

LUCIANO ELIAS REIS

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

Prefácio

EMERSON GABARDO

Apresentação

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

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2022

© 2022 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Osvaldo Thon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

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 Wagner 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.

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

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..... 171

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..... 225

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, tecnológico 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