escopo as empresas e indivíduos, que devem perseguir seus interesses e, de forma mediata, os objetivos da sociedade. É somente quando isso não é possível, de acordo com a subsidiariedade, que a

ação estatal deve suprir, complementar ou reforçar as ações dos entes privados. Nesse sentido, deve-se avaliar qual modalidade de intervenção é mais apta para assegurar o interesse público com o menor sacrifício à livre iniciativa (MARQUES NETO, 2010, p. 62).

Aqui, tal como no cotejo com o princípio da proporcionalidade, temos que a medida legislativa acaba por colidir com o princípio da subsidiariedade. A uma, porque restringe sobremaneira a livre iniciativa, impedindo que a generalidade das empresas, na defesa de sua autonomia, compitam pela contratação pelo Estado. A duas, porque não é caso de impossibilidade de consecução dos objetivos da sociedade sem intervenção do Estado, não havendo, portanto, legítima justificativa para o Estado suprir, complementar ou reforçar as ações dos entes privados (no caso, as *startups*). A três, porque não pode ser caracterizada como a modalidade de intervenção mais apta para assegurar o interesse público com o menor sacrifício à livre iniciativa.

Já o princípio da impessoalidade se relaciona com a igualdade ou isonomia. A Administração Pública deve conferir tratamento isonômico e impessoal aos particulares, sendo proibida a discriminação odiosa ou desproporcional. Trata-se da própria aplicação do princípio da igualdade no Direito Administrativo (OLIVEIRA, 2013, p. 97).

É corolário do princípio da impessoalidade a obrigatoriedade de licitação para celebração de contratos da Administração Pública (artigo 37, XXI, CF). Por óbvio, a igualdade perseguida pelo Estado é a material, e não meramente formal.

Nesse sentido, deve ser interpretada de acordo com o princípio da proporcionalidade, permitindo tratamento diferenciado a quem se encontra em posição jurídica diversa. Como exemplo de discriminação legítima no direito brasileiro, temos o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte quando participam de licitação pública (OLIVEIRA, 2013, p. 98).

Neste ponto, poderia se pensar que a possibilidade de tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte quando participam de licitação pública poderia justificar, analogicamente, a possibilidade de dispensa de licitação para o fornecimento do produto, processo ou solução resultado do CPSI. No entanto, os casos são absolutamente distintos.

A legislação de regência estabelece que as "normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei" (artigo 5ºA c/c artigo 3º, §14, Lei nº 8.666/93).

Não há, portanto, hipótese de dispensa de licitação, mas mera previsão genérica pelo favorecimento dessas empresas. Além disso, o que o novo marco legal das *startups* prevê é

uma nova hipótese *sui generis* de dispensa de licitação: a empresa que celebrou o contrato público para solução inovadora obtém potencialmente a dispensa para a celebração do contrato de fornecimento, a despeito de os objetos de ambas não se confundirem. Há, portanto, discriminação desproporcional, a violar também o princípio da impessoalidade.

Por fim, com relação ao princípio da eficiência, pode-se afirmar ser fruto de uma nova visão e de um novo modelo de Estado, tendo sido inserido no artigo 37 da Constituição por meio da EC19/1998.

No âmbito da denominada "administração de resultados", a interpretação e aplicação do Direito não podem se afastar das consequências geradas pelas escolhas que são realizadas pelo Estado. Assim, o Direito passa a se preocupar em especial com os resultados demandados pelo texto constitucional (OLIVEIRA, 2013, p. 113).

Nesse ponto, é interessante mencionar a releitura do "ótimo de Pareto" promovida por John Rawls (1999, p. 61), que considera que um sistema de direitos e deveres é eficiente se e somente é impossível mudar as regras, para redefinir o esquema de direitos e deveres, de modo a aumentar as expectativas das pessoas representativas (ao menos uma) sem que ao mesmo tempo diminuam as expectativas de algumas (ao menos uma) outras pessoas representativas.

Assim, a medida administrativa será eficiente se implementar, com a maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados legitimamente esperados com sua instituição (OLIVEIRA, 2013, p. 120).

A medida legislativa sob análise também não passa no crivo desse princípio. Isso porque as consequências da lei podem gerar impactos muito negativos, tanto na execução do contrato quanto em seu custo financeiro para a Administração Pública.

Não há como garantir, ou sequer presumir, que a *startup* vencedora que celebrou o contrato público para solução inovadora tenha condições mínimas para a celebração do contrato de fornecimento.

Deve-se lembrar que as *startups* têm, por sua natureza, estruturas enxutas, e seus integrantes não possuem muitos anos de experiência. O fato de ter fornecido uma solução não implica, de forma alguma, que tenha capacidade para executá-la de modo minimamente eficiente.

Ainda que a *startup* em questão tenha condições financeiras, logísticas e de recursos humanos para a execução do contrato de fornecimento, não há como presumir que poderia fazê-lo em condições financeiramente vantajosas para a Administração. Afinal, empresas

maiores, com escala, poderão, ao menos potencialmente, executar o contrato de fornecimento por preço menor, de forma mais eficiente.

Assim, pode-se afirmar que essa dispensa de licitação não é eficiente, tendo em vista que aumenta as expectativas das *startups*, porém diminui em maior intensidade as expectativas de todas as demais empresas. A medida legislativa é ineficiente porque implementa, com custos muito altos, os resultados legitimamente esperados com sua instituição.

5 CONCLUSÃO

O novo marco das *startups* é medida legislativa salutar. O legislador entendeu que o incentivo estatal à criação e desenvolvimento das *startups* é importante para tentar alçar o país a um patamar de relevância na produção de tecnologias inovadoras.

No entanto, o *caput* do seu artigo 15, ao permitir a dispensa de licitação para o fornecimento do produto, processo ou solução resultado do CPSI, é medida inconstitucional, por violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade, subsidiariedade, impessoalidade e eficiência.

Assim, pode-se afirmar que, se a questão for submetida ao crivo do Poder Judiciário, a solução para o caso deverá passar pelas questões supracitadas, e, inevitavelmente, ensejar a declaração de inconstitucionalidade da norma.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Fungibilidade da atuação direta do estado na economia com a regulação e o fomento. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 14, n. 56, p. 9-21, out./dez. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.800, de 4 de janeiro de 2019. Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais; altera as Leis nº s 9.249 e 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e 12.114 de 9 de dezembro de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13800.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

CAGGIANO, Heloisa Conrado. **Fomento público financeiro do planejamento à governança**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. (Coleção Estudos em Direito Público e Regulatório).

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 57-71, out./dez. 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.