

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667



REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 07 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - Jan/Jun 2022

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de Janeiro,
2022.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha. Sr.
Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile. Sra.
Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES INOVADORAS DE *STARTUPS* PELO ESTADO DE SANTA CATARINA: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL

CONTRACTING INNOVATIVE *STARTUPS* SOLUTIONS BY THE STATE OF SANTA CATARINA: ANALYSIS OF THE ADEQUACY OF STATE LEGISLATION

Clarissa Stefani Teixeira¹
José Pedro Oliveira Rosses²
Alexandre Barroso Euzebio³

Data da Submissão: 17/10/2021

Data da Aprovação: 19/11/2021

RESUMO

O presente artigo busca analisar se a legislação do Estado de Santa Catarina está adequada para a contratação, pela Administração Pública Direta e Indireta Estadual, de encomendas tecnológicas e de soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas por *startups*. Para esse estudo, utilizando-se do método dedutivo, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental em livros, artigos, legislação federal e estadual. Os resultados apresentados demonstram que o Marco Legal das *Startups* criou uma “modalidade especial” de licitação para a contratação de *startups*. Porém, antes dessa lei, já era possível a contratação de *startups* para resolver problemas técnicos da Administração Pública por meio da “encomenda tecnológica” que, apesar de prevista na legislação catarinense, nunca foi utilizada no âmbito do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina. Conclui-se que serão necessárias atualizações na legislação estadual para que a contratação de soluções inovadoras seja efetivamente utilizada pela Administração Pública Estadual com segurança jurídica de modo que o Estado avance nessas contratações e fomenta o empreendedorismo inovador.

¹ Pós-Doutora e Doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6668948766545628> E-mail: clastefani@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologias para a Inovação (PROFNIT), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Licitações e Contratos pela Faculdade Pólis Civitas. Advogado da Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina (Epagri). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7555157050419871> E-mail: jprosses.adv@gmail.com

³ Engenheiro Mecatrônico pela Universidade Paulista. Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologias para a Inovação (PROFNIT), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). MBA em Gestão de Negócios, Comércio e Operações Internacionais pela FIA (2008). MBA em Master Management pelo Institute D'Administration des Entreprises France (IAE-France (2009). Professor convidado da Unisantos no MBA de Gestão de Operações Portuárias. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5786712086045407> E-mail: ale.euzebio01@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: *Startups*; contratações públicas; soluções inovadoras; Estado de Santa Catarina.

ABSTRACT

This article seeks to analyze whether Santa Catarina's legislation is adequate for the hiring of innovative solutions created or developed by startups. For this study, using the deductive method, bibliographical and documentary research was carried out in books, articles, federal and state legislation. The results presented demonstrate that the Legal Framework of Startups created a “special modality” of bidding for hiring startups. However, before this law, it was already possible to hire startups to solve technical problems in the Public Administration through the “technological order” which, despite being provided for in the legislation, was never used by the Executive Branch of the State of Santa Catarina. It is concluded that updates to the state legislation will be necessary so that the contracting of innovative solutions is effectively used by the State Public Administration with legal security so that the State can advance in these contracts and encourage innovative entrepreneurship.

KEYWORDS: Startups; public procurement; innovative solutions; State of Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

A inovação é a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (BRASIL, 2004).

Nos últimos anos, diversas empresas inovadoras de base tecnológica foram criadas, as chamadas *startups*, apresentando novos produtos, serviços e processos no mercado (DA COSTA, 2020). Entre 2015 e 2019, estima-se que o número de *startups* no Brasil mais que triplicou, passando de 4.151 para 12.727, o que representa um salto de 207%, sendo que apenas o Estado de Santa Catarina conta com mais de 640 *startups* (CARRILO, 2020). Apesar desse elevado número de *startups*, um mapeamento da Associação Brasileira de *Startups* e da Accenture (2018) indicou que apenas 2% (dois por cento) são *govtechs*, isto é, *startups* que vendem para o Governo (OLIVEIRA, 2021).

O “Marco Legal das *Startups*” foi aprovado por meio da Lei Complementar federal nº 182, de 2021, com o objetivo de criar um ambiente favorável ao empreendedorismo inovador. Esse Marco Legal possui como diretriz o incentivo à contratação, pela Administração Pública, de “soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas por *startups*, reconhecidos o papel do Estado

no fomento à inovação e as potenciais oportunidades de economicidade, de benefício e de solução de problemas públicos com soluções inovadoras” (BRASIL, 2021).

Antes mesmo desse Marco Legal de *Startups*, a Lei de Inovação (Lei federal nº 10.973, de 2004) já previa a possibilidade de o poder público contratar “encomendas tecnológicas” de *startups* e outras pessoas jurídicas, por meio de dispensa de licitação, como um mecanismo de estímulo a empresas e à ciência e tecnologia. Conforme Santos (2019, p. 97), “o Brasil tenta, nos últimos anos, uma alavancagem no seu crescimento econômico tentando romper um gargalo burocrático que faça o Estado nacional [...] cumprir o seu papel de motivador e principal ator das pesquisas que direcionem para a inovação tecnológica”.

O Marco Legal das *Startups* é uma lei recentemente aprovada (1º de junho de 2021) e há lacuna em publicações acadêmicas e na doutrina de Direito Administrativo, sobretudo envolvendo a legislação catarinense, o que dificulta a compreensão de institutos jurídicos para quem atua diretamente com contratações públicas, seja como contratante (Administração Pública) ou contratado (*startups*). Além disso, entende-se importante difundir a legislação que rege a contratação de *startups* pelo Poder Público, pois essas empresas inovadoras podem auxiliar a sociedade com seus produtos, processos e serviços inovadores disruptivos ou incrementais, simplificando, otimizando e tornando mais eficiente a prestação de serviços públicos.

O presente artigo, elaborado a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental em livros, artigos, legislação federal e estadual e regulamentos de licitações e contratos de empresas estatais catarinenses, utilizando-se do método dedutivo, num primeiro momento, buscará compreender o que são *startups* de acordo com o seu Marco Legal. Posteriormente, analisará a legislação federal e estadual relacionada com contratação de soluções inovadoras, incluindo as encomendas tecnológicas e a modalidade especial de licitação criada pelo Marco Legal das *Startups*, a fim de verificar se a legislação estadual possibilita a contratação de soluções inovadoras desenvolvidas e apresentadas por essas empresas.

Com o presente trabalho, busca-se responder ao seguinte problema de pesquisa: a atual legislação de inovação e de contratações públicas do Estado de Santa Catarina é adequada para a contratação de encomendas tecnológicas ou de soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas por *startups*?

2 O QUE SÃO *STARTUPS*?

De acordo com Ries (2012), uma *startup* é uma instituição ligada ao comportamento humano, projetada para criar novos produtos ou serviços, que estejam sob condição de incerteza extrema, desenvolvendo algo que se pode reproduzir repetidamente com modelo de negócios em evolução. De um modo mais sucinto, são aquelas empresas nascentes com base tecnológica (POHLMANN, 2018).

É importante destacar que as *startups* não são versões menores de grandes empresas. Segundo Blank (2013), as *startups* que conseguem êxito são aquelas que aprendem rapidamente com as suas falhas, que estão o tempo todo se adaptando, melhorando as suas ideias iniciais à medida que aprendem continuamente com os clientes. Cockayne (2019), no mesmo sentido, refere que as *startups* apresentam uma nova, moderna e inovadora forma de trabalho, mas ressalta que o conceito é impreciso e difuso.

Num primeiro momento, a legislação brasileira conceituou as *startups* como empresas de caráter inovador que visam a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, “os quais, quando já existentes, caracterizam ***startups de natureza incremental***, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam ***startups de natureza disruptiva***”⁴ (BRASIL, 2019, grifo nosso). Ainda, conforme a definição legal até então vigente, as *startups* caracterizavam-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.

Com o Marco Legal das *Startups* (artigo 4º da Lei Complementar federal nº 182, de 1º de junho de 2021), a definição legal de *startup* foi revista, passando o legislador a estipular alguns critérios objetivos para o seu enquadramento. Passaram a ser 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” (BRASIL, 2021).

⁴ Artigo 65-A, § 1º, da Lei Complementar federal nº 123, de 2006, com a alteração promovida pela Lei Complementar federal nº 167, de 2019.

Para facilitar a compreensão, no quadro 1 constam os requisitos legais para o enquadramento previstos no artigo 4º do Marco Legal das *Startups*:

Quadro 1 – Enquadramento de empresas *startups*

Natureza jurídica	- Empresário individual; - Empresa individual de responsabilidade limitada; - Sociedades empresárias; - Sociedades cooperativas; - Sociedades simples.
Receita bruta máxima	- até R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) no ano-calendário anterior; OU - até R\$ 1.333.334,00 (um milhão, trezentos e trinta e três mil trezentos e trinta e quatro reais) multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses .
Nº máximo de anos de inscrição no CNPJ	Até 10 (dez) anos , sendo que: a) para as empresas decorrentes de incorporação : será considerado o tempo de inscrição da empresa incorporadora; b) para as empresas decorrentes de fusão : será considerado o maior tempo de inscrição entre as empresas fundidas; e c) para as empresas decorrentes de cisão : será considerado o tempo de inscrição da empresa cindida, na hipótese de criação de nova sociedade, ou da empresa que a absorver, na hipótese de transferência de patrimônio para a empresa existente.
Outros requisitos (atender a um, no mínimo)	1 - Declaração em seu ato constitutivo ou alterador e utilização de modelos de negócios inovadores para a geração de produtos ou serviços, nos termos do inciso IV do <i>caput</i> do artigo 2º da Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação) ⁵ ; OU 2 - Enquadramento no regime especial “Inova Simples”, nos termos do artigo 65-A da Lei Complementar federal nº 123, de 2006.

Fonte: elaborado pelos autores com informações extraídas da Lei Complementar federal nº 182, de 2021 (BRASIL, 2021).

Portanto, mesmo com o Marco Legal das *Startups*, as *startups* seguem com a característica de serem empresas nascentes (ou em operação recente) e inovadoras. Contudo, para que seja possível o enquadramento como tal no nosso ordenamento jurídico e para que possam gozar dos benefícios da lei, devem ser observados os parâmetros objetivos referidos no quadro acima.

⁵ **Art. 2º** Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] IV - **inovação**: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

3 A LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA ESTÁ ADEQUADA PARA CONTRATAR SOLUÇÕES INOVADORAS DE *STARTUPS*?

3.1 LEIS FEDERAL E ESTADUAL DE INOVAÇÃO E OS DECRETOS ESTADUAIS NºS 2.372/2009 E 842/2020: “ENCOMENDA TECNOLÓGICA”

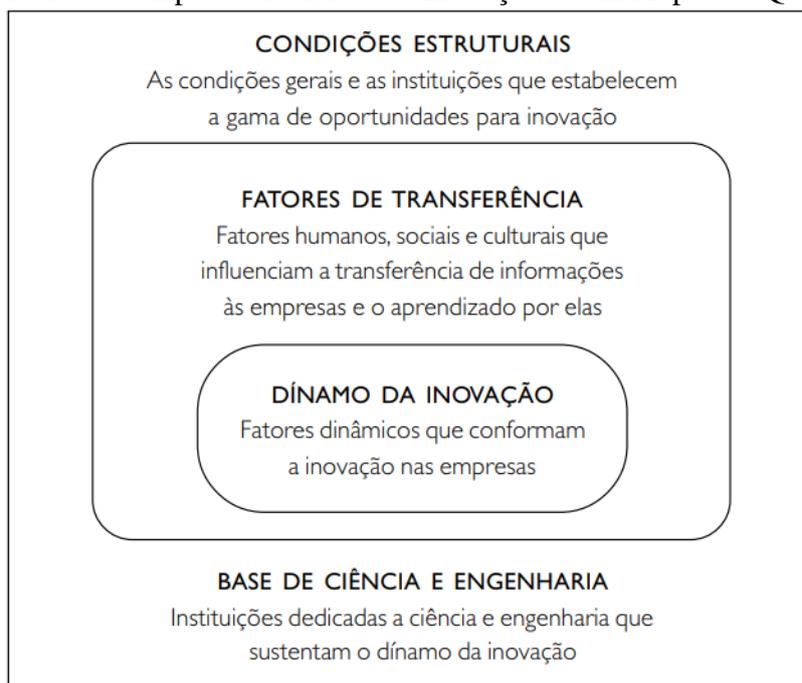
Segundo Barbosa (2020), é estimado que as contratações públicas representam cerca de 15% (quinze por cento) do produto interno bruto (PIB) do Brasil. O autor ressalta a importância do uso do poder de compra do Estado como instrumento de estímulo à inovação e à pesquisa no ambiente produtivo⁶:

As **inovações revolucionárias** do último século – da aviação aeroespacial à biomedicina, da *internet* à biotecnologia, da energia nuclear à nanotecnologia – **somente tornaram-se possíveis graças à atuação ativa do Estado**, sobretudo no estágio inicial da **pesquisa básica** e durante a arriscada fase do **processo de inovação** que ocorre entre a validação de um conceito e a realização de testes com protótipos e sua aprovação, quando muitas empresas sucumbem antes de tornarem o produto comercialmente viável. (BARBOSA, 2020, p. 275, grifo nosso).

Ainda sobre a elaboração de políticas públicas nacionais e regionais de promoção à inovação, o Manual de Oslo (OCDE, 2005, p. 36) define como as quatro categorias abrangentes, ou domínios, de fatores relacionados com a inovação, que podem ser apresentadas como um mapa, indicado na figura 1 abaixo, no qual se indicam áreas em que a alavanca das políticas pode ser aplicada à inovação comercial ou áreas que precisam ser levadas em conta quando forem definidas iniciativas políticas.

⁶ Artigo 19, § 2º-A, inciso V e VIII, da Lei federal nº 10.973, de 2004.

Figura 1 – O campo das Políticas de Inovação – Um Mapa das Questões



Fonte: Manual de Oslo (OCDE, 2005, p. 37)

Esta é uma forma de apresentação do campo das políticas de promoção de um sistema nacional de inovação generalizada. Conquanto a ênfase da literatura esteja nos sistemas nacionais, está claro também que, em muitos casos, considerações similares se aplicam aos níveis local e transnacional.

Antes do advento do Marco Legal das *Startups*, verifica-se que já havia no arcabouço jurídico nacional e estadual catarinense a possibilidade de contratação de soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas por *startups*, bem como por empresas já estabelecidas no mercado, entidades de direito sem fins lucrativos (ex.: associações e fundações privadas) e Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs)⁷.

O legislador nacional, por meio da norma do artigo 20 da Lei federal nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (Lei de Inovação) (com as alterações promovidas pela Lei federal nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016) previu a possibilidade de contratação de “encomenda tecnológica”, instrumento que pode ser utilizado pelo Poder Público no desenvolvimento (ou desenvolvimento e aquisição em série) de fármacos, novas vacinas na rede pública de saúde, sistemas de

⁷ **Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT):** órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos (artigo 2º, inciso V, da Lei federal nº 10.973, de 2004).

posicionamento global ou *global positioning system* (GPS), sistemas de defesa, soluções de mobilidade urbana, despoluição de cursos d'água e obtenção de outras tecnologias inovadoras (BARBOSA, 2020).

De acordo com estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), no período de 2010 a 2015, apenas 51 contratos foram celebrados utilizando a encomenda tecnológica prevista no artigo 20 da Lei de Inovação (BARBOSA; RAUEN, 2019). Entre os órgãos que já realizaram encomendas tecnológicas, cita-se como exemplo o Supremo Tribunal Federal (STF) com a encomenda para o desenvolvimento de módulo de processo judicial eletrônico (PJe); e a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) com a encomenda para o desenvolvimento de soro e vacinas para imunização contra o vírus Zika (AEB, 2020).

Entre os motivos possíveis para essa pouca adoção prática da encomenda tecnológica pelo Poder Público, Oliveira (2021) cita: a ínfima participação de empresas especializadas, a inexpressividade da exceção frente à tônica burocrática do sistema jurídico, o receio de inovar, o pouco diálogo antes de realizar-se a encomenda e a falta de conhecimento sobre as soluções no mercado.

Segundo o artigo 20 da Lei federal nº 10.973, de 2004, com redação dada pela Lei federal nº 13.243/2016, aplicável a todos os entes federados (por se tratar de norma geral de contratação pública)⁸, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista (BRASIL, 2004)⁹:

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, **poderão contratar diretamente ICT**, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou **empresas**, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam **risco tecnológico**, para **solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador**. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 1º Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o *caput* deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até 2 (dois) anos após o seu término.

§ 2º Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.

⁸ Compete à União estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, inclusive os que envolvem PD&I (artigo 22, XXVII c/c artigo 24, IX e § 1º, da Constituição Federal de 1988). Aos Estados e Distrito Federal compete complementar a legislação nacional.

⁹ Conforme Parecer nº 2/2019/CNPDI/CGU/AGU, as estatais devem seguir as normas contidas na Lei federal nº 13.303, de 2016, resolvendo eventual conflito (antinomia) em favor da Lei federal nº 10.973, de 2004, pelo critério da especialidade.

§ 3º O pagamento decorrente da contratação prevista no *caput* será efetuado proporcionalmente aos trabalhos executados no projeto, consoante o cronograma físico-financeiro aprovado, com a possibilidade de adoção de remunerações adicionais associadas ao alcance de metas de desempenho no projeto. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 4º O fornecimento, em escala ou não, do produto ou processo inovador resultante das atividades de pesquisa, desenvolvimento e **inovação encomendadas** na forma do *caput* poderá ser contratado mediante dispensa de licitação, inclusive com o próprio desenvolvedor da **encomenda**, observado o disposto em regulamento específico. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 5º Para os fins do *caput* e do § 4º, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar concomitantemente mais de uma ICT, entidade de direito privado sem fins lucrativos ou empresa com o objetivo de: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

I - desenvolver alternativas para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador; ou (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

II - executar partes de um mesmo objeto. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)
[...].

Em síntese, trata-se de uma hipótese de “dispensa de licitação”¹⁰ – isto é, contratação direta que foge à regra ao dever constitucional de licitar – visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, que envolvam risco tecnológico, para a solução de um problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador. Tristão (2019, p. 41) esclarece que essa hipótese de dispensa de licitação “tem por fundamento uma política de incentivo à inovação tecnológica, a ser concretizada por meio da contratação de instituições científicas e tecnológicas”. Já Rauen (2017) explica que encomendas tecnológicas são tipos especiais de compras públicas destinadas a solucionar desafios específicos através do desenvolvimento de produtos, serviços ou sistemas que ainda não estão disponíveis no mercado ou, simplesmente, ainda não existem.

Barbosa (2020, p. 279) sintetiza a encomenda tecnológica da seguinte forma:

Trata-se de uma **espécie de contrato que visa à solução de problema técnico ou obtenção de bem, serviço ou processo inovador** (novo ou melhorado). Para atingir essa finalidade, é necessária a realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento – P&D – que **envolvam risco tecnológico**, orientadas para a entrega de algo inovador. O **contrato de encomenda tecnológica** pode abranger **duas etapas**. A primeira etapa, de ocorrência necessária, consiste na realização da atividade de **pesquisa e desenvolvimento, denominada estágio**

¹⁰ Para a **Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional**, o amparo legal dessa dispensa de licitação está no artigo 24, inciso XXXI, da Lei federal nº 8.666, de 1993 ou artigo 75, inciso V, da Lei federal nº 14.133, de 2021. Já para as **empresas estatais**, o fundamento é o artigo 29, inciso XIV, da Lei federal nº 13.303, de 2016 e o regulamento interno de licitações e contratos da estatal contratante.

de P&D. A segunda corresponde à posterior **aquisição da solução inovadora resultante da primeira etapa, o estágio comercial.** Essa última etapa é de ocorrência eventual, na medida em que depende do resultado da etapa anterior e do disposto no termo contratual. [grifo nosso]

A diferença das encomendas tecnológicas, em comparação às compras públicas tradicionais, é a possibilidade de contratação a partir de um problema técnico, e não da descrição exata precisa do que se vai contratar. Além disso, na encomenda tecnológica há a previsão do risco de a solução tecnológica não ser obtida em sua totalidade (o que é chamado de risco tecnológico) (BARBOSA, 2019).

O “risco tecnológico” foi conceituado como “a possibilidade de insucesso no desenvolvimento de solução, decorrente de processo em que o resultado é incerto em função do conhecimento técnico-científico insuficiente à época em que se decide pela realização da ação” (artigo 2º, III, do Decreto federal nº 9.283, de 2018). Barbosa (2020, p. 282) discorre o seguinte sobre o risco tecnológico:

A presença do **risco tecnológico pode afetar a encomenda tecnológica** de diferentes maneiras: pode **impedir a precisa definição dos custos financeiros e do tempo necessário** para o desenvolvimento e **entrega da solução** ou a própria **garantia do resultado**. Desse modo, o grau de risco tecnológico e o nível de internalização desse risco pelo demandante (o quanto de risco a administração pública contratante está disposta a assumir para si) são fatores determinantes para definir o tipo de contrato ou forma de remuneração mais adequada para o caso concreto. À toda evidência, nem sempre será possível distinguir facilmente a presença ou não do risco tecnológico. Uma maneira de conferir alguma objetividade na definição da presença e do grau do risco tecnológico consiste no emprego do conceito de nível de prontidão tecnológica (**TRL, em seu acrônimo em inglês *technology readiness level***). [...] Em outras palavras, quanto mais madura é uma dada tecnologia, menor é o risco nela contido. [...] **Soluções já certificadas no TRL 9 não deveriam ser objeto desse tipo de contrato, assim como soluções ainda não classificadas com TRL 1.** [grifo nosso]

A seleção dos fornecedores ocorre via negociação pautada pela maior chance de sucesso, e não estritamente pelo menor preço ou custo da aquisição. A celebração do contrato de encomenda tecnológica fica condicionada à aprovação prévia do projeto específico, com etapas de execução do contrato estabelecidas em cronograma físico-financeiro, acompanhando as entregas em suas diversas fases. A contratação poderá englobar a transferência de tecnologia (CAMPAGNOLO; KNORR VELHO, 2019).

Porém, como a Administração Pública não sabe sobre o real desempenho da solução frente ao problema enfrentado, há elevado nível de incerteza tecnológica, ou seja, a encomenda tecnológica pressupõe a superação de um considerável grau de risco e incerteza que ameaçam a entrega do objeto contratado (COUTINHO; MAIA, 2018), razão pela qual o Poder Público deve fazer a adequada gestão de riscos nesse tipo de contratação. Assim sendo, o Estado deve assumir os riscos de que a encomenda não atinja os resultados esperados, sob pena de inovações disruptivas simplesmente não ocorrerem – ou seja, trata-se de um “contrato aleatório” ou de contrato de risco, assumindo o contratado uma obrigação de meio, e não de resultado, conforme artigo 458 do Código Civil.

Conforme Justen Filho (2016, p. 565), “tal como passa em toda e qualquer atividade de pesquisa, os investimentos não podem ser avaliados segundo uma estimativa predeterminada da vantajosidade. Sob certo ângulo, as contratações nesse setor apresentam um cunho de imprevisibilidade inafastável”, o que é inerente a soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas por *startups*.

O contrato de encomenda tecnológica, visa, em última análise, obter uma solução inovadora que não está disponível no mercado nacional ou internacional por meio de relações comerciais comuns, gerando benefícios econômicos ou sociais para a Administração Pública e sociedade. O fornecimento ao Poder Público do produto resultante da encomenda, em escala (produção seriada), pode consistir em um contrato separado, que não mais será enquadrado como encomenda tecnológica, na medida em que abstraído o risco tecnológico (BARBOSA, 2020).

No âmbito federal, a encomenda tecnológica foi regulamentada inicialmente no artigo 21 do Decreto federal nº 5.563, de 11 de outubro de 2005 (de forma sucinta) e, posteriormente, nos artigos 27 a 33 do Decreto federal nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018, que detalhou os procedimentos que os órgãos e entidades federais devem observar para celebrar esse tipo de contratação. Além disso, o Decreto federal nº 9.245, de 20 de dezembro de 2017 (Política Nacional de Inovação Tecnológica na Saúde) trata especificamente da “encomenda tecnológica na área da saúde (ETECS)”. Essas regras, contudo, aplicam-se apenas aos contratos de encomendas tecnológicas celebrados por órgãos e entidades da administração pública federal (BARBOSA, 2020).

O presente artigo não se debruçará sobre a legislação aplicável à Administração Pública Federal, pois foge ao escopo deste artigo. Entretanto, é importante ressaltar que nada impede que, na omissão de normas específicas estaduais, os dispositivos dos artigos 27 a 33 do Decreto federal nº 9.283, de 2018 sejam utilizados por meio de analogia (PORTELA; DUBEUX, 2020).

Conforme pesquisa realizada, no Estado de Santa Catarina, a encomenda tecnológica está regulamentada no artigo 20 da Lei estadual nº 14.328, de 15 de janeiro de 2008 (Lei Estadual de Inovação)¹¹ – com texto inspirado na redação original do Decreto federal nº 5.563, de 11 de outubro de 2005 (SANTA CATARINA, 2008). O quadro 2 demonstra a semelhança entre a legislação estadual vigente e o decreto federal já revogado sobre o tema.

Quadro 2 – Lei Estadual de Inovação e Decreto federal nº 5.563, de 2005 (revogado)

Art. 20 da Lei Estadual de Inovação	Art. 21 do Decreto federal nº 5.563, de 2005 (revogado)
Art. 20. Os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, em matéria de interesse público, definida pelo CONCITI, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando a realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.	Art. 21. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.
§ 1º O risco tecnológico de que trata o <i>caput</i> será compartilhado em proporção definida contratualmente.	-
§ 2º A contratação fica condicionada à aprovação prévia de projeto específico, com etapas de execução do contrato estabelecidas em cronograma físico-financeiro, a ser elaborado pela empresa ou consórcio a que se refere o <i>caput</i> .	§ 1º A contratação fica condicionada à aprovação prévia de projeto específico, com etapas de execução do contrato estabelecidas em cronograma físico-financeiro, a ser elaborado pela empresa ou consórcio a que se refere o <i>caput</i>. § 1º A contratação fica condicionada à aprovação prévia de projeto específico, com etapas de execução do contrato estabelecidas em cronograma físico-financeiro, a ser elaborado pela empresa, consórcio ou entidade a que se refere o <i>caput</i> , o qual deverá contemplar, além das etapas de execução, a equipe de trabalho e os recursos necessários à sua realização, com observância dos objetivos a serem atingidos e dos requisitos que permitam a aplicação dos métodos e meios indispensáveis à verificação do andamento do projeto em cada etapa, bem como de outros elementos estabelecidos pelo contratante. (Redação dada pelo Decreto nº 7.539, de 2011).
§ 3º A contratante será informada quanto à evolução do projeto e aos resultados parciais alcançados, devendo acompanhá-lo mediante auditoria técnica e financeira.	§ 2º A contratante será informada quanto à evolução do projeto e aos resultados parciais alcançados, devendo acompanhá-lo mediante auditoria técnica e financeira.
§ 4º Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o <i>caput</i> deste artigo a	§ 3º Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o <i>caput</i> a criação intelectual

¹¹ Registre-se que a Lei Estadual de Inovação ainda não foi atualizada de acordo com o “Novo Marco Legal de CT&I” (Lei federal nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016), que alterou grande parte do texto da Lei federal nº 10.973, de 2004 (Lei de Inovação). Há anteprojeto para essa atualização tramitando, porém, ainda não foi encaminhado à Assembleia Legislativa do Estado.

criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até dois anos após o seu término.	pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até dois anos após o seu término. § 3º O acompanhamento mediante auditoria técnica e financeira a que se refere o § 2º será realizado em cada etapa do projeto, ao longo de sua execução, inclusive com a mensuração dos resultados alcançados em relação aos previstos, de modo a permitir a avaliação da sua perspectiva de êxito, indicando eventuais ajustes que preservem o interesse das partes no cumprimento dos objetivos pactuados. (Redação dada pelo Decreto nº 7.539, de 2011).
§ 5º Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.	§ 4º Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado. § 4º O projeto contratado nos termos deste artigo poderá ser descontinuado, sempre que verificadas inviabilidade técnica ou econômica no seu desenvolvimento, ou o desinteresse da administração. (Redação dada pelo Decreto nº 7.539, de 2011).
§ 6º O pagamento decorrente da contratação prevista no <i>caput</i> deste artigo será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas.	§ 5º O pagamento decorrente da contratação prevista no <i>caput</i> será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas. § 5º A inviabilidade técnica ou econômica referida no § 4º deverá ser comprovada mediante auditoria técnica e financeira independente. (Redação dada pelo Decreto nº 7.539, de 2011).
§ 5º Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.	§ 8º Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, elaborar relatório final dando-o por encerrado, ou prorrogar seu prazo de duração. (Incluído pelo Decreto nº 7.539, de 2011).
§ 4º Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o <i>caput</i> deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até dois anos após o seu término.	§ 11. Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a criação intelectual pertinente ao seu objeto e cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até dois anos após o término do contrato. (Incluído pelo Decreto nº 7.539, de 2011).

Fonte: elaborado pelos autores com informações extraídas da Lei estadual nº 14.328/2008 (SANTA CATARINA, 2008).

O Decreto estadual nº 2.372, de 9 de junho de 2009 regulamentou a encomenda tecnológica da Lei Estadual de Inovação da seguinte forma:

Art. 17. Os **órgãos e entidades da administração pública estadual**, em matéria de interesse público definida pelo Conselho Estadual de Ciência,

Tecnologia e Inovação - CONCITI, poderão **contratar empresa**, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa, **de reconhecida capacitação tecnológica no setor**, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento que envolvam **risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador**.

Parágrafo único. Anualmente, ou extraordinariamente, o **CONCITI definirá as prioridades e os parâmetros de riscos aceitáveis** para a realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento previstas no *caput* deste artigo. [grifo nosso]

Ocorre que, na prática, esses dispositivos nunca chegaram a ser aplicados pelo Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, não havendo registros de encomendas tecnológicas (SANTA CATARINA, 2021). A aplicação desses dispositivos dependeria de manifestação do Conselho Estadual de Ciência, Tecnologia e Inovação (Conciti), que era um órgão de consulta do Governador do Estado¹², composto por 36 (trinta e seis) membros. Com a extinção do Conciti, em 2019, por meio da “Reforma Administrativa”, a aplicabilidade dos artigos acima citados ficou prejudicada, uma vez que tacitamente derogados (SANTA CATARINA, 2019).

Assim sendo, para viabilizar a aplicação da encomenda tecnológica no Estado de Santa Catarina, foi editado o Decreto estadual nº 842, de 17 de setembro de 2020, dispondo sobre o processo de contratação de “soluções inovadoras” que contribuam com questões de relevância pública para a Administração Pública Estadual Direta e Indireta (regulamentando a encomenda tecnológica prevista no artigo 20 da Lei federal nº 10.973, de 2004 c/c artigo 24, inciso XXXI, da Lei federal nº 8.666, de 1993 no âmbito do Estado) (SANTA CATARINA, 2020). O quadro 3 resume as disposições desse Decreto.

Quadro 3 – Decreto estadual nº 842, de 2020 – Solução Inovadora

O que é “solução inovadora”?	Novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resultem em novos produtos, serviços ou processos ou que compreendam a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possam resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho.
O que é “questão de relevância pública”?	Assunto para o qual se almeje solução inovadora por parte do interessado, assim caracterizado pela unidade demandante à vista de manifestação da Secretaria de Estado da Administração (SEA).
O que é “interessado”?	Pessoa física ou jurídica, com ou sem fins lucrativos, que, isoladamente ou reunida em consórcio com outras, atendendo aos requisitos de qualificação previstos em edital de chamamento público, apresente solução inovadora para questão de relevância pública.
Quais as atribuições da SEA/SC?	a) promover a seleção para contratação de soluções inovadoras para os órgãos e as entidades da Administração Pública Estadual; b) formalizar a dispensa de licitação para posterior contratação pelo órgão ou entidade demandante.
Comissão Especial de Análise de	Comissão Especial de Análise de Soluções Inovadoras é instituída pela SEA. Poderá ser integrada por especialistas e realizar reuniões com os interessados, observado o

¹² Vide artigos 36, I, 6; 37, VI; e 43 da Lei Complementar estadual nº 381, de 2007 (revogada).

Soluções Inovadoras	artigo 5º do Decreto.
Quais o procedimento?	<p>1 – A contratação envolve 3 (três) procedimentos básicos: a) planejamento; b) seleção e c) gestão contratual;</p> <p>1.1 – Planejamento: a) estudo técnico para definir a questão de relevância pública que demande solução inovadora (definição do problema) (não haver solução conhecida no mercado ou aprimoramento das soluções identificadas); b) documento de demanda de soluções inovadoras (detalhamento das necessidades, descrição do modelo de seleção, resultados esperados e requisitos mínimos esperados); c) parecer técnico pela Diretoria de Tecnologia e Inovação da SEA;</p> <p>1.2 – Seleção: a) SEA publica um edital de “chamamento público” para seleção de soluções inovadoras, observados os requisitos dos artigos 11 a 14 e 24, parágrafo único, e 25, § 5º, do Decreto, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias da data de entrega das soluções inovadoras. Mediante justificativa, pode ser selecionado mais de um interessado para celebrar o contrato; b) a Comissão Especial de Análise de Soluções Inovadoras avalia as soluções apresentadas e emite relatório, que é divulgado no Portal de Compras do Estado de Santa Catarina; c) declaração do vencedor; d) interessados podem interpor recursos (fase recursal única). Se interpostos recursos, após pareceres técnicos, Secretário de Estado da Administração decide; e) após fase recursal, resultado final é publicado no Diário Oficial do Estado e Portal de Compras do Estado; e) formalizada a dispensa de licitação pela SEA; f) encaminhada a dispensa de licitação ao Grupo Gestor de Governo para deliberação;</p> <p>1.3 – Gestão contratual: a) homologada a solução vencedora e formalizada e aprovada a dispensa de licitação pela SEA, a contratação, gestão e fiscalização do contrato serão realizadas pelo órgão ou entidade demandante, conforme artigos 21, 22, 27 a 28 do Decreto, sob supervisão da SEA; b) órgão ou entidade demandante pode celebrar o “contrato de fomento” para o teste da solução inovadora, cujos requisitos estão no artigo 24 do Decreto (prazo do teste, custos a serem reembolsados, obrigações das partes, metas a serem atingidas e metodologia de aferição de resultados, prestação de contas, penalidades, matriz de riscos e possibilidade de solução consensual); c) o órgão ou entidade contratante também pode celebrar o “contrato de fornecimento” para o fornecimento, em escala ou não, do produto, processo ou solução resultante do processo de seleção de solução inovadora ou resultante do contrato de fomento, conforme artigo 25 do Decreto. O contrato de fornecimento deve ser limitado a 5 (cinco) vezes o valor dispendido no anterior “contrato de fomento”. Deverá ser limitado a 24 (vinte e quatro) meses, com possibilidade de prorrogação por mais 12 (doze) meses, após os quais deverá ser aberto novo chamamento público para avaliação da existência de outras soluções ou realização de licitação. Findo o contrato de fornecimento com alcance parcial do resultado almejado, ficará exclusivamente a critério do órgão ou da entidade contratante, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar o prazo de duração do contrato ou elaborar relatório final, dando-o por encerrado. O pagamento decorrente da contratação será efetuado proporcionalmente aos trabalhos executados no projeto, consoante o cronograma físico-financeiro aprovado, com a possibilidade de adoção de remunerações adicionais associadas ao alcance de metas de desempenho do projeto.</p>

Fonte: elaborado pelos autores com informações extraídas do Decreto estadual nº 842, de 2020 (SANTA CATARINA, 2020).

Para o adequado gerenciamento de riscos, o Decreto estadual nº 842/2020, na mesma linha do que os contratos das empresas estatais (artigo 69, inciso X, da Lei federal nº 13.303, de 2016), exige a presença de uma cláusula de “matriz de riscos”, que define os riscos e as responsabilidades entre as partes, quando da formalização de “contrato de fomento” de solução inovadora. Essa cláusula deve apontar os riscos existentes (inclusive os referentes a caso fortuito,

força maior, fato do príncipe, fato da administração e álea econômica extraordinária), estabelecer a repartição de riscos entre as partes, ou seja, as formas de mitigá-los e distribuí-los entre os contratantes, deixando claro quais os riscos que cada parte assumirá e quais as obrigações de cada uma.

Em 2021, foi editado o Decreto estadual nº 1.098, de 13 de janeiro de 2021, criando o “Laboratório de Inovação do Governo do Estado de Santa Catarina” (Nidus), responsável por promover a inovação aberta no âmbito do Governo do Estado de Santa Catarina. O referido laboratório tem, entre outras atribuições: a) desenvolver processos para seleção de projetos inovadores, envolvendo instituições de pesquisas, *startups* e empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento tecnológico no Estado, na prospecção e especificação de soluções inovadoras para a gestão pública estadual; e b) auxiliar na contratação de soluções inovadoras no âmbito da Administração Pública Estadual Direta, autárquica, fundacional, das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Governo do Estado.

Em consulta ao Portal de Compras do Estado de Santa Catarina, contudo, verifica-se que até o momento não houve nenhum edital de chamamento público para a contratação de solução inovadora com base no Decreto estadual nº 842, de 2020. Assim sendo, a partir da pesquisa realizada, verifica-se que há legislação estadual regulamentando as contratações de encomendas tecnológicas e de soluções inovadoras, sendo esse o arcabouço jurídico existente até o advento da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei federal nº 14.133, de 2021) e Marco Legal das *Startups* (Lei Complementar federal nº 182, de 2021).

3.2 LEI FEDERAL Nº 14.133/2021: “PMI” E “DIÁLOGO COMPETITIVO”

Inicialmente, cabe esclarecer que a Lei federal nº 14.133, de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a partir da sua publicação (1º de abril de 2021), revogou a parte criminal da Lei federal nº 8.666, de 1993. Os demais dispositivos da Lei federal nº 8.666, de 1993 serão revogados após decorridos 2 (dois) anos da publicação dessa nova lei.

Entretanto, até o decurso desses 2 (dois) anos (1º de abril de 2023), a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com nova lei ou de acordo com a Lei federal nº 8.666, de 1993, Lei federal nº 10.520, de 2002 (Lei do Pregão) e arts. 1º a 47-A da Lei federal 12.462, de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas), vedada a aplicação combinada (NIEBUHR, 2021). As empresas estatais, por outro lado, seguem regidas

pelo seu regime próprio de licitação e contratos (Lei federal nº 13.303, de 2016), salvo algumas exceções¹³.

Para a contratação de soluções inovadoras, a Lei federal nº 14.133, de 2021 tratou do “procedimento de manifestação de interesse”¹⁴¹⁵, que é um procedimento auxiliar de licitação e contratação, e criou uma nova modalidade de licitação no ordenamento jurídico brasileiro, o “diálogo competitivo”.

Conforme Niebuhr (2018, p. 151), “os agentes estatais, encarregados da fase interna da licitação, precisam compreender o objeto da futura licitação, suas nuances e diferenciais tecnológicos, bem como a dinâmica do mercado e seus *players*”. Por meio do “procedimento de manifestação de interesse” (PMI), a Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento (BRASIL, 2021).

Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para uma posterior licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.

É importante destacar que a realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do PMI: a) não atribuirá ao realizador direito de preferência em licitação superveniente; b) não obrigará o poder público a realizar licitação; c) não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração; d) será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

¹³ Aplicam-se às empresas estatais as regras de Direito Penal da Lei federal nº 14.133, de 2021 (artigos 1, § 1º, 178 e 185), bem com os critérios de desempate (artigo 55, inciso III, da Lei federal nº 13.303, de 2016 c/c artigo 189 da Lei federal nº 14.133, de 2021).

¹⁴ O PMI hoje está regulamentado pelo Decreto federal nº 8.428, de 2015 no âmbito federal, regulamentando o artigo 31 da Lei federal nº 9.074, de 1995. No âmbito do Estado de Santa Catarina, pelo Decreto estadual nº 962, de 2012 e Decreto estadual nº 468, de 2020, porém, tem escopo diverso da Lei federal nº 14.133, de 2021: visa apenas orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-privadas (PPPs), sob a forma de concessão patrocinada ou administrativa, de concessão regida por legislação setorial, de concessão comum, de permissão de serviço público, de arrendamento de bem público, de concessão de direito real e de outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante, por meio de apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos. Essa ampliação do escopo do PMI já era prevista no artigo 31, §§ 4º e 5º, da Lei federal nº 13.303, de 2016 para as empresas estatais.

¹⁵ Artigo 78, inciso III, da Lei federal nº 14.133, de 2021.

Dispõe ainda a Lei federal nº 14.133, de 2021 que o PMI poderá ser restrito a *startups*. Porém, a definição dada por essa lei entra em conflito com a dada pelo Marco Legal das *Startups*:

os **microempreendedores individuais**, as **microempresas** e as **empresas de pequeno porte**, de **natureza emergente** e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração. [grifo nosso]

Segundo Marianne Albers (2021), a definição de “startups” do Marco Legal das *Startups* não apenas difere daquele dado pela Nova Lei de Licitações, como parece ser muito mais consistente e coerente com a realidade do mercado. Ocorrendo essa antinomia, dois diferentes critérios nos permitem afirmar que a definição do Marco Legal das *Startups* deva ser aquela que prevalecerá: o critério cronológico (norma mais recente prevalece sobre a mais antiga) e o da especialidade (pois o Marco Legal das *Startups* se dedica especialmente a tratar das *startups*).

Por fim, o “diálogo competitivo” é uma modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos¹⁶ (BRASIL, 2021).

Conforme Oliveira (2021), a modalidade do diálogo competitivo busca aproximar o Estado aos negócios inovadores. Ao permitir que os interessados troquem informações com a Administração Pública, de forma oficial e segura, antes da abertura do edital de contratação, a norma encoraja gestores públicos a buscarem novas saídas para problemas complexos, demandas demasiadas técnicas e tecnológicas.

O quadro 4 sintetiza essa nova modalidade de licitação de caráter dialógico e negocial.

Quadro 4 – Diálogo competitivo

Qual a finalidade?	Visa 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.
---------------------------	--

¹⁶ Artigo 6º, XLII; 28, V, da Lei federal nº 14.133, de 2021.

Em que hipóteses pode ocorrer?	Quando a Administração verificar a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.
Qual o procedimento?	1 - A Administração apresenta, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação; 2 - Os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos; 3 - A divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será proibida; 4 - A Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento; 5 - A fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades; 6 - As reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo; 7 - O edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas; 8 - A Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis , para todos os licitantes pré-selecionados apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto; 9 - A Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas; 10 - A Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado; 11 - O diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.
Confidencialidade	Os profissionais contratados para o assessoramento técnico da comissão deverão assinar termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

Fonte: Elaborado pelo autor com informações extraídas da Lei federal nº 14.133, de 2021 (BRASIL, 2021)

Ocorre que a Lei federal nº 14.133, de 2021 ainda não está sendo aplicada no Estado de Santa Catarina¹⁷, pois há diversos pontos que dependem de regulamentação nacional e estadual (nesse sentido, aliás, é o Parecer nº 0002/2021/CNMLC/CGU/AGU no âmbito federal). Para que possa ser utilizado o PMI, por exemplo, é necessário que seja editado um regulamento que definirá critérios claros e objetivos para sua aplicação, de acordo com o que exige o artigo 78, § 1º e 81, *caput*, da Lei federal nº 14.133, de 2021.

A Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina instituiu um núcleo para estudar essa nova Lei e orientar a Administração Pública Estadual quanto ao seu cumprimento no Estado (PGE/SC, 2021), ou seja, os institutos acima referidos como o “diálogo competitivo” ou o “procedimento de manifestação de interesse” restrito às *startups* são instrumentos que não serão utilizados até que seja regulamentada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos no Estado. Além disso, foi editado o Decreto estadual nº 1.473, de 2021, determinando que, no Estado de Santa Catarina, enquanto não for editado o decreto estadual para a implantação gradual da Lei federal nº 14.133, de 2021, os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual devem observar as regras das Leis federais nºs 8.666, de 1993 e 10.520, de 2002.

Quanto ao “procedimento de manifestação de interesse” das empresas estatais do Estado, que não estão regidas pela Lei federal nº 14.133, de 2021 como regra, nota-se que os regulamentos internos de licitação e contratos do Ciasc, da Cidasc, da Epagri, do Badesc, da Ceasa, da Celesc, da Casan e da SC Par já estão adaptados ao que determina o artigo 31, §§ 4º e 5º, da Lei federal nº 13.303, de 2016. Assim sendo, as estatais, quando precisarem recorrer ao mercado para estudos, levantamentos, e investigações na busca de respostas para elaborar uma eventual licitação, podem utilizar esse instrumento.

3.3 MARCO LEGAL DAS *STARTUPS*

O Marco Legal das *Startups* criou uma “modalidade especial” para a contratação de 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. O incentivo à contratação de soluções inovadoras desenvolvidas por *startups* pela Administração Pública

¹⁷ Em diversos Estados foram editados atos proibindo expressamente a utilização da Lei federal nº 14.133, de 2021 até que ela seja devidamente regulamentada: Decreto estadual nº 9.217, de 2021 (Acre); Portaria Conjunta SAD/PGE nº 53, de 2021 (Pernambuco); Decreto estadual nº 1.504, de 2021 (Pará); Decreto estadual nº 959, de 2021 (Mato Grosso); Decreto estadual nº 48.989, de 2021 (Rio de Janeiro). Não foi localizado Estado que já tenha regulamentado a Lei federal nº 14.133, de 2021 até a presente data.

incentiva o setor conhecido como “*B-to-G*” / “*B2G*” (*business to government*) ou *govtechs* – em que temos uma relação que “une o Estado ineficiente com empresas voltadas a remediar ineficiências por meio de tecnologias e formas inovadoras de atuar em segmentos tradicionais” (PINTO, 2021; OLIVEIRA, 2021).

Nota-se que o texto do Marco Legal das *Startups* é muito semelhante com a encomenda tecnológica prevista na Lei de Inovação, conforme verificamos no quadro 5.

Quadro 5 – Comparação entre a Lei de Inovação e o Marco Legal das *Startups*

Lei federal nº 10.973, de 2004 (encomenda tecnológica)	Marco Legal das <i>Startups</i>
Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública , em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas , isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico , para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador . (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)	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 .

Fonte: Elaborado pelos autores com informações extraídas da Lei Complementar federal nº 182, de 2021

Na Lei de Inovação, a encomenda tecnológica é uma hipótese de dispensa de licitação (ou seja, exceção ao dever constitucional de licitar) e necessariamente envolve um risco tecnológico. Já no Marco Legal das *Startups*, o legislador criou uma “modalidade especial” de licitação, e ela objetiva resolver um problema técnico da Administração Pública, com ou sem risco tecnológico. A palavra-chave dessa modalidade de licitação é o “teste” da solução inovadora (IPEA, 2021). Barbosa (IPEA, 2021) esclarece que, enquanto que a encomenda tecnológica é indicada para tecnologias com “nível de maturidade tecnológica” (*technology readiness level* ou TRL) mais inicial, a modalidade especial de licitação é indicada para soluções inovadoras com um nível um pouco mais avançado.

Por meio da “encomenda tecnológica” somente é possível realizar uma contratação quando presente um risco tecnológico, o que restringiu muito a utilização dessa hipótese de dispensa de licitação, dificultando que a Administração Pública conseguisse incorporar soluções inovadoras em suas rotinas. A Agência Espacial Brasileira, por exemplo, estabeleceu parceria

com o Tribunal de Contas da União (TCU) para acompanhar o desenvolvimento e o transcorrer de determinada encomenda tecnológica, considerando os riscos que envolvem esse tipo de contratação (AEB, 2021). A impossibilidade de usar compras públicas para inovação faz com que o país desperdice potencial para promover a descoberta e implementação de alternativas inovadoras que não necessariamente envolvam risco tecnológico (HACKATAGRO, 2021).

Além disso, a contratação de encomenda tecnológica da Lei de Inovação, por meio de dispensa de licitação, é criticada na doutrina. Conforme Niebuhr (2018, p. 85), o dispositivo que trata das hipóteses de dispensa de licitação relacionadas com a Lei de Inovação (o que inclui a encomenda tecnológica) “desfaz a obrigatoriedade de licitação pública, de alçada constitucional, para praticamente tudo que envolve pesquisa e inovação tecnológica. Trata-se de normativo abertamente inconstitucional, clientelista, antirrepublicano, que atira ao limbo o princípio da isonomia e a parte inicial do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal”.

A modalidade especial de licitação do Marco Legal das *Startups* se confunde um pouco com a modalidade “diálogo competitivo”, que também está voltada à contratação de soluções para as necessidades da Administração Pública. Segundo Piccelli (2021), a diferença fundamental é que o diálogo competitivo está condicionado à “impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado”, o que pode afastar as *govtechs* que apresentem inovações já desenvolvidas.

O procedimento dessa modalidade de licitação do Marco Legal das *Startups* é muito semelhante ao do Decreto estadual nº 842, de 2020, pois envolve a necessidade de publicação de um edital com 30 (trinta) dias de antecedência do recebimento das propostas e a seleção por uma comissão que avaliará e julgará a solução inovadora. O quadro 6 sintetiza essa modalidade especial de licitação.

Quadro 6 – Contratação de solução inovadora – Marco Legal das *Startups*

Qual a finalidade?	a) resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia; e b) promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado.
Qual o objeto da “modalidade especial” de licitação?	Contratar pessoas físicas ou jurídicas, isoladamente ou em consórcio, para o teste de soluções inovadoras por elas desenvolvidas ou a serem desenvolvidas, com ou sem risco tecnológico .
Qual 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.
Qual o prazo de publicidade mínima do	30 (trinta) dias corridos até a data do recebimento das propostas.

edital?	
Qual o local de publicação do edital?	a) em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente público licitante; e b) no diário oficial do ente federativo.
Comissão especial	As propostas serão avaliadas e julgadas por comissão especial integrada por, no mínimo, 3 (três) pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento no assunto, das quais: a) 1 (uma) deverá ser servidor público integrante do órgão para o qual o serviço está sendo contratado; e b) 1 (uma) deverá ser professor de instituição pública de educação superior na área relacionada ao tema da contratação.
Quais os critérios de julgamento das propostas?	Os critérios para julgamento das propostas deverão considerar, sem prejuízo de outros definidos no edital: 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 (leva em consideração o preço indicado pelos proponentes); e V - a demonstração comparativa de custo e benefício da proposta em relação às opções funcionalmente equivalentes (leva em consideração o preço indicado pelos proponentes).
Multiadjudicação	A licitação poderá selecionar mais de uma proposta para a celebração do Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI), hipótese em que caberá ao edital limitar a quantidade de propostas selecionáveis.
Habilitação simplificada	1 – A análise da documentação relativa aos requisitos de habilitação será posterior à fase de julgamento das propostas e contemplará somente os proponentes selecionados. 2 – Ressalvada a comprovação da regularidade fiscal com a Seguridade Social (artigo 195, § 3º, da CF/88), a Administração Pública poderá, mediante justificativa expressa, dispensar, no todo ou em parte a documentação de habilitação de que tratam os incisos I, II e III, bem como a regularidade fiscal prevista no inciso IV do caput do artigo 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista) e a prestação de garantia para a contratação.
Negociação	Após a fase de julgamento das propostas, a Administração Pública poderá negociar com os selecionados as condições econômicas mais vantajosas para a Administração e os critérios de remuneração que serão adotados, observado o disposto no § 3º do artigo 14 da Lei (nas hipóteses em que houver risco tecnológico, os pagamentos serão efetuados proporcionalmente aos trabalhos executados). Na hipótese de o preço ser superior à estimativa, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, com base na demonstração comparativa entre o custo e o benefício da proposta, aceitar o preço ofertado, desde que seja superior em termos de inovações, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, limitado ao valor máximo que se propõe a pagar.
Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI)	Homologação do resultado da licitação, a Administração Pública celebrará CPSI com as proponentes selecionadas, com vigência limitada a 12 (doze) meses , prorrogável por mais um período de até 12 (doze) meses .
Quais as cláusulas necessárias do 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.
Qual o valor máximo do CPSI?	R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais) por CPSI, podendo o edital estabelecer limites inferiores
Como será a remuneração da contratada?	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>Na hipótese de a execução do objeto ser dividida em etapas, o pagamento relativo a cada etapa poderá adotar critérios distintos de remuneração.</p> <p>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 expressa¹⁸.</p>
Contrato de fornecimento	<p>Encerrado o CPSI, 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.</p> <p>Se a licitação tiver selecionado mais de uma proposta, quando mais de uma contratada cumprir satisfatoriamente as metas estabelecidas no CPSI, o contrato de fornecimento será firmado, mediante justificativa, com aquela cujo produto, processo ou solução atenda melhor às demandas públicas em termos de relação de custo e benefício com dimensões de qualidade e preço.</p>
Vigência do contrato de fornecimento	24 (vinte e quatro) meses , prorrogável por mais um período de até 24 (vinte e quatro) meses .
Valor máximo do contrato de fornecimento	Limitados a 5 (cinco) vezes o valor máximo do CPSI (R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais)), incluídas as eventuais prorrogações, hipótese em que o limite poderá ser ultrapassado nos casos de reajuste de preços e dos acréscimos de que trata o § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (até 25% do valor inicial atualizado do contrato em razão de alteração quantitativa).

Fonte: elaborado pelos autores com informações extraídas da Lei Complementar federal nº 182, de 2021 (BRASIL, 2021)

De acordo com Oliveira (2021), o objetivo dessa modalidade é dar cabo a demandas públicas que necessitem do emprego tecnológico e induzir a inovação no setor produtivo

¹⁸ § 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.

correspondente, por meio do poder de compra estatal. O Estado poderá abrir processo licitatório, no qual deverá delimitar o gargalo incômodo e descrever os resultados esperados com a inovação.

Conforme essas regras específicas para contratação, após a seleção das propostas na licitação, para o teste da solução inovadora vencedora da licitação, é formalizado um “Contrato Público para Solução Inovadora (CPSI)” (muito semelhante ao “contrato de fomento” referido no Decreto estadual nº 842, de 2020). Encerrado o CPSI, a Administração Pública, sem nova licitação, poderá, com a mesma contratada, celebrar um contrato para o fornecimento do produto, do processo ou da solução resultante do primeiro contrato, chamado de “contrato de fornecimento”. A lei também torna o processo licitatório menos burocrático ao, por exemplo, relativizar a exigência de documentos de habilitação.

No âmbito do Estado de Santa Catarina, a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional já se encontra subordinada ao regime de licitações e contratos previsto no Marco Legal das *Startups*. Assim sendo, todos esses órgãos e entidades da organização administrativa estadual tratados na Lei Complementar estadual nº 741, de 2019 podem licitar de acordo com essas regras.

Já para as empresas estatais do Estado de Santa Catarina (as empresas públicas Ciasc, Cidasc, Epagri e as sociedades de economia mista Badesc, Ceasa/SC, Celesc, Celesc Distribuição S.A., Celesc Geração S.A., SCGás, Casan e SC Par), será necessário que elas atualizem os seus regulamentos internos de licitação e contratos, conforme determina o Marco Legal das *Startups*, já que suas contratações são regidas pela Lei federal nº 13.303, de 2016 (Lei das Estatais), sendo que somente a Epagri fez a adequação no seu regulamento até a presente data, conforme pesquisa realizada nos *sites* dessas empresas estatais.

Nas palavras de Muraro (2019, p. 79), é preciso fazer o Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação “sair do papel”. O mesmo se aplica com o Marco Legal das *Startups*. Se a Administração Pública não abraçar a cultura inovadora, o direito não encontrará aplicação prática, perdendo a letra da lei o seu valor (OLIVEIRA, 2021).

3.4 PROPRIEDADE INTELECTUAL NAS ENCOMENDAS TECNOLÓGICAS E SOLUÇÕES INOVADORAS

Ponto importante sobre a contratações de encomendas tecnológicas ou soluções inovadoras é a propriedade intelectual. Se o Estado busca resolver um problema técnico

específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador de uma *startup*, há a possibilidade de que eventual criação oriunda dos serviços contratados seja protegida pelos diversos mecanismos de propriedade intelectual (direitos autorais, programas de computador, invenções e modelos de utilidade, cultivares etc.).

Se o contratante for um órgão ou entidade da Administração Pública Direta, Autárquica ou Fundacional, como já dito acima, há o regime jurídico da Lei federal nº 8.666, 1993 e o da Lei federal nº 14.133, de 2021, que revogará essa regra da Lei federal nº 8.666, de 1993 após 2 (dois) anos de sua publicação. Vejamos no quadro 7 abaixo a comparação entre a redação dessas duas leis:

Quadro 7 – Propriedade intelectual em contratos administrativos

Lei federal nº 8.666, de 1993	Lei federal nº 14.133, de 2021
<p>Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.</p> <p>Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra. [grifo nosso]</p>	<p>Art. 93. Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (<i>software</i>) - e a respectiva documentação técnica associada -, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.</p> <p>§ 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o caput deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.</p> <p>§ 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o caput deste artigo quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e os mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.</p> <p>§ 3º Na hipótese de posterior alteração do projeto pela Administração Pública, o autor deverá ser comunicado, e os registros serão promovidos nos órgãos ou entidades competentes. [grifo nosso]</p>

Portanto, verifica-se que a Lei federal nº 14.133, de 2021 deu mais liberdade ao gestor público ao possibilitar que a Administração Pública deixe de exigir que o criador faça a cessão

dos direitos patrimoniais de sua criação quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação.

Caso o contratante seja uma empresa estatal, o artigo 80 da Lei federal nº 13.303, de 2016 (Lei das Estatais) dispõe que os direitos patrimoniais e autorais de projetos ou serviços técnicos especializados desenvolvidos por profissionais autônomos ou por empresas contratadas passam a ser propriedade da empresa pública ou sociedade de economia mista que os tenha contratado, sem prejuízo da preservação da identificação dos respectivos autores e da responsabilidade técnica a eles atribuída (BRASIL, 2016).

De qualquer modo, mesmo que não houvesse essas previsões específicas, a própria legislação de propriedade intelectual já prevê que a criação oriunda de contrato de prestação de serviços é de propriedade do contratante, sendo que a retribuição pelo trabalho do prestador de serviços limita-se à remuneração ajustada, “salvo disposição em contrário” (arts. 88 c/c 92 e 121 da Lei federal nº 9.279, de 1995 – Lei de Propriedade Industrial; artigo 4º da Lei federal nº 9.609, de 1998 – Lei do Programa de Computador; artigo 38 da Lei federal nº 9.456, de 1997 – Lei de Proteção de Cultivares e artigo 28 da Lei federal nº 11.484, de 2007 – Lei de Proteção da Topografia de Circuitos Integrados).

Nos contratos de encomenda tecnológica e no CPSI, nem sempre a propriedade intelectual será exclusivamente da Administração Pública. As normas gerais de contratação pública (Lei federal nº 8.666, de 1993, Lei federal nº 14.133, de 2021, Lei federal nº 13.303, de 2016 e outras) não se aplicam quando houver disposição contrária no marco regulatório específico das encomendas (legislação de inovação) ou quando incompatíveis com a sua natureza (BARBOSA, 2020, p. 277), de modo que o contrato entre as partes deve estabelecer a titularidade e o exercício dos direitos de propriedade intelectual sobre o resultado da contratação.

Na encomenda tecnológica, inclusive, o contratado desenvolvedor da nova tecnologia pode fabricar ou fornecer, ainda que sem exclusividade, o produto resultante da contratação, ou seja, é possível que as partes negociem que o contratado poderá produzir, em série ou não, o produto resultante da nova tecnologia, a pedido do ente público contratante (estágio comercial) (BARBOSA, 2020).

Conforme o artigo 27, § 10, do Decreto federal nº 9.283, de 2018, aplicável no âmbito federal, o contrato de encomenda tecnológica poderá conter a exigência de transferência de tecnologia para viabilizar a produção e o domínio de tecnologias essenciais para o país. O artigo 30 do mesmo Decreto dispõe que cabe às partes definirem no contrato a titularidade ou o

exercício dos direitos de propriedade intelectual resultante da encomenda tecnológica, ou seja, “o ente contratante pode, por exemplo, obter para si a tecnologia desenvolvida e, em seguida, cedê-la ou licenciá-la ao próprio contratado ou a terceiros, mediante a devida compensação financeira ou não financeira” (BARBOSA, 2020).

Na hipótese de omissão do instrumento contratual, os resultados do projeto, a sua documentação e os direitos de propriedade intelectual pertencerão à Administração Pública contratante, conforme a regra geral.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública deve estar preparada para contratar soluções inovadoras apresentadas ou desenvolvidas por *startups* com segurança jurídica e eficiência. No Estado de Santa Catarina, antes mesmo do Marco Legal das *Startups* – norma que definiu critérios objetivos para o enquadramento de *startups* e criou mecanismos de fomento ao empreendedorismo inovador –, já havia um arcabouço jurídico para a contratação de encomendas tecnológicas ou soluções inovadoras realizadas por *startups*: a Lei federal nº 10.973, de 2004, a Lei estadual nº 14.328, de 2008 e os Decretos estaduais nº 2.372, de 2009, 842, de 2020 e 1.098, de 2021.

Contudo, verifica-se que não houve a contratação de “encomendas tecnológicas” pelo Poder Executivo catarinense, na forma da Lei Estadual nº 14.328/2008 e do Decreto estadual nº 2.372, de 2009, seja quando ainda existia ao Conselho Estadual de Ciência, Tecnologia e Inovação (Conciti), seja após a sua extinção. Além disso, esses dispositivos encontram-se desatualizados, considerando a extinção do Conciti e que a legislação estadual não acompanhou a redação dada pela Lei federal nº 13.243, de 2016 ao artigo 20 da Lei federal nº 10.973, de 2004, que é uma norma geral de contratação editada pela União, ou seja, essa confusão da legislação estadual cria insegurança jurídica (em uma contratação que já envolve riscos tecnológicos por natureza) e dificulta a aplicação de institutos da legislação de inovação.

Para viabilizar a contratação de encomendas tecnológicas, posteriormente, foram editados os Decretos estaduais nºs 842, de 2020 (que trata da contratação de soluções inovadoras) e 1.098, de 2021 (que instituiu o Laboratório de Inovação do Governo do Estado de Santa Catarina, o NIDUS), demonstrando que o Estado está engajado em acompanhar o ritmo evolutivo do ecossistema de inovação. Porém, em consulta ao Portal de Compras do Estado, não foi

localizado nenhum edital de chamamento público para a contratação seguindo essas normas até o momento.

Com o advento da Lei federal nº 14.133, de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), foram previstos institutos jurídicos relevantes para contratação de soluções inovadoras, como o “procedimento de manifestação de interesse” (PMI) e a nova modalidade de licitação chamada de “diálogo competitivo”. Entretanto, essa nova lei depende de regulamentação no Estado e em âmbito nacional, de modo que esses institutos provavelmente não serão utilizados para a contratação de *startups* enquanto houver essa pendência. As empresas públicas do Estado de Santa Catarina, por outro lado, cujas contratações são regidas pela Lei federal nº 13.303, de 2016, já preveem em seus regulamentos internos de licitações e contratos o “procedimento de manifestação de interesse”.

Por fim, quanto à modalidade especial do Marco Legal das *Startups* para soluções inovadoras, a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional já pode utilizá-la, pois a lei não condicionou à regulamentação. Por outro lado, todas as empresas estatais catarinenses, se desejarem utilizar essa modalidade, deverão atualizar os seus regulamentos internos de licitação e contratos.

Como se pode concluir, o ordenamento jurídico federal e estadual tem demonstrado avanços no que se refere à contratação de soluções inovadoras de *startups*. Contudo, a legislação estadual ainda precisa de atualizações e não está completamente adequada e harmônica. Os instrumentos como a encomenda tecnológica, o diálogo competitivo, o PMI e a modalidade especial criada pelo Marco Legal das *Startups* não são excludentes entre si e são aplicáveis a diferentes situações (embora a diferença possa parecer tênue em alguns casos, o que gera certa confusão). Porém, não basta um ordenamento jurídico coeso e harmônico se não houver mudança de cultura e conscientização dos gestores públicos das ferramentas e institutos jurídicos colocados à sua disposição para a contratação de soluções inovadoras.

A mudança de cultura da gestão deve se pautar tanto na correta utilização dos institutos jurídicos à sua disposição como também contemplar a nova modalidade de licitação do Marco Legal das *Startups* como parte integrante e essencial das políticas públicas de promoção ao empreendedorismo inovador. O gestor também deve levar em consideração os benefícios da rápida convergência de soluções apresentadas ou desenvolvidas por *startups* a despeito das incertezas inerentes a essa nova modalidade de licitação.

REFERÊNCIAS

AEB (AGÊNCIA ESPACIAL BRASILEIRA). **Perguntas Frequentes - Encomenda Tecnológica - ETEC**. Disponível em: <<https://www.gov.br/aeb/pt-br/programa-espacial-brasileiro/encomenda-tecnologmaica-etec/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 5 jun. 2021.

ALBERS, Marianne. **Startups na Nova Lei de Licitações**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/344225/startups-na-nova-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BARBOSA, Caio Márcio Melo; RAUEN, A.T. **Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasília, 2019.

BARBOSA, Caio Márcio Melo; DUBEUX, Rafael; MURARO, Leopoldo Gomes. **Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2020.

BLANK, Steve. Why the Lean Star-Up Change Everything. **Harvard Business Review**, 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm>. Acesso em: 4 jun. 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: 12 jun. 2021.

CAMPAGNOLO, Jorge Mario; KNORR VELHO, Sérgio R. Marco Legal de Ciência Tecnologia e Inovação. *In: O Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I): seu potencial impacto na Inovação do Brasil*. Curitiba: CRV, 2019. p. 131-152.

CARRILO, Ana Flavia. **Crescimento das startups: veja o que mudou nos últimos cinco anos!** 2020. Disponível em: <<https://abstartups.com.br/crescimento-das-startups/>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

COCKAYNE, Daniel. What is a startup firm? A methodological and epistemological investigation into research objects in economic geography. **Geoforum**, 2019, p. 77-87.

DA COSTA, Jeferson Moraes; DE OLIVEIRA ROSA, Stefan. Gestão de Negócios em Empresas Inovadoras de Base Tecnológica. **Humanidades & Inovação**, v. 7, n. 16, p. 527-536, 2020.

DE ABREU PINTO, Rodrigo. **Ao redor do Marco Legal das Startups**. 2021.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: comentários ao regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HACKATAGRO. **Compras públicas e inovação: os avanços do Marco Legal das Startups**. 2021. Disponível em: <<https://www.hackatagro.com/post/compras-p%C3%BAblicas-e-inova%C3%A7%C3%A3o-os-avan%C3%A7os-do-marco-legal-das-startups>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

IPEA. **Compras Públicas de Soluções Inovadoras: Limites e Possibilidades da Lei Complementar nº181/21**. Youtube, 22 jul. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=v4wInTsqz_E>. Acesso em: 2 set. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Talison Layala Praxedes de. **Análise do cenário regulatório das fintechs no Brasil**. 2020.

MURARO, Leopoldo Gomes. Ambientes de Inovação nas Universidades e Papel dos NITs: estratégias operacionais e Marco Legal de CT&I. *In: O Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I): seu potencial impacto na Inovação do Brasil*. Curitiba: CRV, 2019. p. 79-95.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes *et al.* Vigência e Regime de Transição. *In: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Curitiba, 2021. p. 7-16.

OLIVEIRA, Vitor Cardoso de. **A absorção normativa da contratação de startups pela Administração Pública: desafios e perspectivas**. 2021. 86 f. Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

POHLMANN, Jaime Roberto *et al.* Análise do Processo de Transferência de Tecnologia de uma Universidade sob a Ótica dos Sistemas Lean. **Cadernos de Prospecção** – Salvador, v. 11, n. 5 – Ed. Esp. VIII ProspeCT&I, p. 1239-1255, dezembro, 2018.

PORTELA, Bruno Monteiro; DUBEUX, Rafael. Competências legislativas e administrativas. *In: O Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I): seu potencial impacto na Inovação do Brasil*. Curitiba: CRV, 2019. p. 49-64.

PICCELLI, Roberto Ricomini. **Govtechs e a nova modalidade de licitação da Lei das Startups**. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/govtechs-e-a-nova-modalidade-de-licitacao-da-lei-das-startups-30032021>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

PINTO, Rodrigo de Abreu. **Ao redor do Marco Legal das Startups**. 2021.

RAUEN, A.T. **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasília. 2017.

RIES, Eric. **A Startup Enxuta**. Rio de Janeiro: LeYa, 2012.

SANTA CATARINA. **Portal de Compras**. Disponível em: <http://www.portaldecompras.sc.gov.br/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=178>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SANTA CATARINA. **Lei nº 14.328, de 15 de janeiro de 2008**. Dispõe sobre incentivos à pesquisa científica e tecnológica e à inovação no ambiente produtivo no estado de santa catarina e adota outras providências. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-14328-2008-santa-catarina-dispoe-sobre-incentivos-a-pesquisa-cientifica-e-tecnologica-e-a-inovacao-no-ambiente-produtivo-no-estado-de-santa-catarina-e-adota-outras-providencias>>. Acesso em: 14 set. 2021.

SANTA CATARINA. **Lei Complementar nº 741, de 12 de junho de 2019**. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2019/741_2019_lei_complementar.html>. Acesso em: 9 set. 2021.

SANTA CATARINA. **Decreto nº 842, de 17 de setembro de 2020**. Dispõe sobre o processo de contratação de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública para a Administração Pública Estadual Direta e Indireta. Disponível em: <<http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2020/000842-005-0-2020-011.htm>>. Acesso em: 9 set. 2021.

SANTA CATARINA. **PGE/SC cria núcleo para acompanhar, orientar e controlar licitações**. 2021. Disponível em: <<https://www.pge.sc.gov.br/noticias/nucleo-licitacoes/>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SANTOS, João Paulo de Faria. Inovação Tecnológica e Advocacia Pública. *In: O Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I): seu potencial impacto na Inovação do Brasil*. Curitiba: CRV, 2019. p. 97-105.

TRISTÃO, Conrado Valentini. Discricionariedade nas contratações públicas: uma análise das alterações da Lei Geral de Licitações e Contratos. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense/Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, a. 4, v. 1, n. 2, p. 28-70, jul/dez, 2019.