

LUCIANO ELIAS REIS

# COMPRAS PÚBLICAS INOVADORAS

De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das startups



Prefácio **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes**  
Apresentação **Emerson Gabardo**

FORUM

LUCIANO ELIAS REIS

## COMPRAS PÚBLICAS INOVADORAS

O DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO, TECNOLÓGICO E INOVATIVO COMO PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

DE ACORDO COM A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O MARCO REGULATÓRIO DAS STARTUPS

### Prefácio

*Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*

### Apresentação

*Emerson Gabardo*

### Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO.

### Áreas afins

LICITAÇÕES PÚBLICAS, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO, E PARCERIAS GOVERNAMENTAIS.

### Público-alvo/consumidores

ADVOGADOS, GESTORES E SERVIDORES PÚBLICOS, PROCURADORES MUNICIPAIS, ESTADUAIS E FEDERAIS.

FORMATO: 17 x 24 cm

CÓDIGO: 10003147

O tema compras públicas inovadoras tem sido destaque mundial. Enfatizar a força do Estado como comprador ainda é um tema que precisa ser melhor explorado. Já passou da hora de não circunscrever as compras públicas sustentáveis àquelas ambientalmente regulares.

Sustentabilidade e desenvolvimento socioeconômico são conceitos que possuem larga polissemia, por isso o estudo e a definição corretos são essenciais para compatibilizá-los aos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Os contratos públicos precisam servir como instrumentos de políticas públicas, inclusive a econômica. Para tanto, planejamento, capacitação dos agentes de contratação e transparência nas escolhas, na execução e nos resultados são imprescindíveis.

Nessa diretriz, em pleno século XXI e num cenário mundial de (pós)pandemia de Covid, o Estado inserir o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como pauta nas e das compras públicas é demonstração de uma percepção sensível à realidade. Todavia, alguns desafios são lançados para a utilização da compra pública inovadora, como, dentre outros, qual é a sua definição?, qual é a competência legislativa?, qual a sua relação com o custo do ciclo de vida?, quais são as modalidades e as formatações para a sua contratação? e como extrair a máxima eficiência no seu uso?.

Sob esse conjunto de fatores e dúvidas, o autor apresenta um livro referencial à compra pública inovadora no Brasil, sempre alinhando um estudo aprofundado de teorias e normas, nacionais e estrangeiras, em conjunto com um aspecto superprático e operacional.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

R375c

Reis, Luciano Elias

Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável - De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups / Luciano Elias Reis. - Belo Horizonte : Fórum, 2022.  
446p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia.  
ISBN: 978-65-5518-304-7

2021-4033

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Licitações Públicas. 4. Contratos Administrativos. 5. Ciência, Tecnologia e Inovação. 6. Parcerias Governamentais. I. Título.

CDD 341.3

CDU 342.9

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável - De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 446p. ISBN 978-65-5518-304-7.

### **Luciano Elias Reis**

Advogado, Árbitro e Parecerista. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili. Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA, Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisas Compras Públicas Inovadoras (CNPq-UNICURITIBA). Diretor do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. *E-mails*: lucianoereis@yahoo.com.br / luciano@rllaw.com.br

## SUMÁRIO

|   |  |     |
|---|--|-----|
| PREFÁCIO .....  | 15   |     |
| PRÓLOGO.....  | 17   |     |
| APRESENTAÇÃO.....   | 23   |     |
| INTRODUÇÃO .....  | 25   |     |
| CAPÍTULO I  |  |     |
| A FUNÇÃO SOCIAL DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO A PARTIR DA NECESSÁRIA REGULAÇÃO ESTATAL.....   |  | 29  |
| 1.1   | Breves considerações conceituais sobre licitação e contrato administrativo e a existência de (nova) função, de acordo com a Constituição da República Federativa de 1988 e a legislação infraconstitucional..... | 29  |
| 1.1.1   | A persecução da função social deve ocorrer na licitação e/ou no contrato? .....  | 29  |
| 1.1.2   | Breve histórico da legislação de licitação no Brasil.....  | 31  |
| 1.1.3   | A busca da definição de licitação e o seu aspecto procedimental e processual .....   | 33  |
| 1.1.3.1   | Licitação: processo ou procedimento.....   | 34  |
| 1.1.3.2   | Definição de licitação .....   | 37  |
| 1.1.3.3   | Os destinos de uma licitação e o direito do licitante vencedor ser contratado.....   | 38  |
| 1.1.4   | Os contratos administrativos .....   | 39  |
| 1.1.4.1   | Breve esboço histórico dos contratos administrativos .....   | 39  |
| 1.1.4.2   | Elementos característicos dos contratos administrativos.....   | 42  |
| 1.1.4.3   | Definição de contrato administrativo .....   | 50  |
| 1.1.4.3.1   | Contrato administrativo é exercício de função.....   | 51  |
| 1.1.4.3.2   | A satisfação das necessidades públicas como finalidade do contrato administrativo .....  | 52  |
| 1.1.4.3.3   | O regime jurídico-administrativo como elemento formal .....  | 53  |
| 1.1.5   | A (velha ou nova) função social ou econômica da licitação e do contrato .....  | 53  |
| 1.2   | O ambiente normativo brasileiro como espelho da função (socioeconômica) das licitações e dos contratos administrativos.....  | 55  |
| 1.2.1   | A função socioeconômica das licitações e dos contratos administrativos retratada na legislação brasileira até a Lei nº 14.133.....   | 55  |
| 1.2.1.1   | Os atos infralegais no âmbito federal.....   | 62  |
| 1.2.2   | A Lei nº 14.133 e sua preocupação com a função socioeconômica .....  | 65  |
| 1.2.3   | Considerações acerca da dificuldade de conhecimento e aplicação de tantas normas incidentais sobre as licitações e os contratos administrativos .....  | 66  |
| 1.3   | A regulação estatal por meio de licitações públicas e contratos administrativos .....  | 67  |
| 1.3.1   | A contratualização como instrumento de regulação estatal.....  | 67  |
| 1.3.2   | Entendendo a definição de regulação .....  | 68  |
| 1.3.3   | A regulação estatal e seu impacto perante o mercado .....  | 70  |
| 1.3.4   | O papel da regulação estatal para além da ciência do Direito e a necessidade de revisitar as formas de intervenção indireta .....  | 74  |
| 1.3.5   | A contratação pública como instrumento de regulação .....  | 76  |
| 1.3.5.1   | Via regulação em sentido estrito por meio da ordenação ou direção .....  | 80  |
| 1.3.5.2   | Via atividade administrativa de fomento.....   | 82  |
| 1.3.6   | A intervenção indireta por meio das licitações públicas e dos contratos administrativos no Brasil e sua perspectiva futura.....  | 87  |
| CAPÍTULO II   |  |     |
| A POLÍTICA PÚBLICA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO IMPRESCINDÍVEL AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO ..... |  | 91  |
| 2.1   | A concreção do desenvolvimento e da sustentabilidade nas licitações públicas e nos contratos administrativos .....   | 91  |
| 2.1.1   | Desenvolvimento e seu conceito “em desenvolvimento” a partir da interface de várias ciências.....  | 91  |
| 2.1.2   | Desenvolvimento e crescimento: as suas diferenças .....  | 93  |
| 2.1.2.1   | O Produto Interno Bruto ratifica a diferença entre crescimento e desenvolvimento ..  | 95  |
| 2.1.3   | O crescimento dos Estados e a busca do conceito atual de “desenvolvimento” sob diversos prismas, em especial o da liberdade .....  | 96  |
| 2.1.4   | O papel fundamental do Estado para as políticas públicas em prol do desenvolvimento, inclusive tecnológico .....   | 101 |
| 2.1.5   | A polissêmica sustentabilidade e os elementos usuais na sua definição.....   | 106 |
| 2.1.5.1   | Reflexões para calibrar a definição de sustentabilidade na prática.....  | 110 |
| 2.1.6   | O desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas.....  | 113 |

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| 2.1.6.1 | O desenvolvimento nacional sustentável como vetor para todos os agentes econômicos, públicos ou privados .....                 | 115 |
| 2.1.6.2 | As estratégias compras públicas sustentáveis e suas cláusulas contratuais ou editalícias .....                                 | 117 |
| 2.1.6.3 | O caso do fortalecimento das pequenas empresas via compras públicas .....  | 121 |
| 2.1.6.4 | O ambiente normativo brasileiro para a condição diferenciada das microempresas e empresas de pequeno porte.....                | 125 |
| 2.1.7   | A Agenda 2030 como fundamento para o uso estratégico das compras públicas sustentáveis, em especial pelos governos locais..... | 127 |
| 2.1.8   | Experiências internacionais sobre a contratação pública sustentável .....  | 129 |
| 2.2     | O Direito Administrativo contemporâneo: concertação e consensualização para além da unilateralidade .....                      | 132 |
| 2.2.1   | A concepção do Direito Administrativo de acordo com a história política e a filosofia do Estado.....                           | 132 |
| 2.3     | O uso da contratação pública como integrante da política econômica de um Estado .....  | 146 |
| 2.3.1   | A contratualização e o interesse público .....   | 146 |
| 2.3.2   | Proximidade entre agentes público e privado não quer dizer subserviência ou dar azo à corrupção.....                           | 148 |
| 2.3.3   | O contrato público como instrumento de política econômica.....   | 149 |
| 2.3.4   | Direito globalizado do contrato público ou necessidade de uma avaliação nacional para o uso estratégico econômico? .....       | 152 |
| 2.4     | A política da contratação pública como integrante da política econômica é uma política pública .....                           | 156 |
| 2.4.1   | A compreensão da definição de política pública .....   | 156 |
| 2.4.1.1 | Definição de política pública .....  | 159 |
| 2.4.1.2 | Os elementos integrantes da definição de política pública.....   | 160 |
| 2.4.2   | O povo e seus interesses como foco na construção de uma política pública .....   | 161 |
| 2.4.3   | A racionalidade e o planejamento estatal na política pública .....   | 162 |
| 2.4.4   | Possíveis conflitos e tensões entre os interesses dos diversos atores no processo democrático.....                             | 164 |
| 2.4.5   | A motivação necessária para a tomada de decisão .....  | 165 |
| 2.4.6   | A implementação efetiva da política pública e o seu retorno social .....   | 166 |
| 2.4.7   | A política pública da contratação administrativa para a ciência, tecnologia e inovação nacionais .....                         | 168 |

### CAPÍTULO III

#### A INTERFACE ENTRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E AS COMPRAS PÚBLICAS INOVADORAS.....

|         |   |     |
|---------|---|-----|
| 3.1     | A compreensão da ciência, tecnologia e inovação e seu tratamento jurídico na legislação brasileira para as compras públicas inovadoras .....  | 171 |
| 3.1.1   | A imprescindibilidade de estudar ciência, tecnologia e inovação no século XXI .....   | 172 |
| 3.1.2   | O Brasil no contexto da ciência, tecnologia e inovação .....  | 178 |
| 3.1.3   | A relevância da inovação no ambiente socioeconômico .....   | 181 |
| 3.1.4   | Definição de inovação .....   | 187 |
| 3.1.5   | Definição de ciência .....  | 188 |
| 3.1.6   | Definição de tecnologia .....   | 191 |
| 3.1.7   | O tema da ciência, tecnologia e inovação no ordenamento jurídico brasileiro e o dever insuperável do Estado de intervir em tais setores .....   | 195 |
| 3.2     | O fundamento constitucional no ordenamento jurídico-brasileiro para a edição de normas de licitações públicas e contratos administrativos relacionadas com ciência, tecnologia e inovação ..... | 201 |
| 3.2.1   | A “problemática” competência legislativa sobre licitações e contratos administrativos .....   | 202 |
| 3.2.1.1 | Primeiro problema: “licitação e contratação” e sua extensão.....  | 203 |
| 3.2.1.2 | Segundo problema: a competência privativa ou a competência concorrente.....   | 205 |
| 3.2.1.3 | Terceiro problema: o que são normas gerais?.....  | 209 |
| 3.2.2   | O enigma das normas gerais de acordo com a jurisprudência pátria.....   | 214 |
| 3.2.2.1 | E agora com a Lei nº 14.133?.....   | 219 |
| 3.2.3   | A competência legislativa para tratar de ciência, tecnologia e inovação direta e/ou incidentalmente nas licitações públicas e nos contratos administrativos.....                                | 219 |

### CAPÍTULO IV

#### REVISITANDO O CONCEITO DA BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA A PARTIR DO ATUAL CONTEXTO DAS COMPRAS PÚBLICAS INOVADORAS NO BRASIL E NA ESPANHA.....

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 4.1 | Uma reanálise da busca da proposta mais vantajosa, da isonomia e do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas e nos contratos administrativos..... | 225 |
|-----|---|-----|

|         |   |     |
|---------|---|-----|
| 4.1.1   | A vantajosidade deve conviver com o princípio da isonomia e dele é uma consequência prática .....   | 228 |
| 4.1.2   | Análise financeira versus análise econômica: uma visão sistêmica da contratação administrativa .....  | 233 |
| 4.1.3   | A composição do custo do ciclo total de vida: uma alternativa para a maior aproximação da teoria ante a realidade.....                              | 243 |
| 4.1.3.1 | O ciclo total de vida útil segundo o ordenamento jurídico brasileiro.....   | 245 |
| 4.1.3.2 | O ciclo total de vida útil segundo o ordenamento jurídico espanhol .....  | 249 |
| 4.1.4   | Os custos que deverão integrar o ciclo total de vida útil .....   | 251 |
| 4.1.5   | Conhecimento e qualificação para descortinar o ciclo total de vida útil do objeto....   | 268 |
| 4.2     | A comparação entre as compras públicas inovadoras no Brasil, na União Europeia e na Espanha.....  | 274 |
| 4.2.1   | As compras públicas inovadoras no Brasil .....  | 274 |
| 4.2.2   | Cenário existente de acordo com a Lei nº 8.666.....   | 274 |
| 4.2.3   | Outras legislações diretas e correlatas sobre compras públicas inovadoras.....  | 277 |
| 4.2.4   | A plêiade de dispositivos sobre inovação, ciência e tecnologia na Lei nº 14.133 e os procedimentos para contratar compras públicas inovadoras ..... | 282 |
| 4.2.4.1 | Modalidade concurso.....  | 286 |
| 4.2.4.2 | Nova modalidade de licitação: diálogo competitivo .....   | 287 |
| 4.2.4.3 | Procedimento de manifestação de interesse .....   | 293 |
| 4.2.5   | As compras de soluções inovadoras da Lei Complementar nº 182 – Lei das <i>Startups</i> .....  | 296 |
| 4.2.6   | Breves conclusões críticas sobre o ambiente normativo brasileiro.....   | 306 |
| 4.2.7   | As compras públicas inovadoras na União Europeia.....   | 307 |
| 4.2.7.1 | O uso das compras públicas inovadoras para superar a crise pós-covid .....  | 321 |
| 4.2.8   | As compras públicas inovadoras na Espanha .....   | 323 |

## CAPÍTULO V

### A VISÃO CRÍTICA SOBRE AS BARREIRAS PARA O FOMENTO E A DIREÇÃO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO POR MEIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....

|           |  |     |
|-----------|--|-----|
| 5.1       | Os acordos internacionais como (supostos) obstáculos para qualquer tratamento discriminatório e afrontoso à concorrência .....   | 333 |
| 5.1.1     | A celebração de acordos bilaterais ou multilaterais e o princípio da não discriminação.....  | 333 |
| 5.1.2     | A regulação dos investimentos estrangeiros .....   | 337 |
| 5.1.3     | A criação da Organização Mundial do Comércio e sua relação com os investimentos estrangeiros .....   | 340 |
| 5.1.4     | A criação do Acordo sobre Medidas de Investimentos relacionadas ao Comércio – TRIMs .....  | 342 |
| 5.1.5     | O Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio .....  | 344 |
| 5.1.6     | Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadoria e seu impacto nas compras públicas.....                                      | 348 |
| 5.1.7     | O Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul.....  | 350 |
| 5.1.8     | Acordo de compras públicas entre o Mercosul e a União Europeia .....   | 351 |
| 5.1.9     | A possibilidade ou não de tratamento discriminatório para empresas e objetos nacionais versus o princípio da não discriminação: análise crítica .....                  | 352 |
| 5.1.10    | A regulação pelas licitações e contratos administrativos favorável à ciência, tecnologia e inovação nacional é legal ou ilegal? .....                                  | 356 |
| 5.2       | A relação custo-benefício para a regulação estatal nas compras públicas inovadoras conforme ferramentas da Análise Econômica do Direito.....                           | 366 |
| 5.2.1     | O Estado como protagonista para o sucesso da economia nacional .....   | 366 |
| 5.2.2     | A concessão de benefícios e preferências para objetos nacionais ou para aqueles que invistam no mercado nacional .....   | 368 |
| 5.2.3     | A contratação pública e o impacto na concorrência .....  | 371 |
| 5.2.3.1   | A apreciação pelo Direito Econômico e o uso do instrumental da Análise Econômica do Direito .....  | 373 |
| 5.2.3.1.1 | Análise da margem de preferência .....   | 376 |
| 5.2.3.1.2 | Margem de preferência é diferente de restrição à empresa estrangeira .....   | 378 |
| 5.2.3.1.3 | É possível atingir o ponto ótimo das políticas discriminatórias na margem de preferência?.....   | 379 |
| 5.2.3.1.4 | A teoria da agência nas escolhas administrativas .....   | 380 |
| 5.2.4     | A nova teoria do comércio internacional e a economia geográfica .....  | 381 |
| 5.2.5     | Vantagens e desvantagens da proteção do mercado nacional por meio de compras públicas sob o viés econômico .....   | 382 |
| 5.2.6     | Escolha estatal equilibrada, clara e motivada para legitimar possíveis condições .....   | 384 |
| 5.3       | Critérios para o estabelecimento de medidas eficientes para promover e direcionar a ciência, tecnologia e inovação nas compras públicas .....                          | 386 |
| 5.3.1     | Capacitação dos agentes públicos .....   | 386 |
| 5.3.2     | Estudos preliminares prévios à implantação de uma política pública horizontal para o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo nacional nas licitações ..... |     |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
|       | públicas e nos contratos administrativos .....   | 395 |
| 5.3.3 | Construção de uma agenda para o desenvolvimento científico e inovativo nacional .....  | 399 |
| 5.3.4 | Relevância da escolha adequada do critério de julgamento (tipo) de licitação e o procedimento atual para compras públicas inovadoras no Brasil ..... | 401 |
| 5.3.5 | Metrificar a eficiência das escolhas estatais por meio da avaliação adequada .....   | 403 |
| 5.3.6 | Publicidade, transparência e participação popular .....  | 405 |
| 5.3.7 | Necessidade de adotar medidas específicas para cada setor e área mercadológica envolvida.....  | 408 |
| 5.3.8 | Tratamento diferenciado: preferência não é exclusão e pode ser implementada de diversas maneiras .....   | 410 |
| 5.3.9 | Consequencialismo, segurança jurídica e investimentos.....   | 412 |
|       | Conclusões .....   | 416 |
|       | REFERÊNCIAS.....   | 423 |