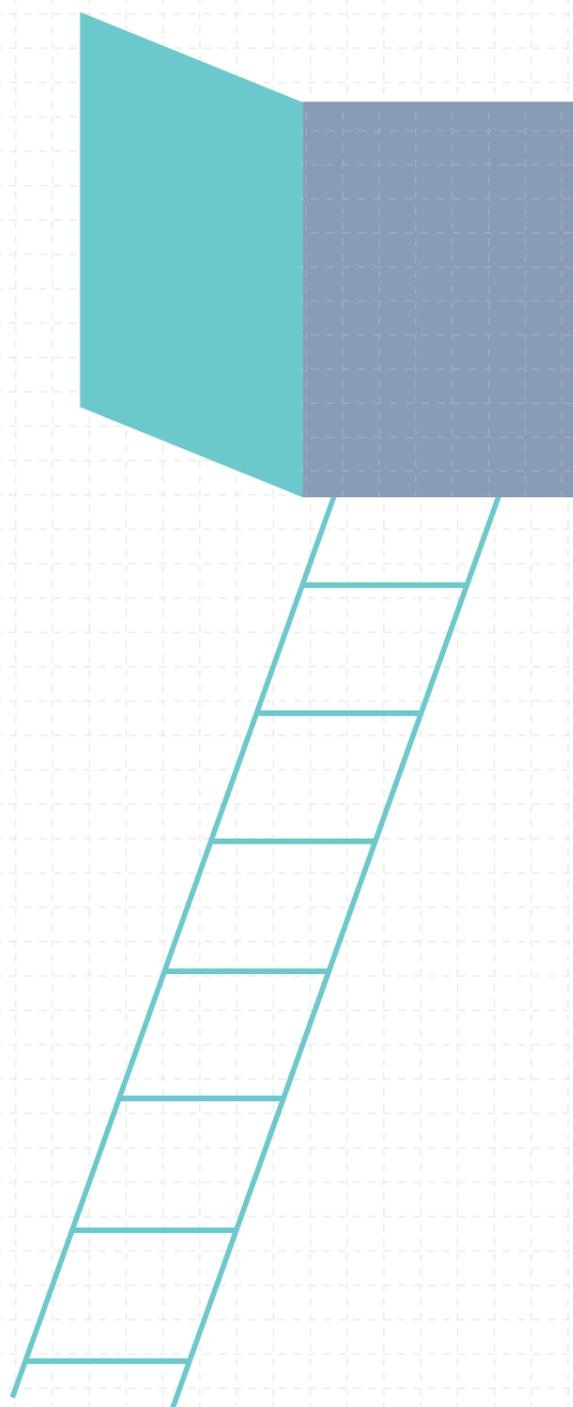




instituições de
educação e
investimento em
startups



A equipe de Pesquisa & Desenvolvimento do Baptista Luz Advogados apresenta esta pesquisa com o objetivo de explorar, de maneira genérica e abrangente, a possibilidade jurídica de instituições de educação superior (“IES”) investirem em *startups* e, posteriormente, fornecerem seus serviços à Administração Pública.

Dessa forma, o trabalho será dividido com base nos seguintes questionamentos:

- 1.** Instituições privadas de educação superior podem investir em uma *startup*?
- 2.** Quais seriam as modalidades recomendadas para a realização desses investimentos?
- 3.** Como se daria a contratação da *startup* investida pela Administração Pública?
- 4.** As instituições privadas de educação superior poderão promover, com viés publicitário, os serviços prestados pela *startup* para a Administração Pública?

Vale ressaltar que o presente documento não se trata de um parecer ou uma resposta jurídica à um caso prático. Trata-se, na verdade, de um guia geral, tendo em vista a impossibilidade de ser abarcar todas as particularidades das IES, *startups* e as legislações de direito administrativo locais de forma breve.

1_ Instituições de ensino podem realizar investimento em startups?

Antes de abordarmos a possibilidade do investimento em si, é importante observarmos as partes envolvidas nessa etapa inicial, ou seja, as instituições de educação superior e as *startups*.

A Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 (“Lei 9.394/1996”) estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

A exploração do ensino pela iniciativa privada deve cumprir três requisitos legais, previstos no artigo 7 da lei citada:

- cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;
- autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;
- capacidade de autofinanciamento...”.

Cumprido esses três requisitos, temos uma instituição de ensino privada. No entanto, a lei faz distinções entre os seus diferentes tipos em seu artigo 20:

- comunitárias, assim entendidas as que são constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;”
- confessionais, assim entendidas as que são constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas” e incluam representantes dessa comunidade em sua entidade

mantenedora. Um exemplo típico são as instituições de ensino ligadas à religião.

- filantrópicas, na forma da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009;
- particulares em sentido estrito, ou seja, aquelas que não se enquadram nas categorias anteriores e são constituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Agora, se tratando de *startups*, não temos uma definição exata. Essa questão da caracterização de *startup*, inclusive, foi tema da consulta pública “Marco Legal de Startups e Empreendedorismo Inovador”¹, que ainda não foi concluída.

Para fins específicos, no entanto, a recente Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019 (“LC 167/2019”) apresenta uma definição para *startups* aplicável para um regime tributário chamado de Inova Simples². Assim, segundo a lei, é considerada *startup* a empresa de caráter inovador que visa 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”³.

Como a discussão do que caracteriza uma *startup* ainda não está finalizada, não existe uma regra específica voltada para recebimento de investimentos pelas IES. Não apresentando

¹Até a data de execução deste trabalho, julho de 2019, ainda foram publicados os resultados da consulta pública em questão.

²Se quiser se aprofundar sobre o assunto, não deixe de ler nosso estudo sobre a LC 167/2019: <https://baptistaluz.com.br/institucional/lei-complementar-167-2019-conhecendo-seus-efeitos-para-o-empresariadobrasil/>. Acesso em 02 de jul de 2019.

³Artigo 65-A, §1º.

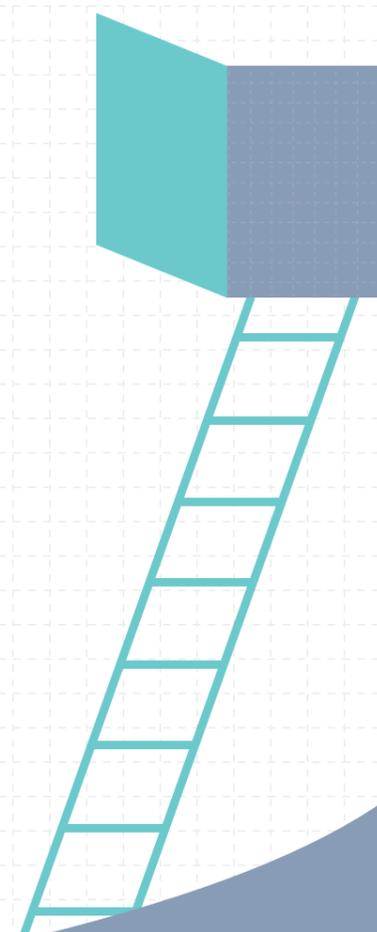
nenhuma diferença substancial de se realizar um investimento em uma empresa qualquer, contanto que esta esteja regularmente constituída. Veremos adiante formas diferentes destes investimentos serem feitos.

Já sobre as IES, em resumo, aquelas com fins lucrativos, ou seja, as que forem constituídas como sociedades – simples, limitada, limitada unipessoal, anônima, EIRELI – podem adquirir participação em outras empresas. A única exigência concerne à necessidade do objeto social, definido nos seus atos constitutivos, contemplar a participação em outras empresas.

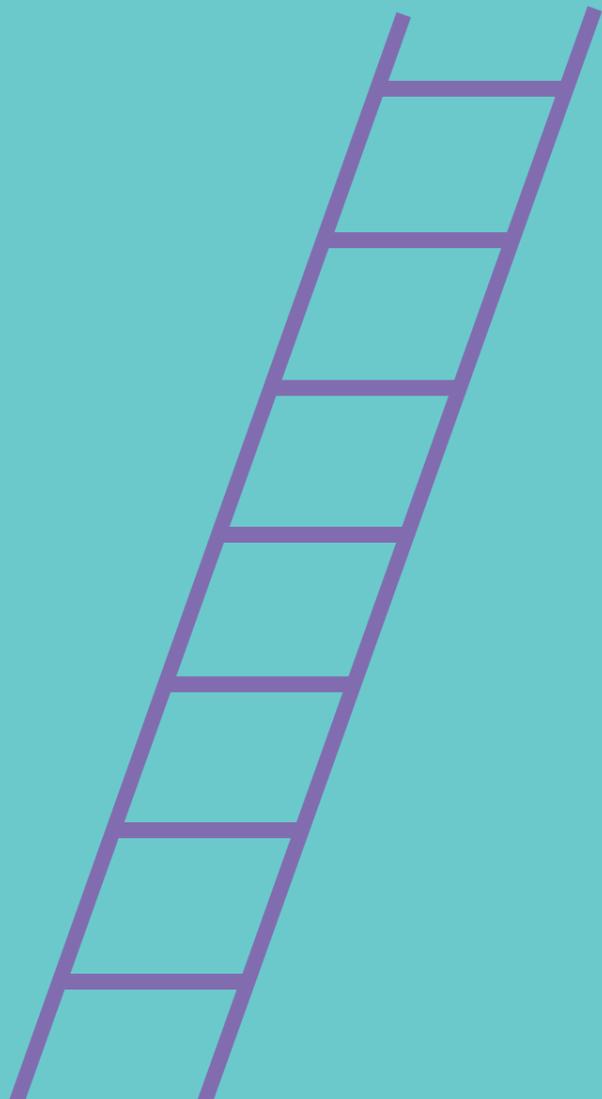
Por outro lado, isso é discutível em relação às aquelas sem fins lucrativos, em especial associações civis e fundações. É controverso se elas têm a possibilidade de se tornarem sócias de outras empresas.

Um exemplo sobre essa discussão se dá no caso das associações. Segundo o Código Civil, as associações não podem se organizar para fins econômicos⁴. No entanto, não há problema algum em uma associação obter lucro, desde que ele seja completamente reinvestido para o cumprimento da finalidade da associação.

⁴CÓDIGO CIVIL.
Artigo 53, caput.



2_ Quais seriam as estruturas e os contratos adequados para IES investirem em startups?



/ Não há vedação legal ao investimento em *startups* por parte de IES. Assim sendo, nesta seção do artigo analisaremos as estruturas que podem viabilizar esse tipo de investimento.

É muito comum que as *startups* comecem como sociedades limitadas, o que dificulta a possibilidade de investimentos diretos, casos em que o investidor se torna sócio após a realização de um aporte direto no capital social da empresa. Para contornar essa situação, opta-se por instrumentos conversíveis, ou seja, contratos que possibilitam os investimentos e garantem aos investidores um direito obrigacional em face da *startup* e de seus fundadores, o qual pode ser convertido em um direito real, como a propriedade de quotas da *startup*, se houver o cumprimento dos termos e condições previstos em contrato.

Dentre esses contratos, o mais utilizado é o mútuo conversível. Esse modelo consiste na disponibilização de crédito à sociedade, a título de empréstimo. Quando as condições estipuladas em contrato forem cumpridas ou for encerrado o prazo contratual, o investidor tem duas opções: receber o pagamento do empréstimo ou converter o crédito em participação societária na *startup*.

Além do mútuo conversível, existem outros instrumentos, como o contrato de participação em Investimento – Anjo, opção de compra ou subscrição, e o AFAC.

O primeiro é uma obrigação alternativa: o titular pode exercer a opção de comprar ou subscrever ações ou quotas da empresa conforme os preços e prazos fixados previamente em contrato, ou renunciar a esse direito sem

nenhuma consequência para as partes.

No caso da opção de compra, os sócios se comprometem a alienar parte de sua participação societária em favor do titular da opção de compra.

Já no caso da subscrição, o direito do titular é anteriormente detido contra a empresa, de forma que ele pode exigir o aumento do capital da empresa para a criação de novas ações/quotas a serem subscritas por ele. Dessa forma, é mais simples executar a opção de compra, que não implica no processo de criação e subscrição de novas quotas e ações, que pode ser longo e complexo.

Antes de passarmos ao AFAC, é válido pontuar a diferença entre o mútuo conversível e a opção de compra ou subscrição. No primeiro modelo de contrato, o aporte financeiro para impulsionar a empresa é imediato, trazendo maiores riscos ao investidor, já a opção de compra ou subscrição dá ao investidor um certo tempo para que avalie se deve ou não ingressar na empresa como sócio; para que haja aporte nesse caso, não é raro que o investidor pague um “prêmio” pela aquisição do direito sobre as ações/quotas.

Por fim, há o adiantamento para futuro aumento de capital, ou AFAC, que prevê a possibilidade de o investidor adiantar valores que, necessariamente, serão convertidos em quotas ou ações da *startup*. Nesse modelo não há a possibilidade de não se realizar a conversão ao fim do contrato, como na opção de compra.

3_ Modalidades de contratação pela administração pública recomendadas para a realização desses investimentos

⁵BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Licitação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.2.

Observamos os diferentes tipos de IES e como elas podem investir em *startups*. Agora analisaremos os instrumentos que podem ser utilizados pela Administração Pública para contratar essas empresas inovadoras. Vale ressaltar que nossa análise busca apresentar um panorama geral sobre o assunto, tendo em vista que especificidades de leis locais e os diferentes tipos de serviços que podem ser prestados por *startups* apresentam diversas variáveis.

Em primeiro lugar, destacamos que não há nenhuma proibição legal à contratação de serviços/ produtos da iniciativa privada por parte da Administração Pública.

O que deve ser observado, no entanto, é a modalidade de contratação, cujo rito deve ser seguido estritamente, dado o princípio da legalidade que rege as relações do Direito Público. Esse princípio, segundo Celso Bandeira de Mello, “significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Previsto na Constituição Federal, nos artigos. 5º, II; 87, IV; e 37, é basilar para o sistema jurídico-administrativo que qualifica a Administração Pública, cuja atuação é absolutamente restrita às previsões legais.

É dizer, portanto, que a Administração não está autorizada a criar direito não previsto em lei, apenas a dar concretude a ele. Esse princípio é também o que despersonaliza o Direito Administrativo, atrelando-o à lei e não a seus operadores, como forma de evitar condutas corruptas e destrutivas.

A análise do processo de contratação e desenvolvimento de projetos em conjunto com a iniciativa privada deve, portanto, ser guiada pelo princípio da legalidade, para que não haja risco do afastamento da Administração do texto legal, o que acarretaria a nulidade dos atos praticados com esse vício.

Licitação: a regra geral para contratação pela Administração Pública

Os contratos com a Administração Pública são precedidos por licitação (em regra), para que se possa avaliar qual proposta é mais benéfica ao bem público. A licitação é um procedimento administrativo unilateral e vinculado que segue o rito descrito na Lei nº 8.666 de 1993, cujo descumprimento pode levar à invalidação do ato.

Este procedimento administrativo deve ser orientado pelos princípios da legalidade, da igualdade, da rigorosa observância do edital e da possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores⁵.

As licitações são normalmente compostas de duas fases: habilitação e julgamento de propostas.

Na primeira fase, de habilitação, analisa-se:

- a regularidade fiscal, mediante apresentação de certidões negativas de tributos e outras obrigações;

- a capacidade econômica, mediante análise de documentação contábil que ateste a boa saúde financeira do proponente e;

- a capacidade técnica, pela demonstração de experiência anterior na execução de contratos de características similares àquele objeto da disputa.

A grande dificuldade para as *startups* está no atendimento dos requisitos de capacidade econômica e capacidade técnica. Quanto à primeira, haverá dificuldades de atendimento a exigências tais como capital social mínimo, patrimônio líquido ou índices de liquidez, solvabilidade e endividamento. Uma saída para tanto é a união da *startup* com uma ou mais empresas para participação da licitação em regime de consórcio que, salvo raras exceções, é permitida.

Na segunda fase, de julgamento de propostas, se examinam e se classificam as propostas dos licitantes de acordo com um dos seguintes critérios:

- menor preço, literalmente o valor de venda mais baixo;
- melhor técnica, com análise de critérios que demonstrem qual dos licitantes tem melhores condições de executar o contrato; e combinação de ambos, técnica e preço.

As licitações por julgamento técnico ou técnica e preço se aplicam apenas excepcionalmente, quando seu objeto for de serviços com elevado grau de especialização ou sofisticação intelectual. Ainda

sobre licitações, apresentaremos agora as suas modalidades aplicáveis ao caso: pregão, concorrência, tomada de preços e convite. O pregão está regulado pela Lei Federal n. 10.520/2002. As demais modalidades estão previstas na Lei Federal n. 8.666/1993.

- **O pregão:** pode ser feito de forma eletrônica ou presencial. É a modalidade mais comum, mas é normalmente empregada para produtos e serviços padronizados. Seu critério de julgamento é baseado no menor preço oferecido pelos licitantes, em uma espécie de “leilão às avessas”. Depois que o licitante for classificado em primeiro lugar, analisa-se a sua documentação de habilitação.

- **A concorrência:** costuma ser utilizada para as contratações de objetos complexos e/ou não padronizados, para permitir a participação de empresas estrangeiras ou quando os critérios de julgamento forem melhor técnica ou técnica e preço. Ressalvadas as normas específicas de alguns Estados ou Municípios sobre o assunto, a primeira fase da concorrência serve para exame da habilitação e a segunda para julgamento das propostas.

- **A tomada de preços e o convite:** constituem, atualmente, modalidades excepcionais de licitação, utilizadas de forma muito esporádica, até porque são aplicáveis apenas a contratações de valores baixos.

Alternativas à licitação:

A contratação pode ser feita, excepcionalmente, sem prévia licitação, em duas situações: dispensa e inexigibilidade.

Os casos de dispensa são aqueles para aquisição de bens ou serviços de valores bastante baixos, casos de emergência, calamidade pública ou outras hipóteses excepcionais em que a licitação, embora possível, se mostra prejudicial ao interesse público.

A inexigibilidade se dá quando o produto ou serviço é singular, e existe apenas uma empresa capaz de fornecê-lo. Os casos de dispensa e de inexigibilidade são sempre interpretados de forma restritiva, e devem ser precedidos de extrema cautela, já que os órgãos de controle de Administração Pública – Tribunais de Contas, Ministério Público etc. – costumam ser extremamente rigorosos.

Abaixo, está um exemplo interessante para *startups* de dispensa previsto na Lei n. 8.666/1993:

“Art. 24. É dispensável a licitação: XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do caput do art. 23;

Ou seja, se o valor do contrato for igual ou inferior a 20% de um milhão e meio de reais, também se dispensa o procedimento licitatório.

Outra opção interessante para o caso aqui estudado é o contrato de prestação de serviços, nos termos da Lei n. 8.666/93. Neste caso, os serviços fornecidos pela *startup* poderiam se enquadrar no art. 13, I, da referida lei, como serviços técnico-profissionais: estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos. Ademais, em caso de software, é possível alegar o presente no já mencionado art. 25 da Lei n. 8.666 de 1993 e, assim afastar a licitação.

As doações, por sua vez, são livres desde que não imponham encargos à Administração ou se enquadrem enquanto prestação de serviços públicos, o que pode configurar concessão de serviço público. Esta última modalidade de contrato administrativo se caracteriza pela delegação a particular, por parte do Poder Público, de execução de um serviço público; exige licitação e procedimento especificado em lei e no art. 175 da Constituição Federal.

4_ Hipóteses práticas de investimento e divulgação publicitária

⁷As regras do Código do Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária são um exemplo de boas práticas na realização dessas atividades.

/ No caso de venda de bens e serviços por sociedades com fins lucrativos para empresas públicas e sociedades de economia mista, estas contratações não estão sujeitas ao mesmo regramento jurídico da União, Estados, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações.

O procedimento de contratação direta – cujas regras gerais estão previstas na Lei n. 13.303/2016 – é mais simples e as hipóteses são mais amplas. É possível, por exemplo, o fornecimento gratuito ou oneroso de bens e serviços a quaisquer entes públicos sem contrapartidas.

No caso de fornecimento gratuito ou oneroso de bens e serviços por entidades sem fins lucrativos a quaisquer entes públicos com contrapartidas não financeiras, as entidades sem fins lucrativos não celebram com a Administração Pública contratos propriamente ditos, mas sim “termos de colaboração”, permitindo que as primeiras forneçam às segundas bens ou serviços para que se desenvolvam atividades de interesse público, mediante contrapartidas não financeiras. O principal diploma legal a respeito é a Lei Federal n. 13.019/2014.

A celebração do termo deve ser precedida de um chamamento público, que é, de certa forma, similar a uma licitação, mas bem mais simples, que permite que outras entidades interessadas em celebrar a mesma parceria tenham oportunidades.

Note-se que a entidade sem fins lucrativos pode receber até mesmo alguma contrapartida financeira para cobrir, no todo ou em parte, custos, mas seguramente não poderá distribuir resultados, lucros ou

dividendos aos seus integrantes.

Já para o fornecimento gratuito ou oneroso de bens e serviços por sociedades com fins lucrativos a quaisquer entes públicos com contrapartidas não financeiras não há regulamentação ampla e geral para regular o fornecimento gratuito de bens ou serviços por sociedades com fins lucrativos a órgãos públicos mediante contrapartidas não financeiras (como, por exemplo, realizar veiculação de nome da empresa parceira da administração).

Há leis específicas em Estados e Municípios para esse fim, como aquela que criou o “Programa Adote uma Praça” no município de São Paulo. É necessário analisar a legislação de cada ente público.

Se não houver qualquer previsão de lei a respeito, há considerável insegurança jurídica. Há na doutrina o entendimento de que o regime jurídico aplicável é o mesmo do direito privado, dispensando licitação ou qualquer outra forma de competição entre potenciais interessados. Contudo, os órgãos de controle da Administração Pública – Ministério Público, Tribunais de Contas etc. – podem entender que a escolha direta de uma empresa para se beneficiar da veiculação de sua marca ou produto quebraria o princípio da impessoalidade.

À luz das informações prestadas acima, há maior solidez jurídica para que entidades sem fins lucrativos prestem serviços gratuitamente a órgãos públicos mediante contrapartidas como divulgação.

Para que empresas privadas o façam, convém que se analise a legislação que regre cada órgão público.

5_ Divulgando o trabalho da startup com a administração pública

/ Analisamos a viabilidade de investimentos em *startups* por instituições privadas, as modalidades recomendadas para esse tipo de investimento, o processo de contratação de *startups* pela Administração Pública e a possibilidades de publicidade sobre esses contratos.

Concluimos que não há nenhuma proibição legal às instituições de ensino com e sem fins lucrativos que queiram investir em *startups*. Caso desejem fazê-lo, o instrumento jurídico mais indicado dado sua segurança e poder de mitigação de danos é o mútuo conversível. Sobre o processo de contratação, consideramos mais benéfica a doação sem contrapartidas, já que dispensa o processo licitatório. No entanto, cada município pode dispor sobre a doação à sua maneira, sendo necessária a atenta observação das leis municipais. A publicidade, em um primeiro momento, também não encontra nenhuma objeção legal, no entanto é preciso estar atento às normas gerais publicitárias a depender do setor de atuação da *startup*.



BAPTISTALUZ ADVOGADOS

WWW.BAPTISTALUZ.COM.BR