

REGIME DE TITULARIDADE DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE À NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (14.133/2021)

OWNERSHIP FRAMEWORK OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES IN BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION FACING THE NEW PUBLIC TENDERS AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS ACT (14.133/2021)

Alejandro Knaesel Arrabal

Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPQ-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT - Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Reitor da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor de Metodologia da Pesquisa em Cursos de Especialização da FURB. Professor de Direito da Propriedade Intelectual e Metodologia da Pesquisa Jurídica do Curso de Graduação em Direito da FURB. Professor de Direito Administrativo do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB) e Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPq-FURB). Membro do NIT - Núcleo de Inovação Tecnológica da FURB.
E-mail: arrabal@furb.br

Leonardo da Rocha de Souza

Realizou estágio pós-doutoral em Direito (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor Efetivo da Universidade Regional de Blumenau/SC (FURB), atuando na graduação (titular de Teoria do Direito e Linguagem e Argumentação Jurídica) e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito como membro do corpo permanente. Editor Científico da Revista Jurídica da FURB. Vice-líder do grupo de pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça, registrado no Diretório de Grupos Pesquisa do CNPq e certificado pela FURB. Professor em cursos de Pós-Graduação Lato Sensu.
E-mail: leonardorochoa@furb.br

Rodrigo Marchiori Pereira

Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pós-graduado em nível de especialização em Direito Público: Constitucional e Administrativo pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014). Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau - FURB (2005). Sócio administrador da Emmel, Schuster & Marchiori Advogados Associados e Diretor Administrativo da Prefeitura Municipal de Itapema.
E-mail: rmp@furb.br

Recebido em: 25/06/2021

Aprovado em: 08/04/2022

RESUMO: Este artigo trata do regime de titularidade de direitos intelectuais sobre Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), em relação aos contratos estabelecidos com a Administração Pública. Considera-se a interlocução da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos com as Leis nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais), 9.609/1998 (Lei de Direitos Autorais de Programas de Computador), 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial) e a Lei nº 10.973/2004 (Lei da Inovação). O desenvolvimento de recursos tecnológicos tende a ser acompanhado do controle e domínio das tecnologias em questão, o que torna a titularidade de Direitos de Propriedade Intelectual sobre TICs para a Administração Pública um assunto sensível, fato que, para efeito do presente estudo, corresponde ao problema de investigação. Nesse contexto, o objetivo do trabalho é avaliar sob quais condições a titularidade de direitos intelectuais deve ser gestada, em especial considerando o que dispõe a Lei nº 14.133/2021. Desenvolvido a partir da metodologia hermenêutico-dialética e de pesquisa bibliográfica, o artigo está estruturado em três unidades. Na primeira procura-se descrever o caráter estratégico que as TICs revelam para a Administração Pública na atualidade. Na segunda apresenta-se o cenário normativo nacional a respeito do regime de titularidade de direitos intelectuais sobre Tecnologias de Informação e Comunicação. Por fim, procura-se avaliar os dispositivos legais relacionados à disciplina do regime de titularidade das Tecnologias de Informação e Comunicação, em contratos firmados com a Administração Pública. O estudo indica que a nova lei de licitações procura garantir a titularidade de direitos intelectuais à Administração Pública, com especial destaque às TICs provenientes de projetos ou de serviços técnicos especializados. Contudo, tal garantia deve ser operada de modo a, simultaneamente, contribuir para o desenvolvimento econômico do setor, o que se anuncia potencialmente viável, entre outros fatores, a partir do emprego estratégico do procedimento de manifestação de interesse voltado a *startups*.

Palavras-chave: Governo Digital. Tecnologias de Informação e Comunicação. Propriedade Intelectual. Licitações e Contratos Administrativos.

ABSTRACT: This article deals with the intellectual rights ownership framework on Information and Communication Technologies (ICTs), in relation to contracts published with the Public Administration. It is considered the interlocution of the new *Public Tenders and Administrative Contracts Act* with the laws No. 9,610 / 1998 (Brazilian Copyright Act), 9,609 / 1998 (Brazilian Software's Copyright Act), 9,279 / 1996 (Brazilian Industrial Property Act) and law No. 10,973 / 2004 (Brazilian Science, Technology and Innovation Act). The development of technological resources tends to be accompanied by the control and mastery of the technologies in question, which makes the ownership of Intellectual Property Rights on ICTs for the Public Administration a sensitive issue, a fact that, in the present study, corresponds to the research problem. In this context, the objective of the work is to evaluate under what conditions the ownership of intellectual rights must be managed, especially considering what defines law nº 14.133/2021. Developed from the hermeneutic-dialectic methodology and bibliographical research, the article is structured in three units. The first seeks to describe the strategic character that ICTs reveal for the Brazilian Public Administration today. The second presents the national normative scenario regarding the ownership of intellectual rights in Information and Communication Technologies. Finally, it seeks to evaluate the related legal provisions and the discipline of the ownership of Information and Communication Technologies, in contracts signed with the Public Administration. The study indicates that the new *public tender and administrative contracts act* seeks to guarantee the ownership of intellectual rights to the Public Administration, with special emphasis on ICTs arising

from projects or from specialized technical services. However, such guarantee must be operated in such a way as to simultaneously contribute to the economic development of the sector, which is announced as potentially viable, among other factors, based on the strategic use of the expression of “*interest procedure*” aimed at startups.

Keywords: Digital Government. Information and Communication Technologies. Intellectual property. Bids and Administrative Contracts.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Caracterização e impacto das tecnologias de informação e comunicação para a administração pública. 2 Regime de titularidade de direitos intelectuais sobre tecnologias de informação e comunicação. 3 Lei de licitações e contratos administrativos: Desenvolvimento e aquisição de tecnologias de informação e comunicação. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente o impacto das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) é notório. Mais do que oferecer condições para a sociabilidade remota, a digitalização e a telemática são os catalizadores de uma revolução¹ socio-político-econômica ainda em curso. Na aurora dessa realidade, Weiner já afirmava que todas as estruturas organizacionais se conservam unidas em suas ações “devido à posse de meios para a aquisição, uso, retenção e transmissão de informação”².

Não é por acaso que a emenda constitucional nº 19, responsável por incorporar a eficiência ao rol de princípios dirigentes da Administração Pública³, é contemporânea ao surgimento de rede global de computadores no mercado brasileiro⁴. Esses eventos, assim como tantos outros, são ao mesmo tempo e reciprocamente produtos e produtores de um contexto no qual a gestão de recursos públicos, comprometida idealmente com o atendimento de expectativas sociais (cada vez mais numerosas), torna-se estrutural e gradualmente integrada a plataformas tecnológicas de informação e comunicação. O domínio dos meios tecnológicos por parte da Administração Pública demanda um diálogo mais estreito com aqueles que atuam com pesquisa, desenvolvimento e inovação.

Assim, este artigo trata do regime de titularidade de direitos intelectuais sobre Tecnologias de Informação e Comunicação, em relação aos contratos estabelecidos com a Administração Pública. Em especial, considera-se a interlocução da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos com as Leis nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais), 9.609/1998 (Lei de Direitos Autorais de Programas de Computador), 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial) e a Lei nº 10.973/2004 (Lei da Inovação). O desenvolvimento de recursos tecnológicos tende a ser acompanhado do controle e domínio das tecnologias em questão, o que torna a titularidade de Direitos de Propriedade Intelectual sobre TICs para a Administração Pública um assunto sensível, fato que, para efeito do presente estudo, corresponde ao problema de investigação. Nesse contexto,

¹ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

² WIENER, Norbert. **Cibernética**: ou controle e comunicação no animal e na máquina. Trad. Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 193.

³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

⁴ Inicialmente, a Internet brasileira era disponível apenas para as instituições de ensino e pesquisa. Em 1995, os serviços de Internet passaram a ser disponibilizados a toda a sociedade brasileira, o que se deu concomitantemente a criação do Comitê Gestor Internet do Brasil, cuja atribuição preponderante é a de “coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços Internet no país” BRASIL. Ministro de Estado das Comunicações; Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. **Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995**. Disponível em: https://www.cgi.br/portarias/numero/Portaria_147.pdf Acesso em: 18 abr. 2021.

o objetivo do trabalho é avaliar sob quais condições a titularidade de direitos intelectuais deve ser gestada, em especial considerando o que dispõe a Lei nº 14.133/2021.

Em relação à metodologia científica adotada, optou-se por uma abordagem epistemológica hermenêutico-dialética⁵, já que se pretende esclarecer o alcance das normas mencionadas, verificando os pontos de contato entre elas, de modo a permitir o melhor entendimento do art. 93 da Lei nº 14.133/2021.

Desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica, o artigo está estruturado em três unidades. Na primeira procura-se descrever o caráter estratégico que as TICs revelam para a Administração Pública na atualidade. Na segunda apresenta-se o cenário normativo nacional a respeito do regime de titularidade de direitos intelectuais sobre Tecnologias de Informação e Comunicação. Por fim, na terceira destaca-se brevemente as motivações que conduziram a surgimento da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como procura-se avaliar os dispositivos legais relacionados à disciplina do regime de titularidade das Tecnologias de Informação e Comunicação, em contratos firmados com a Administração Pública.

1 CARACTERIZAÇÃO E IMPACTO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No cenário da digitalização social, a concepção dos arquétipos institucionais recebe significativa influência daqueles que detêm o conhecimento tecnológico e atuam no desenvolvimento de plataformas de mediação computacional. É equívoco supor que as “ferramentas digitais” sejam instâncias aptas (apenas) a tornar mais eficientes os processos e dinâmicas já conhecidos. Nesse sentido, Lanier afirma que os tecnólogos “não utilizam a persuasão para influenciar pessoas”, eles criam “extensões para o ser” que se tornam estruturas determinantes por meio das quais as pessoas se conectam e passam a perceber a realidade⁶. Stallman, por sua vez, reconhece que o domínio computacional por parte dos usuários de uma rede informatizada é fundamental para o exercício de suas liberdades⁷. Se o “meio é a mensagem” como considerou McLuhan (2013), é possível inferir que as atividades de gestão e comunicação mediadas por tecnologias estabelecem uma dialética inafastável com os códigos que modelam as plataformas digitais, de modo que, lançados para o “meio eletrônico”, os processos gerenciais não se tornam apenas mais eficientes, eles são transformados a partir da reorientação de seus princípios estruturantes.

A Modernização do Estado, por certo, não inicia exatamente com a integração das TICs à Administração Pública. Ela emerge nas décadas de 30 e 40 com a Era Vargas na busca pela construção de instituições para “um Brasil moderno, capitalista, industrial e urbano”; passa pela reforma administrativa do regime militar de 70; a redemocratização dos anos 80 e a reforma gerencial da década de 90 que, entre outros aspectos, procurou reduzir a ingerência estatal na ordem econômica⁸. Embora orientadas por instrumentos de *accountability* governamental, as décadas que inauguram o novo milênio continuaram perseguindo uma modernização orientada a satisfação das

⁵ HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 93-94.

⁶ LANIER, Jaron. **Bem-vindo ao futuro**: uma visão humanista sobre o avanço da tecnologia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

⁷ STALLMAN, Richard. Mantenha o controle de sua computação, senão ela vai controlar você! **Gnu.org**, 2021. Disponível em: <https://www.gnu.org/philosophy/keep-control-of-your-computing.pt-br.html> Acesso em: 16 maio 2021.

⁸ SOUZA, Celina. Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas. **Revista de Administração Pública**, v. 51, n. 1, p. 27-45, jan./fev. 2017, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612150933> Acesso em: 13 maio 2021, p. 32-34.

demandas sociais e redução de gastos públicos, assim como a implementação de novas políticas públicas⁹.

De todo modo, o reconhecimento das TICs como componente estratégico e estrutural da gestão pública se deu gradualmente e assumiu especial relevo nos últimos anos. A Reforma Administrativa da década de 90 propugnou pela terceirização dos serviços considerados auxiliares à gestão pública, dentre eles, os “técnicos de informática e processamento de dados”¹⁰. Nesse momento, ainda que o projeto de Estado reconhecesse os serviços de TI como atividade meio, o emprego de Tecnologias de Informação em processos gerenciais tornou-se não só evidente, como cada vez mais fundamental à gestão pública.

Um exemplo de política de fomento às empresas de TICs na década de 90, é o tratamento diferenciado para as aquisições, pela Administração, de bens, produtos e serviços de informática e automação com tecnologia desenvolvida no país.¹¹

É importante considerar que as ações voltadas a Modernização do Estado nutrem-se dos pressupostos que orientam as políticas de incremento tecnológico. Sob influência da matriz Schumpeteriana¹², a ordem econômica moderna é marcada pelo signo da Inovação, entendido como o processo a partir do qual a inserção de novos produtos e serviços no mercado dinamizam o desenvolvimento socioeconômico. O modelo de Inovação Tríplice Hélice descrito por Etzkowitz¹³ caracteriza essa realidade, na qual a tríade Universidade, Governo e Indústria assume papel estrutural. Instituições públicas atuantes em pesquisa e desenvolvimento como Universidades, Fundações e Institutos constituídos sob regime público, passam a demandar condições jurídicas diferenciadas para viabilizar relações mais efetivas com o setor produtivo. A par disso, a gestão de direitos de Propriedade Intelectual passa a integrar a agenda de modo mais contundente, na medida que a Lei nº 10.973/2004 determinou que as ICTs constituíssem Núcleos de Inovação Tecnológica para cumprir esse papel.

Lançado em 2000 pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), o Programa Sociedade da Informação¹⁴ propôs metas para possíveis aplicações de Tecnologias da Informação envolvendo diversos cenários, dentre eles o governamental. No referido Programa consta que:

O setor governamental é o principal indutor de ações estratégicas rumo à sociedade da informação. Primeiramente, porque cabe ao governo definir o quadro regulatório dentro do qual projetos e iniciativas concretas poderão ser formuladas. Segundo, porque como regra o governo é o maior comprador/contratador de bens e serviços em tecnologias de informação e comunicação em um país. [...]. Terceiro, porque o governo, com o uso exemplar de tecnologias de informação e comunicação em suas atividades, pode acelerar

⁹ SOUZA, Celina. Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas. *Revista de Administração Pública*, v. 51, n. 1, p. 27-45, jan./fev. 2017, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612150933> Acesso em: 13 maio 2021, p. 34.

¹⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, São Paulo, n. 45, 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000300004> Acesso em: 18 abr. 2021, p. 70.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991**. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8248compilado.htm Acesso em: 19 maio 2021.

¹² SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

¹³ ETZKOWITZ, Henry. **Triple Helix**: university-industry-government, innovation in action. New York: Routledge, 2008.

¹⁴ TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/handle/1/434> Acesso em: 14 abr. 2021.

grandemente o uso dessas tecnologias em toda a economia, em função da maior eficiência e transparência de suas próprias ações.¹⁵

Como reflexo da busca pela eficiência na Administração Pública, foi promulgada a Lei Federal nº 10.520 de 17 de julho de 2002¹⁶, que instituiu nova modalidade de licitação denominada pregão para compras de bens e serviços comuns^{17,18}, estabelecendo a possibilidade de adotar recursos de tecnologia de informação para realizar aquisições.

Naquele momento, tal permissivo legal trouxe para o âmbito da Administração Pública uma das mais modernas e eficazes ferramentas de compras públicas, bastando que, para isso, fossem utilizados sistemas operacionais de tecnologia de informação que pudessem atender tal demanda, iniciando-se aí a busca por sistemas de inovação tecnológica que suprissem as necessidades da Administração.

As compras públicas sempre foram consideradas um dos motivos de preocupação dos gestores públicos, tanto no sentido da agilidade em prover os suprimentos necessários ao bom andamento da gestão, quanto ao desenvolvimento e evolução dos projetos de governo, bem como, no que tange ao necessário atendimentos aos princípios de Direito Administrativo insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Uma iniciativa que representa o esforço da Administração Pública em modernizar sua forma de atuação, corresponde ao Consórcio de Informática na Gestão Pública Municipal – CIGA em 2007¹⁹, entidade que conta atualmente com 324 municípios consorciados em dez estados da federação. Trata-se de um ente público com sede na cidade de Florianópolis/SC, cuja finalidade é executar a gestão associada de serviços públicos, desenvolvendo soluções para o aperfeiçoamento da gestão de prefeituras, câmaras e outras entidades, com o emprego de tecnologias de informação. Na sua atuação, o CIGA promove ações articuladas “entre governo, mercado, academia e comunidade.”²⁰

De modo geral, observa Reis (2020) que:

[...] as criações intelectuais originadas no ambiente da Administração Pública, além da indução e promoção da PI perante a sociedade, teriam a finalidade de promover de maneira contínua o desenvolvimento das demais atividades por ela exercidas, repercutindo de forma positiva nas diversas funções que competem ao Estado e vindo a satisfazer, por consequência, aos princípios da Administração Pública, especialmente o da eficiência.

¹⁵ TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 69.

¹⁶ BRASIL, **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm Acesso em: 19 abr. 2021.

¹⁷ A mola percursora da lei que instituiu a modalidade de licitação tipo pregão no âmbito de todas as unidades da federação, foi a Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, no seu art. 8º instituiu a ANATEL estabeleceu um regime próprio de contratações no seu art. 54, parágrafo único, e regulamentou nos artigos seguintes, que aquela autarquia federal utilizasse para suas aquisições de bens comuns a modalidade denominada como pregão. Mais tarde, o Governo Federal editou medida provisória nº 2.026 e 4 de maio de 2000, ampliando a utilização da modalidade pregão para o âmbito da União.

¹⁸ A edição do Decreto Federal nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, admitiu que os serviços comuns de engenharia fossem incorporados ao rol de possíveis aquisições pela Administração Pública através da modalidade de pregão eletrônico, trazendo ainda mais agilidade para a contratação deste tipo de serviço que anteriormente deveria respeitar um rito bem mais rigoroso e menos ágil.

¹⁹ CIGA. Consórcio de Informática na Gestão Pública Municipal. Quem somos. Disponível em <https://ciga.sc.gov.br/quem-somos/>. Acesso em: 18 maio 2021.

²⁰ CIGA. Fórum vai reunir empresas, universidades e órgãos públicos para debater iniciativas de cidades inteligentes. 2021. Disponível em: <https://ciga.sc.gov.br/forum-vai-reunir-empresas-universidades-e-orgaos-publicos-para-debater-iniciativas-de-cidades-inteligentes/> Acesso em: 18 maio 2021.

Em 2014, o Marco Civil da Internet estabeleceu que o acesso à rede global de computadores é “essencial ao exercício da cidadania”²¹. O reconhecimento das redes telemáticas como plataformas universais de provimento à informação, lançou ao Estado o desafio de digitalizar diversos dos seus préstimos, tornando o seu contato com cidadão predominantemente mediado por TICs. Por outro lado, o caráter fundamental da rede impõe ao poder público o compromisso de empenhar esforços na sustentabilidade e desenvolvimento da infraestrutura tecnológica envolvida²².

Nesse contexto, o Decreto nº 8.936/2016 instituiu a Plataforma de Cidadania Digital dispendo sobre a oferta dos serviços públicos digitais no âmbito federal²³. Em 2019 inicia um processo de unificação/padronização dos portais federais²⁴, e em 2020 é estabelecida a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022²⁵.

Recentemente o Decreto Federal nº 10.609/2021 instituiu a Política Nacional de Modernização do Estado e o Fórum Nacional de Modernização do Estado²⁶. Neste contexto foram definidas três Câmaras Temáticas, duas delas dedicadas respectivamente aos temas “Governo Digital” e “Sociedade Digital”²⁷. Estes dois eixos temáticos integram os assuntos: governança de dados, internet das coisas, digitalização da economia, digitalização de serviços, integração das bases e estrutura de conectividade²⁸.

Na Audiência Pública sobre Governo Digital²⁹ realizada pelo Senado em 14 de maio de 2021, o Diretor Presidente do SERPRO Gileno Barreto afirmou que, diante da celeridade das mudanças da realidade contemporânea, o Estado precisa estabelecer parcerias com o setor privado em matéria de TI.

²¹ “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...]” BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Acesso em: 19 abr. 2021.

²² “Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil: [entre outros] VII - otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet [...]”. BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Acesso em: 19 abr. 2021.

²³ BRASIL. **Decreto nº 8.936, de 19 de dezembro de 2016**. Institui a Plataforma de Cidadania Digital e dispõe sobre a oferta dos serviços públicos digitais, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/D8936.htm Acesso em: 14 abr. 2021

²⁴ BRASIL. **Decreto nº 9.756, de 11 de abril de 2019**. Institui o portal único “gov.br” e dispõe sobre as regras de unificação dos canais digitais do Governo federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9756.htm Acesso em: 14 abr. 2021.

²⁵ BRASIL. **Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020**. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm Acesso em: 14 abr. 2021.

²⁶ BRASIL. **Decreto nº 10.609, de 26 de janeiro de 2021**. Institui a Política Nacional de Modernização do Estado e o Fórum Nacional de Modernização do Estado. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.609-de-26-de-janeiro-de-2021-300775408> Acesso em: 13 abr. 2021.

²⁷ Art. 11, II e III do Decreto Federal nº 10.609/2021.

²⁸ Art. 5º, V do Decreto Federal nº 10.609/2021.

²⁹ BRASIL. Senado Federal. Audiência Pública sobre Governo Digital. 14 abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=20367> Acesso em: 14 abr. 2021.

2 REGIME DE TITULARIDADE DE DIREITOS INTELECTUAIS SOBRE TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Os direitos de propriedade intelectual, aqui também referidos como direitos intelectuais, dizem respeito a um espectro de garantias de domínio exclusivo sobre diversos objetos cuja caracterização normativa é igualmente diversificada. Assim, expressões do espírito³⁰ criativo, diferem dos artefatos e processos técnico-industriais³¹, bem como dos signos distintivos³², embora todos integrem o escopo geral da matéria. Sob o ponto de vista de mercado, estes bens assumem em comum o papel de diferencial competitivo, de modo que a garantia de exclusividade corresponde a um fator coadjuvante a esse diferencial. Assim, a prospecção econômica de uma obra literária pressupõe a garantia de controle sobre a sua reprodução e circulação mercantil. O mesmo se opera em relação as soluções tecnológicas ou ao *design* de produtos, bem como à marca como elemento distintivo para produtos ou serviços.

No campo das Tecnologias de Informação e Comunicação, há inúmeros bens suscetíveis a direitos intelectuais: programas de computador, artefatos eletrônicos, componentes, circuitos, periféricos e respectivos processos de fabricação, apenas para citar alguns.

Expressões de toda ordem (literárias, estéticas, entre outras), sejam representações artísticas ou técnicas, integram o campo de incidência dos direitos de autor. Cumpre insistir que as obras autorais protegidas são *expressões humanas*³³, na medida que o produto da atividade criativa deve assumir forma sensível, distinguindo-se de concepções generalistas ou puramente abstratas. Soma-se a isto o fato de serem também *representações* de objetos abstratos ou concretos. Assim, um conceito ou figura ideal pode assumir distintivas formas, cada qual vinculada a uma fonte autoral distinta.

De modo semelhante, a materialidade de uma solução técnica que, por óbvio, assume um estreito diálogo com as condições objetivas do mundo, distingue-se da sua representação, na qualidade de projeto, desenho e descritivo técnico. Note-se, portanto, que as representações que integram a documentação de uma patente de invenção ou de um registro de desenho industrial, não se confundem com as características objetivas que dizem respeito a solução técnica ou ao *design*, apenas as representam. Esta diferença é apontada na lei autoral, quando estabelece que “no domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial”³⁴.

O domínio autoral incide sobre expressões/representações relativas a concepções abstratas ou a elementos concretos (sejam produtos ou processos), implicando em garantias morais e patrimoniais. As garantias morais dizem respeito a personalidade do autor³⁵, sua imagem e reputação, na medida que a obra é tida como extensão de sua existência ativa. Esses direitos são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis. Já as garantias patrimoniais são temporárias e dizem respeito ao domínio exclusivo de uso, publicação e reprodução da obra.

³⁰ Para os direitos de autor, consideram-se “obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]” Art. 7º da **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm Acesso em: 17 abr. 2021.

³¹ Para fins de obtenção de patente, entende-se por invenção uma solução técnica (produto ou processo) “que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”. Art. 8º da **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm Acesso em: 17 abr. 2021.

³² “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. Art. 122 da Lei nº 9.279/1996.

³³ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁴ Art. 7º, § 3º da Lei nº 9.610/1998.

³⁵ Artigos 24 a 27 da Lei nº 9.610/1998.

Direitos Autorais tem como fator constitutivo originário o “ato da criação”, de modo que dispensam qualquer formalidade³⁶. A autoria (para fins de reivindicação de direitos) pode ser provada por qualquer meio lícito.

Por sua vez, a garantia de exclusividade no campo da indústria assume perspectiva diferente sobre a caracterização do objeto e as condições para obtenção dos direitos. Artefatos e processos técnicos, ainda que sejam criações humanas e, como tais, igualam-se a expressões artísticas, diferem juridicamente em razão do seu propósito prático. São criações comprometidas com a objetividade do mundo. Fatores objetivos da vida podem ser caracterizados como problemas existenciais que desafiam a engenhosidade humana para formular instrumentos e modos (também objetivos) de solução. Engenhos desta ordem, distintos de todos os demais existentes no mundo e aplicáveis à indústria são inventos patenteáveis³⁷.

Por previsão constitucional, pertence aos autores “o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”³⁸, assim como em relação a inventos industriais é assegurado “privilegio temporário para sua utilização”³⁹. Significa dizer que, em regra, os direitos intelectuais são reconhecidos originariamente as pessoas físicas que conceberam as respectivas criações, seja no campo autoralista ou industrial. Contudo, esses direitos, com exceção das garantias morais, podem ser titularizados por outras pessoas, físicas ou jurídicas. A titularidade derivada decorre, ou da manifestação de vontade (contrato) do autor, ou por sucessão hereditária. Contudo, a lei estabelece circunstâncias específicas para as quais a titularidade é conferida a outra pessoa distinta do autor.

No campo dos direitos autorais, tal hipótese configura-se na realização de uma obra coletiva, entendida assim aquela que é “criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma”⁴⁰. Assim, no caso de obra coletiva cabe ao “organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra”⁴¹. Não há na Lei nº 9.610/1998 previsão expressa quanto a titularidade do tomador de serviço, na hipótese de criação desenvolvida sob encomenda. Ainda de seja possível depreender tal leitura a partir do que a lei estabelece para a obra coletiva, cumpre considerar que, no campo autoral, a interpretação extensiva só se opera em favor do autor. Assim, na hipótese de obra realizada sob encomenda, titularidade diversa da originária deve ser definida em contrato.

Já em relação aos direitos intelectuais sobre programas de computador, o quadro jurídico difere. Por previsão legal, um programa de computador corresponde a um conjunto de instruções destinado a operar máquinas de tratamento automático de informação⁴². Equiparado também por lei a obras literárias, o programa de computador está sujeito ao regime de tutela autoral previsto da lei geral de regência, respeitadas as especificidades da Lei nº 9.609/1998⁴³. Assim, o artigo 4º desta norma estabelece que:

Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de

³⁶ Nesse sentido dispõe o art. 18 da Lei nº 9.610/1998: “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Orientação idêntica se encontra no § 3º do Art. 2º da Lei nº 9.609/1998.

³⁷ Lei nº 9.279/1996: “Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Art. 9º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.”

³⁸ Art. 5º, inciso XXVII da CF/88.

³⁹ Art. 5º, inciso XXIX da CF/88.

⁴⁰ Art. 5º, VIII, “h” da Lei nº 9.610/1998.

⁴¹ Art. 17, § 2º da Lei nº 9.610/1998.

⁴² Art. 1º da Lei nº 9.609/1998.

⁴³ Art. 2º da Lei nº 9.609/1998.

vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

Como regra, a compensação pela atividade realizada limita-se ao que foi convencionado contratualmente⁴⁴. A hipótese de pertencimento exclusivo do contratado só se opera, segundo o que dispõe a lei, quando o programa for desenvolvido sem relação com o contrato (seja de natureza civil, trabalhista ou estatutária) e sem a utilização de recursos de qualquer ordem, pertencentes ao contratante⁴⁵.

No campo dos direitos de propriedade industrial estabelecidos na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, pertencem exclusivamente ao empregador a invenção e o modelo de utilidade decorrentes “de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado”⁴⁶. Esta norma prevê a hipótese de titularidade compartilhada quando a invenção ou de modelo de utilidade “resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário”⁴⁷. Tais condições são também aplicáveis no âmbito da Administração Pública direta, indireta e fundacional, nas esferas federal, estadual ou municipal e, na hipótese de titularidade integral por parte do Estado, ao inventor (servidor público) é assegurada parcela de até um terço⁴⁸ do valor das vantagens auferidas com o pedido ou com a patente, na forma e condições previstas em estatuto ou regimento interno⁴⁹.

No que diz respeito às Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT)⁵⁰, a garantia de participação não incide apenas sobre invenções e modelos de utilidade, mas também sobre “desenho industrial, programa de computador, topografia de circuito integrado, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento”⁵¹.

3 LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DESENVOLVIMENTO E AQUISIÇÃO DE TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

O procedimento licitatório tem sua origem no Código de Contabilidade da União de 1922.⁵² Posteriormente, o Decreto-lei nº 200/1967⁵³ trouxe a reforma administrativa da União e acabou por integrar normas de licitações para compras, obras, serviços e alienações, vindo a ser

⁴⁴ Art. 4º, § 1º da Lei nº 9.609/1998.

⁴⁵ Art. 4º, § 2º da Lei nº 9.609/1998.

⁴⁶ Art. 88 da Lei nº 9.279/1996.

⁴⁷ Art. 91 da Lei nº 9.279/1996.

⁴⁸ Art. 3º, § 2º do Decreto nº 2.553, de 16 de abril de 1998.

⁴⁹ Art. 93, Parágrafo único da Lei nº 9.279/1996.

⁵⁰ Entende-se por 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” Art. 2º, V da Lei nº 10.973/2004.

⁵¹ Art. 2º, II da Lei nº 10.973/2004.

⁵² BRASIL. Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4536-1922.htm Acesso em: 20 maio 2021.

⁵³ BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm Acesso em: 20 maio 2021.

substituído pelo Decreto-lei nº 2.300/1986⁵⁴, que então tratou exclusivamente de licitações e contratos da Administração Pública. Posteriormente surge a conhecida e por muitos criticada Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993⁵⁵. Importa considerar esse transcurso histórico dado que o código de contabilidade, por sua natureza temática, estabelecia regramentos técnicos detalhados, prevendo todas as possibilidades de atuação do agente público, reduzindo significativamente sua discricionariedade. Neste sentido, os regulamentos que se sucederam, incluindo a Lei nº 8.666/1993, não se afastaram deste caráter objetivo. Ressalta-se que, apenas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a licitação passou a ter cariz Constitucional, vinculada aos princípios da legalidade, igualdade, moralidade, publicidade e eficiência.

O emprego da Lei nº 8.666/1993, orientou diversos agentes públicos a uma concepção restritiva da matéria e, por consequência, uma atuação extremamente formalista que, não raro, projetou no licitante a imagem de inimigo da Administração. O rigor na aplicação dos preceitos instituídos por lei incorporou ao cotidiano da Administração Pública um formalismo exacerbado que durante anos gerou procedimentos morosos, onerosos, causando inúmeros prejuízos decorrentes de atrasos, licitações desertas ou fracassadas, bem como a paralização de importantes obras por longos períodos.

Demandas de infraestrutura decorrentes da realização da Copa das Confederações, Copa do Mundo de Futebol e Olimpíadas provocaram a instituição do Regime Diferenciado de Contratações - RDC⁵⁶, o qual procurou afastar formalismos, proporcionar eficiência nas contratações públicas e incentivar a inovação tecnológica⁵⁷:

Gradualmente o campo de aplicação do RDC foi ampliado, integrando obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, Sistema Único de Saúde - SUS, ações de segurança pública, infraestrutura e mobilidade urbana e o fomento da ciência, da tecnologia e da inovação. Cumpre destacar que a referida lei instituiu mudanças significativas na busca da melhor proposta para Administração, afastando o simples conceito de menor preço. Esta nova visão considerou a possibilidade de analisar outros critérios para a escolha da melhor proposta, a exemplo dos custos e benefícios diretos e indiretos.

A nova lei de licitações incorporou muitos dos preceitos dispostos no RDC, integrou no seu texto a modalidade de licitação pregão, unificando a legislação sobre a matéria, com exceção do regramento conferido para as empresas públicas e sociedades de economia mista. O novel diploma visa a modernização da Administração, exigindo um planejamento mais detalhado no que tange às compras públicas, pautado na celeridade e desburocratização de procedimentos, assim como na flexibilização dos contratos administrativos de acordo com os seus respectivos objetos.

Em se tratando de contratações pertinentes as áreas de tecnologia e inovação, além das situações já conhecidas em que há possibilidade de contratação através de dispensa de licitação - o que foi mantido - a nova lei possibilitou a adoção da modalidade de diálogo competitivo:

⁵⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12300-86.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 27 maio 2021.

⁵⁷ “Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: [...] § 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.” BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise 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;

II - verifique 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;

O dispositivo parte do reconhecimento que a Administração Pública, por vezes, não detém meios suficientes para determinar o objeto a ser contratado, embora saiba quais são os problemas e desafios que precisa enfrentar. Considerando que, no campo tecnológico, um mesmo problema facilmente encontra diversos meios para a sua solução, o diálogo competitivo representa um avanço no sentido de melhor prover as demandas do poder público neste cenário.

Observa-se que as contratações que tenham por objeto os serviços técnicos de criação intelectual, evocam a disciplina que diz respeito à titularidade dos direitos sobre os produtos decorrentes dos referidos serviços. O parágrafo único do art. 30 da Lei nº 14.133/2021 faz expressa referência ao art. 93 em relação a projetos selecionados por meio da modalidade do concurso, determinando que “os direitos patrimoniais relativos ao projeto” devem ser cedidos à Administração Pública, devendo o vencedor “autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.”⁵⁸

O art. 93 Lei nº 14.133/2021 dispõe que:

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 (software) - 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.^{59, 60}

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 31 maio 2021. Sobre o assunto, cf. LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Modalidades de Licitação e Procedimentos Auxiliares. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.) **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 128.

⁵⁹ Art. 93. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 17 abr. 2021.

⁶⁰ No contexto de regulamentação da matéria na esfera Federal, a Instrução Normativa nº 31, de 23 de março de 2021 que altera a Instrução Normativa nº 1, de 4 de abril de 2019, a qual dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal, dispõe que. “3.4. Os direitos relativos aos softwares desenvolvidos no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do SISP em decorrência de relação contratual, ou de vínculo trabalhista, pertencem ao órgão ou à entidade contratante, salvo expressa disposição em contrário, consoante art. 17, inciso I, alínea ‘h’ desta Instrução Normativa, e art. 4º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. 3.5. É vedado aos agentes públicos ou terceiros apropriarem-se, para fins comerciais, dos softwares caracterizados no item 3.4, consoante art. 17, inciso I, alínea ‘h’ desta Instrução Normativa, e art. 4º da Lei nº 9.609, de 1998. 3.6 A Portaria STI/MP nº 46, de 28 de setembro de 2016, e suas atualizações devem ser integralmente observadas quando da cessão, acesso e utilização de qualquer Software de Governo ou Software Público Brasileiro.”

Previsão semelhante já constava no art. 111⁶¹ a Lei nº 8.666/1993, inclusive o parágrafo único correspondente foi preservado para compor a redação do § 1º do art. 93 da Lei nº 14.133/2021, em relação a obras insuscetíveis de privilégio (obtenção de título):

§ 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.

O dispositivo reconhece para a Administração Pública a titularidade dos direitos de ordem patrimonial sobre os produtos intelectuais decorrentes da contratação de projetos ou de serviços técnicos especializados⁶², incluindo qualquer conjunto de instruções (softwares) destinados a operacionalização de computadores ou dispositivos análogos. De certo modo, o que se espera com tal previsão é garantir o controle sobre a base tecnológica que instrumentaliza as atividades administrativas, bem como “evitar que a Administração se torne obrigada a, posteriormente, ver-se constrangida a respeitar direitos de autoria ou privilégios de invenção, arcando com desembolso desnecessário”⁶³. Porém, a Administração Pública não pode se furtar ao reconhecimento do direito moral de paternidade, ou seja, a garantia de ter o nome vinculado à obra na qualidade de autor, coautor ou partícipe, observado o que dispõe o § 1º do art. 2º da Lei 9.609/1998 em relação aos programas de computador.

Ao cotejar o dispositivo em comento com o que dispõe a legislação específica da matéria, observa-se que, excepcionada a situação da obra realizada sob encomenda por autor singular para a qual não há previsão expressa na lei autoral, em diversas situações a titularidade por parte do contratante é reconhecida. Tal previsão encontra lugar: a) na realização de obra coletiva, em que opera-se a contratação de diversos partícipes para consecução coordenada e conjunta de uma criação autônoma⁶⁴; b) na contratação para pesquisa e desenvolvimento destinada a obtenção de (ou da qual resulte) programa de computador⁶⁵; c) na contratação de pesquisa e desenvolvimento cujo resultado possa caracterizar uma invenção, modelo de utilidade⁶⁶ ou desenho industrial.

Contudo, é preciso ponderar que a questão da titularidade dos direitos de propriedade intelectual, por parte da Administração Pública, deve ser conduzida de modo a evitar que se torne um fator de desestímulo à participação da iniciativa privada, tendo em vista peculiaridades de ordem técnica e econômica relacionadas ao segmento de Tecnologias da Informação. Justen Filho⁶⁷ observa que:

⁶¹ “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.”

⁶² “A especialização significa a capacitação para o exercício de uma atividade com habilidades que não estão disponíveis para qualquer profissional. A especialização identifica uma capacitação maior do que a usual e comum e é produzida pelo domínio de uma área restrita, com habilidades que ultrapassa um conhecimento da média dos profissionais necessários ao desenvolvimento da atividade em questão. O especialista é aquele prestador de serviço técnico profissional que dispõem de uma capacitação diferenciada, permitindo-lhe solucionar problemas e dificuldades complexas.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 283.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 1439.

⁶⁴ Art. 17, § 2º da Lei nº 9.610/1998.

⁶⁵ Art. 4º da Lei nº 9.609/1998.

⁶⁶ Art. 88 da Lei nº 9.279/1996.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 1439.

[...] a exigência de transferência dos direitos patrimoniais poderia acarretar a inviabilidade do negócio. Basta imaginar um exemplo, relacionado com a aquisição do direito de utilização de programa de computador. É evidente que nenhuma empresa transnacional nessa área se disporá à Administração Pública brasileira os direitos de utilização exclusiva de programas.

Considerando estes fatores, evidencia-se a importância do fomento à inovação a partir de condições jurídicas que possam atender aos interesses da Administração Pública e, ao mesmo tempo, possibilitem o desenvolvimento econômico do setor. Na aquisição de bens e serviços, o poder público certamente tem o compromisso de orientar-se diretamente ao atendimento das demandas que justificam a realização do certame e respectivo contrato. Porém, é preciso observar que a contratação para o desenvolvimento de Tecnologias da Informação por parte do Estado tem a capacidade de impactar reflexamente em diversos vetores econômicos relacionados às TICs.

Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados que envolvam Tecnologia da Informação, a titularidade de direitos intelectuais por parte da Administração Pública deve oportunizar o incremento das relações entre governo, instituições de pesquisa e mercado.

É necessário que o desenvolvimento tecnológico e a inovação sejam promovidos de forma dinâmica e colaborativa, sob pena das soluções tecnológicas contratadas e titularizadas pela Administração não acompanharem a evolução do estado da técnica. Cumpre considerar que o texto da nova lei de licitações apresenta mecanismos jurídicos que podem contribuir para tanto. O art. 78, inciso III e o art. 81 dispõem sobre o *procedimento de manifestação de interesse*, instrumento simplificado de chamamento público e ferramenta eficaz de busca por soluções tecnológicas e inovadoras para a Administração.

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

[...]

III - procedimento de manifestação de interesse;

[...]

Art. 81. 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.

Este mecanismo, previsto como procedimento auxiliar, apresenta efetiva resolubilidade vez que confere ao particular, sem ônus para a Administração, a possibilidade de propor soluções, sejam elas de tecnologia, engenharia ou de qualquer outra área do conhecimento, não comprometendo o curso ordinário das atividades do Estado.

O chamamento público que integra o procedimento de manifestação de interesse pode, inclusive, ser restringido à participação de *startups*, conforme disposto no § 4º do art. 81:

Art. 81. [...]

§ 4º O procedimento previsto no *caput* deste artigo poderá ser restrito a *startups*, assim considerados 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.

A abertura que se propõe através do procedimento de manifestação de interesse vai ao encontro de uma Administração Pública mais flexível, ágil, moderna, eficaz e próxima da promoção de serviços de excelência. Soma-se a este aspecto a possibilidade de maior participação da Administração no fomento de empreendimentos nascentes e promissores no campo das TICs.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A informatização da Administração Pública já é uma realidade. Contudo, se o incremento tecnológico em curso efetivamente contribui para conduzir a governabilidade e a prestação de serviços públicos à níveis de excelência, isto ainda é uma expectativa.

É preciso considerar que a tecnologia tende a prover soluções para certos aspectos da vida, ao mesmo tempo que torna a realidade social ainda mais complexa. Nos influxos desse paradoxo, questões desdobram-se a partir de fatores culturais e econômicos que desafiam a ordem jurídica nacional a rever seus modelos de regulação e controle.

A nova lei de licitações é fruto de uma trajetória repleta de percalços e contingências, mas orientada a emancipar a gestão pública de uma tradição excessivamente burocrática, incompatível com a realidade contemporânea.

Na perspectiva de possibilitar relações horizontais e flexíveis entre o Estado e a iniciativa privada, a inovação no setor público certamente encontra muitos desafios, especialmente diante do cenário socioeconômico ainda muito frágil.

O fomento ao desenvolvimento e emancipação tecnológica integra as principais agendas nacionais, dentre elas a Estratégia de Governo Digital⁶⁸, a Política Nacional de Modernização do Estado⁶⁹, a Política Nacional de Inovação⁷⁰ e a Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual⁷¹. Neste cenário, é fundamental que o governo atue estrategicamente, a partir de suas diversas frentes – o que inclui as demandas por serviços e plataformas de TIC.

Isto posto, evidencia-se que a titularidade de direitos de propriedade intelectual por parte da Administração Pública não pode ser reduzida a um mecanismo de garantias de interesse patrimonial do Estado. A função social da propriedade preconizada constitucionalmente⁷², e que, por certo, incide também sobre as criações intelectuais, demanda adequada e ativa gestão por parte de seus titulares, o que diz respeito também ao poder público no âmbito das licitações e contratos administrativos.

⁶⁸ BRASIL. **Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020**. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm Acesso em: 14 abr. 2021.

⁶⁹ BRASIL. **Decreto nº 10.609, de 26 de janeiro de 2021**. Institui a Política Nacional de Modernização do Estado e o Fórum Nacional de Modernização do Estado. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.609-de-26-de-janeiro-de-2021-300775408> Acesso em: 13 abr. 2021.

⁷⁰ BRASIL. **Decreto nº 10.534, de 28 de outubro de 2020**. Institui a Política Nacional de Inovação e dispõe sobre a sua governança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10534.htm Acesso em: 14 abr. 2021.

⁷¹ BRASIL. Ministério da Economia. Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI). **Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual**. Brasília: Secretaria Executiva do GIPI, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias/cerimonia-marca-50-anos-do-inpi-e-lancamento-da-estrategia-nacional-de-propriedade-intelectual/EstrategiaNacionaldePropriedadeIntelectual.pdf> Acesso em: 23 maio 2021.

⁷² Art. 5º, inciso XXIII da CF/88: “a propriedade atenderá a sua função social”

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.534, de 28 de outubro de 2020. Institui a Política Nacional de Inovação e dispõe sobre a sua governança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10534.htm Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.609, de 26 de janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Modernização do Estado e o Fórum Nacional de Modernização do Estado. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.609-de-26-de-janeiro-de-2021-300775408> Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 2.553, de 16 de abril de 1998. Regulamenta os arts. 75 e 88 a 93 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2553.htm Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4536-1922.htm Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.936, de 19 de dezembro de 2016. Institui a Plataforma de Cidadania Digital e dispõe sobre a oferta dos serviços públicos digitais, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8936.htm Acesso em: 14 abr. 2021

BRASIL. Decreto nº 9.756, de 11 de abril de 2019. Institui o portal único “gov.br” e dispõe sobre as regras de unificação dos canais digitais do Governo federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9756.htm Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm

Acesso em: 20 maio 2021

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm Acesso em: 19 abr. 2021

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/L10.973compilado.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112462.htm Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 1 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8248compilado.htm Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 17 abr. 2021

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm Acesso em: 19 maio. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000. Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/2026.htm Acesso em: 19 maio. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI). Estratégia Nacional de Propriedade Intelectual. Brasília: Secretaria Executiva do GIPI, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias/cerimonia-marca-50-anos-do-inpi-e-lancamento-da-estrategia-nacional-de-propriedade-intelectual/EstratgiaNacionaldePropriedadeIntelectual.pdf> Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Ministro de Estado das Comunicações; Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995. Disponível em: https://www.cgi.br/portarias/numero/Portaria_147.pdf Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Audiência Pública sobre Governo Digital. 14 abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=20367> Acesso em: 14 abr. 2021.

CIGA. Consórcio de Informática na Gestão Pública Municipal. Quem somos. Disponível em <https://ciga.sc.gov.br/quem-somos/> Acesso em: 18 maio 2021.

CIGA. Fórum vai reunir empresas, universidades e órgãos públicos para debater iniciativas de cidades inteligentes. 2021. Disponível em: <https://ciga.sc.gov.br/forum-vai-reunir-empresas-universidades-e-orgaos-publicos-para-debater-iniciativas-de-cidades-inteligentes/> Acesso em: 18 maio 2021.

COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ETZKOWITZ, Henry. Triple Helix: university-industry-government, innovation in action. New York: Routledge, 2008.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. Metodologia científica na pesquisa jurídica. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Modalidades de Licitação e Procedimentos Auxiliares. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.) Nova lei de licitações e contratos administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

LANIER, Jaron. Bem-vindo ao futuro: uma visão humanista sobre o avanço da tecnologia. São Paulo: Saraiva, 2012.

MCLUHAN, Marshall. *Understanding media: the extensions of man*. Berkeley: Gingko Press, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Lua Nova, São Paulo, n. 45, 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000300004> Acesso em: 18 abr. 2021.

REIS, Rodrigo Oliveira. *Propriedade intelectual na administração pública e controle externo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. [E-book]

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOUZA, Celina. *Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas*. *Revista de Administração Pública*, v. 51, n. 1, p. 27-45, jan./fev. 2017, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612150933> Acesso em: 13 maio 2021.

STALLMAN, Richard. *Mantenha o controle de sua computação, senão ela vai controlar você!* Gnu.org, 2021. Disponível em: <https://www.gnu.org/philosophy/keep-control-of-your-computing.pt-br.html> Acesso em: 16 maio 2021.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/handle/1/434> Acesso em: 14 abr. 2021.

WIENER, Norbert. *Cibernética: ou controle e comunicação no animal e na máquina*. Trad. Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2017.