

André Saddy
Horácio Augusto Mendes de Sousa
Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor
Autores

Direito Público das STARTUPS

UMA NOVA GOVERNANÇA PÚBLICO-PRIVADA
NAS PARCERIAS ADMINISTRATIVAS ENTRE
O ESTADO E AS ENTIDADES DE
TECNOLOGIA E INOVAÇÃO



www.cej.com.br

Editores

André Saddy e Bruno Rabelo

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getulio Vargas (Brasil)

Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)

Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Emerson Affonso da Costa Moura – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)

Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)

Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)

Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)

Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)

Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara n.º 24, sala 1405, Rio de Janeiro, RJ, Centro da
Cidade, CEP 20.031-915, Brasil

Horácio Augusto Mendes de Sousa

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes – UCAM.
Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela Universidade de La Castilla La Mancha.
Membro do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro – IDARJ.
Coordenador do Projeto de Pesquisa, no âmbito do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, para a implementação da estrutura de governança para as parcerias entre o Estado e as *Startups* (2019-2020).
Professor de Direito Administrativo e Econômico da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.
Procurador do Estado do Espírito Santo.

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford
Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid
Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF)
Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)
Diretor-Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ)
Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC)
Sócio fundador do escritório Saddy Advogados

Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
Especialista em Direito Tributário (Planejamento Tributário Estratégico) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
Advogada.

DIREITO PÚBLICO DAS *STARTUPS*: uma nova governança público-privada nas parcerias entre o Estado e as entidades privadas de tecnologia e inovação

**Rio de Janeiro
2020**

Copyright © 2020 by Horácio Augusto Mendes de Sousa, André Saddy e Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor

Categoria: Direito Público

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra pelo seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados ao Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Alvarenga CRB7: 6873/RJ

Sousa, Horácio Augusto Mendes de

Direito público das *startups*: uma nova governança público-privada nas parcerias entre o Estado e as entidades privadas de tecnologia e inovação / Horácio Augusto Mendes de Sousa, André Saddy, Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

258 p.

Inclui notas de rodapé e referências.

ISBN: 978-65-9921-700-5

1. Startups. 2. Direito público brasileiro. 3. Novas tecnologias. I. Título. II. Série.

CDD – 341.3784

PREFÁCIO

Feliz a iniciativa de Horácio Augusto Mendes de Sousa, André Saddy e Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor de publicarem a importante obra “Direito Público das Startups: uma nova governança público-privada nas parcerias entre o Estado e as entidades privadas de tecnologia e inovação”, que certamente ocupará lugar de destaque nas melhores bibliotecas.

Uma peculiaridade do Direito Público contemporâneo corresponde ao papel central que a Constituição e os direitos fundamentais assumem na organização e funcionamento da Administração Pública. O Estado brasileiro propõe-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º da Constituição Federal).

Na atualidade, a sociedade da informação, cada vez mais conectada em rede, experimenta uma grande evolução tecnológica e uma transformação muito acelerada. Nesse compasso, o Direito Público hodiernamente passa por significativas mudanças, notadamente no Brasil, nos mais diversos temas. No âmbito da interdependência público-privada, as parcerias administrativas têm sido cada vez mais frequentes e muito se discute acerca de suas potencialidades e seus limites.

A obra prefaciada enfrenta esse desafio com vistas à inovação na gestão pública, mormente com as startups. E para este modelo de negócio inovador, repetível e escalável, em um contexto de incertezas, é necessário um profundo estudo sobre as parcerias administrativas que viabilizam a consecução das finalidades públicas de modo mais eficiente nesse cenário.

Os autores entendem que a infraestrutura pública é a mola mestra para o desenvolvimento do país. Não obstante, o Estado brasileiro ainda investe relativamente pouco. As startups geralmente são pequenas sociedades empresárias, com pouca experiência anterior e sem capital inicial para impulsionar suas atividades. Assim, um dos principais instrumentos nesse sentido, por meio de startups, é o desempenho de adequada atividade fomentadora por parte da Administração Pública.

Daí a importância deste livro “Direito Público das Startups”, que vem em boa hora! A obra corresponde a um importante estudo realizado por seus autores, que se dedicaram a uma adequada abordagem aos temas aqui tratados, e está muito bem estruturada em três capítulos.

Logo no primeiro capítulo, são examinados os aspectos jurídicos das novas tecnologias disruptivas, no âmbito do Direito Público, e analisados como as startups podem contribuir para o avanço tecnológico. Este capítulo ainda ilustra tecnologias que trazem – ou trarão, em um futuro próximo – mudanças aptas a transformar a infraestrutura e o próprio Direito Público, e traz elementos importantes para a compreensão dessas novas perspectivas.

Em seguida, o segundo capítulo trata do estímulo estatal voltado a atender interesses públicos de forma indireta e mediata, através da qual se busca suporte de particulares – em geral – para a prestação de determinadas atividades em prol de toda a coletividade.

Vale dizer que as parcerias podem ser muito vantajosas quando firmadas com o intuito de otimizar a eficácia de determinada política pública, pois os beneficiários dos estímulos concedidos pelo Estado para a promoção de atividades de interesse público terão melhores condições de realizá-las em razão da sua expertise e do seu conhecimento das melhores práticas para a prestação de modo mais eficiente.

Esse segundo capítulo desenvolve esse modo não coercitivo de cooperação e sua importante utilidade para o desenvolvimento de atuações de interesse público. Evidencia ainda a imprescindibilidade do

vínculo entre o estímulo concedido e a contraprestação assumida, com a necessária observância da relação custo-benefício entre ambos, ainda que certos investimentos sejam considerados a fundo perdido.

É possível perceber a existência de um marco jurídico federal relevante para o fomento ao desenvolvimento tecnológico e à inovação, sobretudo por meio de parcerias com as startups. Não obstante, os autores compreendem que tal marco jurídico ainda é insuficiente para viabilizar a segurança jurídica e a eficiência necessárias para a celebração de parcerias administrativas entre o Estado e as entidades de inovação tecnológica, notadamente as startups.

Assim, no terceiro capítulo, são investigados os limites e as possibilidades para tal celebração de parcerias. E, ademais, diante da necessidade de um marco jurídico específico disciplinador das parcerias administrativas contratuais, este último capítulo analisa a Lei Complementar estadual nº 929/2019, do Estado do Espírito Santo, que dá um importante passo na inovação da gestão pública ao viabilizar oportunidades de negócios e parcerias com a iniciativa privada, porquanto cria um ambiente de maior segurança jurídica e incentivo para as contratações que serão feitas com as entidades de inovação tecnológica, inclusive startups, e dá maior tranquilidade ao gestor público para adotar tais práticas inovadoras, invariavelmente sujeitas a riscos e incertezas.

De fato, a tomada de uma decisão a respeito de uma política pública consiste na escolha de uma dentre as opções que se apresentam para bem atingir o objetivo público pretendido. O gestor público deve ser prudente e equilibrado para encontrar a solução mais adequada dentro do direito, pois o processo de elaboração de uma política pública é dinâmico e complexo, envolve a avaliação de diversas questões relativas a um ou a diversos temas e deve atender ao interesse público.

O impacto das novas tecnologias e inovações, disruptivas ou não, nas relações jurídicas de Direito Público, tem provocado uma verdadeira

revolução na gestão pública e nas parcerias firmadas pela Administração Pública, especialmente em sua atividade estimulativa. O Direito Público deve estar aberto a essas mudanças de um “futuro que já chegou” a fim de propiciar uma regulação que permita o desenvolvimento e a inovação dentro da mais reta integridade.

Essas poucas linhas já permitem perceber que o livro aqui prefaciado, ora trazido ao público pela Editora CEEJ, apresenta uma fundamental contribuição para o “Direito Público das Startups” e já se posiciona como uma importante referência para esse tema tão atual quanto relevante.

Boa leitura!

Vitória (ES), primavera de 2020.

Adriano Sant’Ana Pedra

Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV)
Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em
Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV)
Professor do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública – Mestrado Profissional
– da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
Pós-doutorado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito do Estado (PUC/SP)
Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)
Procurador Federal

SUMÁRIO

RESUMO	13
INTRODUÇÃO	15
1 O DIREITO PÚBLICO E OS ASPECTOS JURÍDICOS DOS IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS	25
1.1 Introdução	25
1.2 Surgimento das terminologias infraestrutura e do direito da infraestrutura	31
1.3 Concepção de rede	32
1.3.1 Custos fixos, comuns e irrecuperáveis	33
1.3.2 Externalidades de rede	35
1.4 Redes públicas (obrigatoriedade de interconexão e livre acesso às redes)	35
1.5 Monopólio natural	39
1.6 Construção, financiamento e investimento em infraestruturas públicas	40
1.7 Gestão das infraestruturas públicas	46
1.8 Novas tecnologias (inovações) disruptivas	47
1.9 Afetações das novas tecnologias (inovações) disruptivas nas infraestruturas públicas	50
1.10 O Direito da infraestrutura, as novas tecnologias (inovações) disruptivas e as parcerias público-privadas como instrumentos para o desenvolvimento das <i>startups</i>	55
1.11 Conclusões parciais	57
2 O DIREITO PÚBLICO E A ATIVIDADE ESTIMULATIVA ESTATAL AO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E À INOVAÇÃO	61
2.1 Introdução	61

2.2 Atividade estimulativa (fomento?)	62
2.3 Críticas a expressão fomento público	64
2.4 Conceito de atividade estimulativa	66
2.4.1 Atividade administrativa intervencionista positiva ou negativa ..	67
2.4.2. Modo não coercitivo (ausência de obrigação do aderente ao estímulo)	73
2.4.3 Visa induzir, instigar, provocar, promover, proteger, propulsar, incentivar, abrigar, dirigir, impulsionar ou fomentar tomadas de decisões de setores específicos	76
2.4.4 Direta, imediata e concretamente à iniciativa privada e, até mesmo, outros entes ou órgãos administrativos	77
2.4.5 Objetivo de que determinados interesses públicos sejam atendidos por meio de atividades em favor de toda a coletividade	77
2.4.6 Desafogando a estrutura daquele que o realiza.....	79
2.4.7 Almejando o desenvolvimento ou progresso econômico ou social (setoriais e regionais)	79
2.4.8 Suprindo eventuais deficiências existentes de forma temporária e transitória, como forma de alcançar objetivos previstos na Constituição e efetivar direitos fundamentais	81
2.5 Breves notas a respeito do marco constitucional e infraconstitucional estimulativo das parcerias administrativas contratuais para a inovação na gestão pública.....	81
2.6 Conclusões parciais.....	94

3 O DIREITO PÚBLICO E O REGIME JURÍDICO ESPECÍFICO PARA A CELEBRAÇÃO DE PARCERIAS ADMINISTRATIVAS CONTRATUAIS DO ESTADO COM AS *STARTUPS*.....97

3.1 Introdução	97
3.2 Contextualizando conceitos, desafios e dificuldades para as parcerias administrativas contratuais voltadas à inovação na gestão pública	100
3.3 O novo marco legal operacional no âmbito do Estado para a celebração de parcerias administrativas contratuais entre o Poder Público	

e as <i>startups</i> , com vistas ao desenvolvimento tecnológico e inovador de interesses públicos: a Lei Complementar estadual nº 929, de 26 de novembro de 2019 e a nova sistemática de governança público-privada nas parcerias administrativas do Estado com as <i>startups</i>	107
3.3.1 A competência do Estado para a instituição do marco legal estadual para o fomento à inovação tecnológica e digital.....	112
3.3.2 As entidades privadas de inovação tecnológica regional e as <i>startups</i>	115
3.3.3 A possibilidade de consórcios entre <i>startups</i> para a celebração de parcerias estatais	117
3.3.4 A necessidade do objeto da parceria ser a busca de solução inovadora de interesses públicos estaduais	123
3.3.5 A busca do desenvolvimento sustentável no Estado por meio das parcerias administrativas para a inovação.....	124
3.3.6 A importância do processo administrativo digital para a dinâmica processual e seleção e celebração de parcerias com <i>startups</i>	136
3.3.6.1 Breves notas sobre o princípio constitucional do devido processo legal administrativo.....	137
3.3.6.2 A relevância de uma lei do processo administrativo estadual à luz dos princípios jurídicos setoriais da Administração Pública	139
3.3.6.3 Relevância do processo administrativo digital estadual	144
3.3.6.4 Limites, riscos e desafios da implementação do processo administrativo digital estadual	151
3.3.7 A dinâmica do processo administrativo digital para a seleção das parcerias administrativas digitais para a inovação: o chamamento público eletrônico.....	154
3.3.8 A dinâmica do processo administrativo para a celebração e execução das parcerias administrativas digitais para a inovação: o contrato de fomento e o contrato de fornecimento da solução inovadora de interesses públicos.....	158
3.3.9 Parcerias administrativas digitais e segurança jurídica para inovar tecnologicamente na gestão pública.....	162

3.3.10 A Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD e a sua aplicabilidade em relação às parcerias das <i>startups</i> com o Estado	166
3.3.11 Gerenciamento de riscos, programa de integridade – <i>compliance</i> - nas parcerias entre o Estado e as <i>startups</i>	169
3.3.11.1 A exigência de programa de integridade no âmbito das pessoas jurídicas que se relacionam com a Administração Pública.....	173
3.3.11.2 A juridicidade da exigência de programa de integridade efetivo nas licitações e parcerias da Administração Pública	179
3.3.12 As atividades econômicas desenvolvidas pelas <i>startups</i> em face do novo marco legal da declaração de direitos de liberdade econômica: Lei nº 13.874/2019	198
3.3.13 A possibilidade de fomento às soluções tecnológicas e inovadoras por meio de parcerias com <i>startups</i> no âmbito dos Poderes Legislativo, Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e Defensoria Pública.....	203
3.3.14 A possibilidade de fomento às soluções tecnológicas e inovadoras por meio de parcerias com <i>startups</i> no âmbito dos municípios.....	204
3.3.15 A possibilidade de fomento às soluções tecnológicas e inovadoras por meio de parcerias com <i>startups</i> no âmbito das empresas estatais	211
3.3.16 A possibilidade de fomento às soluções tecnológicas e inovadoras por meio de parcerias com <i>startups</i> no âmbito das agências reguladoras	217
3.3.17 O papel da Advocacia Pública do Estado no controle da juridicidade das parcerias administrativas digitais para a inovação ...	220
CONCLUSÕES	229
REFERÊNCIAS.....	237