

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CLÁUDIO EDUARDO REGIS DE FIGUEIREDO E SILVA

**PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PROGRAMA DE
COMPUTADOR DESENVOLVIDO PARA UTILIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ESTUDO DE CASO**

Florianópolis

2013.

CLÁUDIO EDUARDO REGIS DE FIGUEIREDO E SILVA

**PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PROGRAMA DE
COMPUTADOR DESENVOLVIDO PARA UTILIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ESTUDO DE CASO**

Tese submetida ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel

Florianópolis

2013.

Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva
PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PROGRAMA DE COMPUTADOR
DESENVOLVIDO PARA UTILIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: ESTUDO DE CASO

Esta tese foi julgada apta para obtenção do Título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-graduação em Direito.
Florianópolis, 4 de outubro de 2013.

Prof., Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof., Dr. Luiz Otávio Pimentel
Orientador (UFSC)

Prof., Dr. André Ricardo Cruz Fontes
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Prof., Dr. Pedro Manoel Abreu
Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Prof., Dr. José Isaac Pilati
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa., Dra. Leslie de Oliveira Bocchino
Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR)

Prof., Dr. Arno Dal Ri Júnior
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Oscar Sérgio de Figueiredo e Silva e Clarmi Regis, pelo exemplo de amor, dedicação e trabalho.

A minha esposa, Luciana França Alborghetti e Silva, pelo apoio incondicional desde muito antes do início deste projeto.

A meus filhos, Julia, Vicente e João Pedro Alborghetti de Figueiredo e Silva, maiores alegrias da minha vida, desculpando-me por todo o tempo que passei longe de vocês.

Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que financiou meus estudos e permitiu essa oportunidade ímpar de aperfeiçoamento, nas pessoas de seus presidentes Des. José Trindade dos Santos e Des. Cláudio Barreto Dutra, e dos diretores da Academia Judicial, Des. Jaime Ramos e Des. Pedro Manoel Abreu.

Ao meu grande amigo e orientador, Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel, que literalmente me guiou na realização deste trabalho, mostrando que o conhecimento não tem fronteiras.

Aos membros das bancas de qualificação e defesa da tese, Des. André Fontes, Dr. André Lupi, Dr. Pedro Manoel Abreu, Dr. José Isaac Pilati, Dra. Leslie de Oliveira Bocchino, Dr. Alexandre Moraes da Rosa, Dr. Luiz Cancellier de Olivo, Dr. Arno Dal Ri Júnior, Dra. Patricia de Oliveira Areas e Dr. Orides Mezzaroba, pela paciência na leitura deste trabalho e pelas importantes dicas e contribuições.

Aos professores Dr. Diego Arroyo, Dr. Christophe Jamin, Dr. Mikhaïl Xifaras, Dr. Michel Vivant, Dra. Jodie Cohen-Tanugi, Dr. Anselm Kamperman Sanders, Dr. Christopher Heat, Dr. Gonçalo

Cabral, Dr. José Luiz Sales Marques, Dr. Shalyndiebo Shabalala, Dra. Toni Fine, Dr. Tadas Klimas, Dr. Sérgio U. Cademartori, Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Dra. Dilsa Mondardo, Dr. Volnei Ivo Carlin, Dr. Mário Lange de S. Thiago e Dr. Marcos Wachowicz, que tanto me auxiliaram mostrando o caminho para a construção desta tese.

Aos meus colegas de trabalho e de estudos Vilmar Cardozo, Cíntia Gonçalves Costi, Vania Petermann, Luiz Carlos Silva, Helio David Figueira dos Santos, Luiz Henrique Portelina, Andréa Cristina Rodrigues Studer, Ana Cristina Borba Alves, Paulo Roberto Froes Toniazzo, Vitoraldo Bridi, Volnei Tomazini, Julio Cesar Marcellino Jr., Antonio Marcos Gavazzoni, José Sérgio da Silva Cristóvam, Reginaldo Pereira, Airton Ruschel, João Alfredo Ziegler Filho, Silvana Browsers, Heloísa Medeiros, Rejane Mengue, Dina Waked, Adaltina Medina e Tarcila Reis, que me socorreram tantas vezes na hora da dificuldade, possibilitando a realização deste trabalho.

Às minhas equipes na 2ª Vara Cível do Foro Distrital do Continente, no Foro Distrital do Norte da Ilha, na Vara de Direito Bancário da Comarca da Capital, na Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, da Associação dos Magistrados Catarinenses e na 101ª Zona Eleitoral de Florianópolis, que acompanharam de perto a construção desta tese, dando-me o suporte necessário para que eu a concluísse.

Se eu escrevesse mil vezes esta tese, não encontraria espaço suficiente para agradecer a todos vocês.

“Pourquoi impossibles ces choses puisque je les rêve?”

Debureau, dans *Les enfants du paradis*, de Marcel Carné

RESUMO

O conceito de propriedade tem-se modificado ao longo dos tempos, de acordo com a concepção em vigor na sociedade a que se dirige. A inovação tecnológica promovida pela revolução informacional vem a gerar transformações na noção de riqueza e no próprio conceito de propriedade. Hoje, as maiores riquezas são bens imateriais e não mais bens materiais. Dessa forma, é preciso que os conceitos jurídicos progridam na mesma direção já apontada há tempos pela economia. Além disso, a gestão da Administração Pública também procura dinamizar-se para dar conta das demandas sociais. A prestação da Justiça, cada vez mais cobrada com o amadurecimento da democracia e a consolidação dos direitos a partir do final do século XX, não se furta a esse movimento. Novas medidas são tomadas para modernizar o Poder Judiciário, e a informatização adquire papel de destaque por imprimir maior agilidade ao serviço, ao viabilizar a gestão do fluxo de processos, com a ampla coleta de dados, e possibilitar a realização de planejamento, com a avaliação dos resultados. Para isso, são necessários programas de computador cada vez mais sofisticados e customizados que atendam às finalidades da Justiça. O desenvolvimento de tais programas alcança ocorrer dentro da própria administração ou envolve terceiros, através de contratos celebrados com a administração pública. Esses contratos podem abranger a aplicação de novas ferramentas e a participação de novos atores, como governo, universidades, empreendedores e pesquisadores. Na França, a criação da Agência do Patrimônio Imaterial do Estado (APIE) mostra ser exequível cuidar-se

dos ativos intangíveis da administração pública. No Brasil, é preciso viabilizar o aproveitamento econômico desses bens dominicais imateriais. Para que tal aconteça, necessita-se de uma regulamentação que ofereça estabilidade e segurança para que o poder público e a iniciativa privada possam unir seus esforços na promoção do desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Programas de Computador. Administração Pública. Poder Judiciário. Gestão. Eficiência.

ABSTRACT

The concept of property has changed over time, according to the existing vision in the society to which it is addressed. The technological innovation promoted by the information revolution causes changes to the notion of wealth and the very concept of property. Today, the greatest assets are intangible property and no longer material goods. Thus, it is necessary that the legal concepts progress towards the same direction already indicated for quite some time by the economy. Furthermore, the management of public administration also seeks to become more dynamic to meet social demands. The provision of justice, demanded ever more with the maturing of democracy and the consolidation of rights from the end of the 20th century on, does not shy away from this movement. New measures are taken to modernize the Judiciary, with computerization taking a prominent role for speeding up the service, by facilitating case flow management, with extensive data collection, and enabling the achievement of planning with the evaluation of results. To achieve this, increasingly sophisticated and customized software are required to serve the purposes of justice. The development of such programs occurs within the administration itself or involves third parties through contracts entered into with the public administration. These contracts may include the application of new tools and the participation of new actors, such as the government, universities, entrepreneurs and researchers. In France, the creation of the Intangible Heritage of the State Agency (APIE) demonstrates that taking care of intangible assets of the public administration is feasible. In Brazil, it is

necessary to enable the economic benefits of these proprietary intangible assets. For this to happen, a legislation that offers stability and security is pending, so that the public and private sectors may unite their efforts in promoting national development.

Keywords: Intellectual Property. Software. Public Administration. Judiciary. Management. Efficiency.

RÉSUMÉ

Le concept de la propriété a évolué au cours des ans, en fonction de sa conception en vigueur dans les diverses sociétés. Les innovations technologiques apparues lors de la révolution de l'information génèrent l'évolution de la notion de richesse et du propre concept de propriété. Aujourd'hui, les plus grandes richesses sont des biens immatériels et non plus des biens matériels. Ainsi, il est nécessaire que les concepts juridiques évoluent parallèlement aux économiques. De plus, la gestion de l'Administration Publique cherche également à se dynamiser, du fait des revendications sociales croissantes. L'action de la Justice, de plus en plus observée par la société en raison de l'épanouissement de la démocratie et de la consolidation des droits à partir de la fin du XXe siècle, n'échappe pas à ce mouvement. De nouvelles mesures sont prises afin de moderniser le Pouvoir Judiciaire, particulièrement en l'informatisant dans le but de lui donner une plus grande flexibilité, en rendant possible une meilleure gestion du flux des procès, une plus grande collecte de données, et rendre possible une véritable planification et l'évaluation des résultats correspondante. Pour répondre aux attentes de la Justice, des logiciels toujours plus sophistiqués et personnalisés sont nécessaires. Le développement de ces outils a lieu dans la propre administration ou alors implique des tiers, par l'intermédiaire de contrats signés avec l'administration publique. Ces accords peuvent comprendre la mise en place de nouveaux outils et la participation de nouveaux acteurs, comme le gouvernement, les universités, les entrepreneurs et les chercheurs. En France, la création de l'Agence du Patrimoine Immatériel

de l'État (APIE) montre qu'il est impératif de préserver les actifs intangibles de l'administration publique. Au Brésil, l'utilisation économique de ces biens immatériels doit être viabilisée. Pour que cela soit possible, une réglementation offrant stabilité et sécurité doit être mise en place afin que les pouvoirs publics et le secteur privé puissent unir leurs efforts dans un même objectif de développement national.

Mots-clés: Propriété Intellectuelle. Logiciels. Administration Publique. Pouvoir Judiciaire. Gestion. Efficacité.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
APIE	Agência do Patrimônio Imaterial do Estado
APIE	<i>Agence du Patrimoine Immatériel de l'État</i>
AJUFE	Associação dos Juizes Federais do Brasil
AR	Aviso de Recebimento
CF	Constituição Federal
CEV	Coletor Eletrônico de Voto
CIDASC	Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina
CGInfo	Conselho Gestor de Tecnologia da Informação
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
DJESC	Diário da Justiça eletrônico de Santa Catarina
EC	Emenda Constitucional
e-CNJ	Processo Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça
EMBRAPA	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
EPAGRI	Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina
e-Proc	Processo eletrônico
ERPs	<i>Enterprise Resource Planning</i>
USPTO	Escritório de Patentes dos Estados Unidos
ICTs	Instituições Científicas e Tecnológicas
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial

JT	Justiça do Trabalho
MP	Medida Provisória
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMC	Organização Mundial do Comércio
PAC	Plano de Aceleração do Crescimento
PwC	<i>PricewaterhouseCoopers</i>
PJe	Processo Judicial Eletrônico
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
Projudi	Processo Judicial Digital
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
SEI	Secretaria Especial de Informática
SERPRO	Serviço Federal de Processamento de Dados
SAJ	Sistema de Automação do Judiciário
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TKDL	<i>Traditional Knowledge Digital Library</i>
TRIPS	<i>Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
UPOV	<i>Union Internationale pour la Protection des Obtentions Vegetales</i>
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
UNIVILLE	Universidade da Região de Joinville
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UNIRIO	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
UTFPR	Universidade Tecnológica Federal do Paraná

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	21
CAPÍTULO I: PROTEÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR NO DIREITO BRASILEIRO	31
1.1 PROPRIEDADE, UM CONCEITO EM MUTAÇÃO.....	32
1.2 PROPRIEDADE E DIREITO POSITIVO.....	35
1.3 BENS CORPÓREOS E INCORPÓREOS.....	41
1.4 PROPRIEDADE INTELECTUAL	44
1.5 PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DIREITO BRASILEIRO	56
1.6 PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR.....	66
1.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES	100
CAPÍTULO II: GESTÃO PÚBLICA E INFORMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA	104
2.1 A ADMINISTRAÇÃO EM TRANSFORMAÇÃO	105
2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA	108
2.3 GESTÃO PÚBLICA E NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	116
2.3.1 Reforma Administrativa: a EC 19/98 e o Princípio da Eficiência.....	121
2.4 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A GESTÃO DOS TRIBUNAIS.....	129
2.5 INFORMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA E PROCESSO ELETRÔNICO	157

2.6 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	177
CAPÍTULO III: PROPRIEDADE INTELECTUAL NO SETOR PÚBLICO.....	181
3.1 MUDANÇAS TAMBÉM NO PATRIMÔNIO PÚBLICO	182
3.2 CLASSIFICAÇÕES PARA OS BENS PÚBLICOS.....	187
3.3 O PATRIMÔNIO PÚBLICO INTANGÍVEL	206
3.3.1 A Agência do Patrimônio Imaterial do Estado (APIE).....	213
3.3.2 A gestão de programas de computador e bancos de dados da administração.....	222
3.3.3 Patente sobre a Urna Eletrônica.....	231
3.3.4 A ADIn 3059 e a questão do <i>software</i> livre na administração pública.....	244
3.3.5 Documentos Oficiais e Domínio Público.....	251
3.3.6 Lei de Inovação e a Pesquisa Acadêmica.....	255
3.4. CONCLUSÕES FINAIS.....	263
CONCLUSÃO.....	266
REFERÊNCIAS	279
ANEXO I - Quadro comparativo entre as legislações brasileira e francesa.....	308
ANEXO II - Proposta de alteração ao art. 111 da Lei 8.666/93....	325

INTRODUÇÃO

O trabalho que aqui se apresenta é um estudo feito sob as premissas da Propriedade Intelectual como fator de desenvolvimento e da valorização da atividade criativa, na iniciativa privada e também dentro do setor público, com o objetivo de obtenção do grau de doutoramento junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Sua realização se fez com financiamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) através do seu Centro de Estudos Jurídicos – Academia Judicial.

O problema da titularidade do programa de computador desenvolvido para utilização na administração pública, mais especificamente no Poder Judiciário, implica numa interdisciplinaridade típica do estudo da Propriedade Intelectual. Por isso, o estudo envolve disciplinas diversificadas, como Direito e Economia, e trata de temas diferenciados, como sociedade, ciência e tecnologia. No campo do Direito, foi mandatório o cruzamento de disciplinas como Direito Civil – por cuidar das questões relativas à propriedade – e Direito Administrativo – dedicado às questões de Estado e às relações deste com a sociedade. Com isso, foi trabalhada como hipótese principal a necessidade da administração pública cuidar melhor de seu patrimônio intangível.

Ainda que o estatuto jurídico do *software* e a disciplina da proteção jurídica dos programas de computador sejam relativamente recentes, a maior parte das informações técnicas e jurídicas aqui constantes é bastante conhecida e fartamente registrada por autores

consagrados, tanto na área da Propriedade Intelectual quanto no que diz respeito ao setor público e sua organização. O que muda é a forma de abordagem e de interpretação, que pode vir a servir como novidade ou até como efetiva contribuição para o serviço público, na medida em que se alerte para a necessidade de promoção de políticas de valorização das criações oriundas da administração pública.

Cumprе registrar que a aprovação deste trabalho não implica concordância da banca com o seu conteúdo, que expressa a visão do autor e não a dos membros da banca, tampouco a opinião do Poder Judiciário de Santa Catarina.

Trata-se, por evidente, de uma visão parcial, limitada ao tempo da realização da tese, que se iniciou no segundo semestre de 2009 e desenvolveu durante o ano de 2010, com as disciplinas cursadas junto ao PPGD/UFSC; prosseguiu em 2011, com o estágio de pesquisa junto à *École de Droit* da Universidade *Sciences Po*, de Paris, onde foi realizado levantamento de material através de contato com a *Agence du Patrimoine Immatériel de l'État* (APIE) no Ministério da Economia e do Orçamento, em Bercy.

A escolha da França como fonte de pesquisa e parâmetro comparativo se deu por vários motivos. Primeiramente, por se tratar de um país com forte tradição jurídica na área do Direito Civil. Registre-se que, para fazer o Código Civil de 1916, a legislação civil brasileira buscou inspiração no Código Napoleônico de 1804.

O mesmo se verifica com relação à Propriedade Intelectual, fortemente protegida naquele país desde a monarquia, e regulamentada logo após a proclamação da primeira república, que reconheceu por lei a

propriedade literária em 1791 e a artística em 1793 (VIVANT; BRUGUIÈRE, 2009, p. 30; HAMMES, 2002, p. 22).

Considerada como precursora da política unionista, a França é signatária das convenções de Paris (1883), sobre direitos industriais, e de Berna (1886), sobre direitos autorais, que assentaram os princípios básicos da matéria, e exerceram influência no direito interno de todos os países do mundo (BITTAR, 2008, p. 3). Além disso, com a adoção, pelos revolucionários de 1789, do princípio da separação dos poderes preconizada por Montesquieu em *O Espírito das Leis* (1748), deu-se grande impulso ao surgimento do Direito Administrativo, podendo-se afirmar que teve na França seu surgimento como disciplina e que ali se estabeleceram seus princípios informativos a partir do trabalho do Conselho de Estado (CARLIN, 2007, p. 33; CRETELLA JR., 1998, p. 29). São esses princípios – que se espalharam, de início, pelos demais países europeus e, posteriormente, pelo resto do mundo – que hoje norteiam o que se conhece como Direito Administrativo (MELLO, 2006, p. 38; DI PIETRO, 2007, p. 5).

Apesar de não possuir estrutura federativa, a França, da mesma forma que o Brasil, tem sua administração pública vinculada ao princípio da legalidade e é signatária dos mesmos tratados e convenções relativamente à Propriedade Intelectual. Os dois países dispõem de maneira muito semelhante em sua legislação sobre as duas matérias. Sem tirar da memória a forma federativa adotada no Brasil, é importante destacar as vantagens, constatadas durante a pesquisa, do modelo centralizado francês, que se reflete na facilidade de padronização das linguagens de computador, ou mesmo na coordenação das políticas públicas em todos os níveis da administração.

Por outro lado, é inegável a enorme dificuldade que envolve a implantação de novas diretrizes e políticas públicas em um país continental como o Brasil, onde os entes federados gozam de autonomia política e administrativa.

Importante destacar ainda a contribuição de Jacqueline Morand-Deviller e seu *Cours de Droit Administratif des Biens*, citado por todos os autores atuais que se dedicam ao tema e o único a fazer menção expressa ao cuidado com o patrimônio público intangível.

Na literatura jurídica nacional, destacam-se os trabalhos sistematizadores de Themistocles Brandão Cavalcanti e José Cretella Júnior, tidos como os mais completos estudos acerca do tema, e o recente, mas não menos importante trabalho do professor Floriano de Azevedo Marques Neto, que se encarregou de atualizar os clássicos, e a quem se filia o autor desta tese por apontar a solução para o problema: **a necessidade de tratamento econômico adequado ao patrimônio público.**

Além da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foram consultadas fontes primárias, como leis e relatórios dos governos francês e brasileiro e de entidades civis, e também entrevistas, com a Dra. Jodie Cohen-Tanugi, da *Agence du Patrimoine Immatériel de l'État* – APIE, e com o Dr. Emmanuel Binoche, primeiro vice-presidente do *Tribunal de Grand Instance de Paris*, responsável pela Informatização e Novas Tecnologias.

Todas as traduções foram feitas pelo autor deste estudo, com a preocupação de não utilizar idioma estrangeiro no corpo do texto para não tirar-lhe a fluidez. A forma original foi citada em rodapé, apenas quando considerado necessário para a compreensão do texto. A

ortografia das citações foi atualizada conforme o novo acordo ortográfico.

Os conceitos essenciais para o trabalho, como propriedade, bens imateriais, Propriedade Intelectual, Propriedade Industrial, Direito Autoral, cultivares, topografia de circuito integrado, programa de computador, *software*, *hardware*, código fonte, código objeto, base de dados, processo eletrônico, e outros tantos que se façam necessários, serão apresentados à medida que o texto for avançando.

Cumprе salientar que esta é apenas uma das diversas visões possíveis sobre o problema, que não é recente e está longe de uma resposta definitiva, uma vez que todo o conteúdo estudado está em constante transformação: o direito de propriedade, a administração pública e o tratamento ao patrimônio intangível do Estado. Por isso, foi utilizado o método dedutivo, partindo da premissa maior para a menor: do estudo do direito de propriedade para a propriedade intelectual dos programas de computador; das mudanças promovidas pela implantação da nova administração pública para a informatização da Justiça; da possibilidade de gestão econômica do patrimônio público à necessidade de se valorizar o patrimônio imaterial do Estado.

Apesar de ser uma tese sobre Direito da Propriedade Intelectual, voltado para o Direito Administrativo, o fenômeno informático permeia todo o trabalho, e pode ser visto de duas formas indicadas por Rover (2001, p. 14): como objeto e como meio. Como objeto, é estudado como *Direito da Informática*, ou seja, como a regulamentação do uso dos computadores e de suas consequências, “atingido o chamado direito à privacidade, informação e liberdade, a tutela dos usuários e a proteção do *software*”. Na qualidade de meio, é reconhecido pelo termo

Informática Jurídica, assim entendido como “o emprego da metodologia e das técnicas de processamento de informações via computador na arte e na Ciência do Direito”.

Não se pretende abordar a juscibernética, em que o Direito é objeto de tratamento pela máquina informacional, nem estudar a informática em si, com os programas envolvidos nessa tarefa, ou a lógica de seu funcionamento (*ERPs, workflow, dashboards, business intelligence, etc.*), mas a proteção das criações intelectuais relativas a programas de computador na administração pública. Não se quer tampouco tomar qualquer posição ideológica acerca da propriedade ou do tamanho do Estado, ou ainda do papel da Justiça. Pretende-se apenas contribuir para seu bom funcionamento, essencial para toda a sociedade. Também não é uma tese acerca da forma de atuação do Judiciário. As referências à administração da Justiça se dão com o contexto de destacar a importância da informatização na sua gestão.

Assim, o trabalho se desenvolve nestes três eixos principais, que compõem os três capítulos: a proteção dos programas de computador pela propriedade intelectual, com a teoria base da proteção jurídica dos programas de computador; a informatização do Poder Judiciário brasileiro e consequente problema do uso de sofisticados programas na sua gestão; e a necessidade de proteção do patrimônio público intangível no Brasil. Cada capítulo está estruturado de maneira a traduzir de forma completa a ideia que pretende transmitir, ainda que os três sejam importantes e necessários para a compreensão da tese.

O primeiro capítulo pretende caracterizar bem o objeto da proteção jurídica, ainda que seja um conceito dinâmico e imprevisível o rumo que irá seguir, o que mostra a atualidade do tema. Inicia o

primeiro capítulo com um estudo da propriedade e sua definição como fruto do ordenamento jurídico que determina sua proteção pelo Estado. A seguir, é demonstrada a possibilidade de que os bens incorpóreos também sejam objeto de proteção pela ordem jurídica, seguindo-se de uma rápida introdução à Propriedade Intelectual e sua regulamentação na atual legislação brasileira. Dessa maneira, pretende-se enquadrar a proteção dos programas de computador dentro da Propriedade Intelectual, apresentando alguns conceitos e peculiaridades considerados mais importantes, tais como sua sujeição ao direito autoral no Brasil com as Leis 9.610 e 9.609/98, seguindo a recomendação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), e as principais formas de contratação em uso no direito brasileiro, mesmo a evitar-se (propositadamente) adentrar nessa parte do trabalho na polêmica envolvendo o código aberto e a questão do *software* livre.

No segundo capítulo, é tratada a gestão do Poder Judiciário, ou seja, sua função administrativa e não jurisdicional. Daí a importância de um estudo inicial da administração pública: a burocracia e a gestão pública, introduzida pela escola da nova administração pública. Essas transformações acabam por alcançar também o Poder Judiciário brasileiro, por força de seu papel de destaque implicando intenso crescimento de sua atuação nas últimas décadas. Fica em evidência o uso das novas tecnologias da informação na gestão da Justiça, para chegar ao processo eletrônico como ferramenta fundamental e à necessidade do uso e desenvolvimento dos programas de computador cada vez mais sofisticados e customizados. Procura-se demonstrar como a falta de uma gestão adequada, em especial no tocante à questão do *software*, gera desperdício e perda da análise da informação, tão

importantes para a avaliação e o planejamento, em suma, a busca de resultados e de uma Justiça mais célere.

No terceiro capítulo, é feito o enquadramento do *software* entre os bens públicos imateriais. Ressalta-se a necessidade de estudar a matéria dentro do contexto econômico e sob a ótica do investimento público – até mesmo para a pesquisa acadêmica.

Para trabalhar a hipótese visando um tratamento adequado ao patrimônio público intangível, é preciso adentrar no campo da dominialidade pública, tão pouco estudado pelos especialistas, merecendo no máximo um capítulo nos manuais de Direito Administrativo, apesar das inúmeras perspectivas e variados problemas que envolvem o patrimônio público, não só no campo do Direito, mas também no de tantas outras ciências.

A criação da Agência do Patrimônio Imaterial do Estado (APIE), da França, é apresentada como sendo uma maneira exitosa de se valorizar o patrimônio público constituído pelas criações, marcas, obras e patentes oriundas da administração pública. O exemplo francês é contraposto a algumas situações, escolhidas por amostragem, que demonstram os reflexos da falta de cuidado com o patrimônio público intangível nas três esferas do Estado brasileiro. Além da situação dos programas de computador utilizados pelo Poder Judiciário, são apresentados o caso da Urna Eletrônica, envolvendo o Tribunal Superior Eleitoral; a ADIn 3059, tratando de lei que impõe o uso de *software* livre pela administração pública do estado do Rio Grande do Sul; a reimpressão de material bibliográfico pelo Senado Federal; e a Lei de Inovação, tratando de pesquisa acadêmica.

O que liga todos esses casos entre si é a necessidade de se valorizar o patrimônio público intangível, pois quando isso não ocorre os conflitos precisam ser resolvidos caso a caso pela Justiça, gerando insegurança jurídica, desperdício do patrimônio público e inevitáveis prejuízos financeiros.

O paralelo com o caso francês pretende demonstrar que essa forma de tratamento com a coisa pública pode se dar de maneira totalmente diferente, colhendo inúmeros resultados em relativamente pouco tempo. Para ilustrar essa diferença, é apresentado o Anexo I, com um quadro comparativo entre as legislações brasileira e francesa acerca dos direitos de Propriedade Intelectual no setor público. O Anexo II traz uma proposta de alteração do art. 111 da Lei 8.666/1993 de modo a permitir um tratamento mais atual ao patrimônio público intangível, identificado com os encaminhamentos dados nesse trabalho.

Muitos outros exemplos poderiam ser explorados, como a cessão dos direitos imateriais relativos à Copa do Mundo e os direitos de transmissão do Carnaval, grandes eventos que fazem parte do calendário nacional; o uso do acervo da Biblioteca Nacional para fins públicos ou privados; ou ainda os direitos imateriais decorrentes do uso de teatros públicos, como a sala existente nessa própria Universidade Federal de Santa Catarina, mas deixaram de ser abordados por limitação de tempo e de espaço, e principalmente para não fugir do tema da tese. Fica aqui o registro de alguns temas a se aprofundar numa futura pesquisa:

- verificar a repercussão da adoção da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, regulada pela Medida Provisória (MP) n. 2200-2, de 24 de agosto de 2001, no campo da Propriedade Intelectual,

principalmente com a possibilidade da adoção de outras soluções, independentemente de previsão legal expressa, no § 2º do art. 10;

- investigar como se dá a gestão da informatização na Justiça norte-americana que, por sua forma federativa, aproxima-se do modelo brasileiro;

- investigar, na área econômica, as formas de avaliação do bem público imaterial, e também como se dá sua contabilização;

- aprofundar o estudo acerca dos bancos de dados da administração pública, sua valoração, a proteção da intimidade e de dados sensíveis, e a possibilidade de sua cessão gratuita ou onerosa.

Outros trabalhos obrigatoriamente ainda virão para tratar do patrimônio público intangível. É esse o desafio que se pretende lançar a quem inicia a presente leitura, principalmente no que diz respeito ao instigante campo da Propriedade Intelectual.

CAPÍTULO I: PROTEÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR NO DIREITO BRASILEIRO

A economia mudou. Nos últimos anos, um novo componente emergiu como o principal motor do crescimento das economias: o imaterial. Durante os primeiros trinta anos do pós-guerra, o sucesso econômico repousava essencialmente sobre a riqueza de matérias-primas, sobre as indústrias manufatureiras e sobre o volume de capital físico disponível para cada nação. Isso ainda é verdadeiro, naturalmente. Mas cada vez menos. Hoje, a verdadeira riqueza não é concreta, ela é abstrata. Ela não é mais material, ela é imaterial (LEVY; JOUYET, 2006, p. 1).

Inicia-se o estudo com uma breve apresentação do direito de propriedade, teoria de base deste trabalho, aqui visto como fruto do ordenamento jurídico que determina sua proteção pelo Estado. Ao lado de suas transformações recentes, admite-se que os chamados bens incorpóreos também sejam objeto de proteção pela ordem jurídica, da mesma forma que sua valorização econômica é constatada na empiria com a desmaterialização dos mercados, por força da chamada revolução digital impulsionada pelo fenômeno da internet. A seguir, é feita uma rápida introdução à Propriedade Intelectual, e sua regulamentação na atual legislação brasileira para chegar até a proteção dos programas de computador como objeto da Propriedade Intelectual, objeto do trabalho propriamente dito. Para isso, são apresentados conceitos e peculiaridades decorrentes da sua sujeição da proteção dos programas de

computador ao direito autoral no Brasil, em especial com as Leis 9.610 e 9.609/98, tais como as modalidades de contratação.

1.1 PROPRIEDADE, UM CONCEITO EM MUTAÇÃO

Num mundo em que o ritmo da economia é ditado pelo consumo e pelas inovações tecnológicas, torna-se imperiosa a necessidade de adequar a essas transformações o ordenamento jurídico existente – construído que foi sobre bases muito anteriores.

Para alcançar esse intento, impõe-se iniciar o presente estudo pela teoria geral dos bens, principalmente em razão da crescente valorização de formas especiais de propriedade imaterial como elemento de riqueza no mundo contemporâneo em detrimento das formas mais tradicionais de propriedade, e também do afastamento de seu caráter absoluto e ilimitado, diante das necessidades da vida em comum.

Não se pretende discutir aqui a origem histórica, antropológica ou moral da propriedade privada, o que já é feito com autoridade por diversos autores, clássicos ou atuais, e implicaria retroceder ao Feudalismo, à Antiguidade ou mesmo à Pré-história. Também não se quer estender essa abordagem num sentido filosófico, psicológico ou econômico das diversas práticas de apropriação, mas propriamente jurídico do conceito de propriedade, assim entendido de forma absoluta tanto na tradição românica como na dos países da *common law*: “o direito de propriedade é aquele pelo qual uma pessoa dispõe de uma coisa material de maneira absoluta” (XIFARAS, 2004, p. 8).

O fato é que o atual momento histórico é marcado por profundas transformações na noção de propriedade e mesmo do próprio

capitalismo – ao qual está intimamente ligada – que estão a demandar a atenção dos juristas e cientistas sociais. Marques Neto (2009, p. 388) fala em “desmaterialização da propriedade”, entendida como o deslocamento de importância dos bens materiais para os bens intangíveis”, passando estes últimos a gozar de maior valor que os primeiros.

Rifkin (2001, p.25) apresenta detalhes de como acontece essa desmaterialização da economia, quando ativos intangíveis passam a ter muito mais importância econômica do que o patrimônio de uma empresa e, no mercado, as relações de uso predominam sobre as de troca:

A economia física está encolhendo. Se a Era Industrial foi caracterizada pelo acúmulo de capital e de propriedade, a nova era valoriza as formas intangíveis de poder vinculadas a conjuntos de informações e ativos intelectuais. O fato é que os produtos tangíveis, que durante muito tempo foram uma medida da riqueza no mundo industrial, estão se desmaterializando.

Percebe-se, por outro lado, a chamada “*funcionalização da propriedade*”, manifestada na crescente atenção do Direito para com a finalidade a ser cumprida pelo emprego dos bens, públicos e privados, que tem como indicador mais patente a adstrição dos bens à função social” (MARQUES NETO, 2009, p. 389). Tal interpretação ganha força notadamente no Brasil a partir da consolidação da noção de função social da propriedade pela Constituição da República de 1988, que também estabeleceu o regime de diversas propriedades especiais constitucionais criadas “sob a égide jurídica do coletivo e a aura política da participação” (PILATI, 2011, p.15).

Com a entrada em vigor do Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, consolida-se essa visão funcional e econômica, secundada pela Lei n. 11.101/2005, que disciplinou a recuperação judicial e extrajudicial de empresas; a Lei n. 10.257/2002, chamada de Estatuto da Cidade; a Lei n. 9.610/1998, do Direito Autoral; a Lei n. 9.279/1996, da Propriedade Industrial, dentre tantas outras.

Há, ainda, quem prefira falar em “processo de patrimonialização da tecnologia”, como Barbosa (2005a, p. 8), ao se referir não só à atribuição de direitos ao titular da tecnologia, mas a sua valorização e transformação numa mercadoria altamente disputada, o que vem caracterizar outra face do mesmo fenômeno.

Na França, o relatório intitulado “A economia do imaterial – O crescimento de amanhã”, apresentado por Maurice Lévy e Jean-Pierre Jouyet ao Ministério da Economia e Finanças, em 16 de novembro de 2006, é esclarecedor sobre essa transformação. Extrai-se de sua apresentação:

A economia mudou. Nos últimos anos, um novo componente emergiu como o principal motor do crescimento das economias: o imaterial. Durante os primeiros trinta anos do pós-guerra, o sucesso econômico repousava essencialmente sobre a riqueza de matérias-primas, sobre as indústrias manufatureiras e sobre o volume de capital físico disponível para cada nação. Isso ainda é verdadeiro, naturalmente. Mas cada vez menos. Hoje, a verdadeira riqueza não é concreta, ela é abstrata. Ela não é mais material, ela é imaterial (LÉVY; JOUYET, 2006, p. 1, tradução nossa).

Comentando o mesmo relatório do Ministério da Economia francês, Vivant e Bruguière (2009, p. 4) reforçam que a Propriedade Intelectual passou a ocupar um lugar central na economia, em que as

ideias primam sobre as coisas, a ponto de se buscar sua proteção em virtude do benefício econômico que delas se pode tirar.

É dentro dessa nova perspectiva mundial de desmaterialização da propriedade, com valorização da inovação e das ideias, fenômeno há muito já constatado pela economia e pelo mercado, que se delineiam as bases teóricas que fundamentam a presente pesquisa.

Esse mergulho se faz acompanhar de um olhar esperançoso de que, dentro da sociedade organizada no modo de produção capitalista, essa forma de propriedade que se delineia no novo século sirva como instrumento de potencialização da riqueza, de modo a produzir desenvolvimento capaz de beneficiar toda a coletividade.

1.2 PROPRIEDADE E DIREITO POSITIVO

Xifaras (2004, p. 9) mostra como a noção de propriedade vem-se modificando com o passar dos anos e afirma que a desintegração da forma clássica de propriedade é fruto de sua própria história e do desenvolvimento do capitalismo moderno. Atualmente, o conceito de propriedade revela-se incapaz de dar conta dos principais objetos da economia contemporânea, desde as obrigações e os créditos decorrentes das ações que caracterizam a economia de mercado, até os bens imateriais, como marcas, obras e patentes.

Para Bevilacqua (1956, p. 96), a origem do fundamento da propriedade é o instinto de conservação do ser humano:

O movimento biopsíquico da apropriação tende a satisfazer as necessidades de momento; quando a inteligência intervém, orientada pelos fatos, com a idéia de previdência, o ato da apropriação adquire estabilidade, a princípio, naturalmente precária, mas, progressivamente, ganhando segurança e duração. Originou-se, então, na sociedade humana, o fenômeno econômico-jurídico da propriedade [...]

Ainda que o conceito de propriedade que chegou até os tempos atuais tenha sido herdado dos romanos, o caráter dogmático desse direito na forma como se cristalizou no século XIX (tanto nas ideologias que lhe são favoráveis ou mesmo nas contrárias – que, mesmo assim, nunca lograram sua completa abolição) –, veio da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que trata a propriedade como “Direito natural e imprescritível”, numa visão subjetiva defendida na época pelos revolucionários em oposição ao absolutismo do antigo regime, e que contrasta com a noção objetiva atualmente em voga, assentada na ideia “da qualidade que um bem tem de pertencer a uma pessoa” (BERGEL; BRUSCHI; CIMAMONTI, 2010, p. 61).

Essa visão de propriedade como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo aportou no Brasil com o Código Civil de 1916, com clara inspiração no Código Napoleônico, tornando-se um dos pilares do Direito pátrio, a “espinha dorsal do direito privado” (RODRIGUES, 2002, p. 76), visivelmente inserida na concepção naturalista, individualista e ilimitada, tão característica da ideologia burguesa vigente à época.

Mais que isso, Bergel, Bruschi e Cimamonti (2010, p. 71) chegam a apontar a propriedade como um dos fundamentos essenciais da organização social. Desde a propriedade imobiliária, precisamente

regulamentada, à propriedade de bens móveis, cuja circulação é favorecida pela simples transferência da posse, o art. 544 do Código Civil francês assegura da maneira mais absoluta ao proprietário o direito de gozar e dispor das coisas, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis ou por regulamento.

Para Xifaras (2004, p. 87), a propriedade se converte, nessa fase, em princípio da sociabilidade, vínculo social. Trata-se de um valor reconhecido por si mesmo pela ordem jurídica e transforma interesse individual em verdadeiro amor pela ordem jurídica, uma virtude política.

Essa visão progride para a noção de uso da propriedade como meio de maximização da riqueza, defendida pela análise econômica do Direito. Ainda que, num primeiro momento, passível de críticas, essa construção ideológica está fundamentada na maximização da riqueza como fonte das conquistas e sucessos da civilização ocidental. Como a experiência tem mostrado, esse sistema é bastante eficaz diante da escassez de recursos que cada vez mais se impõe aos homens (BERGEL; BRUSCHI; CIMAMONTI, 2010, p. 64).

De acordo com Posner (2007, p. 70-71), a eficiência econômica, consistente em contribuir para aumentar a riqueza produzida e acumulada pela coletividade, por si só justifica a existência da propriedade privada, como medida necessária, ainda que não suficiente, para o uso eficiente dos recursos. Tal direito deve vir acompanhado de todo um sistema que favoreça sua transferência e a circulação da riqueza. A propriedade passa então a desenvolver um papel secundário, ficando majoritariamente ligada a um conjunto de direitos que são atribuídos à coisa.

Ainda dentro da análise econômica, afirma-se que a propriedade pode servir como meio eficaz para a imposição da vontade estatal para a alocação de recursos, através de lei ou de decisão judicial, quando a solução contratual se mostrar inviável (RIBEIRO; AGUSTINHO, 2011, p. 55).

Dentro do espírito do novo século, as leis passam a ser produzidas com a participação dos interesses democráticos, econômicos e sociais envolvidos. Assim, o Código Civil brasileiro de 2002 nasce comprometido com a função econômica e social como forma de se compatibilizar com o interesse público e reprimir o abandono e o mau uso da propriedade, o que se vê, por exemplo, no art. 1228: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”.

Ao descrever a influência da visão política nessas transformações da propriedade, Coelho (2012, p. 71-72) relata que, enquanto a propriedade era vista como direito individualista, poucas eram suas limitações na ordem jurídica, principalmente ao tratar de questões de vizinhança. Já a concepção de propriedade subordinada à função social traz diversas outras limitações como a proteção ao patrimônio histórico e cultural, a organização do espaço urbano, a proteção ao meio ambiente, a segurança pública, a saúde e outros interesses coletivos ou difusos.

Para Ribeiro e Agustinho (2011, p. 44-45), o direito de propriedade não se opõe à ideia de promoção da dignidade da pessoa humana. Antes, dela serve como instrumental, ao participar da construção da organização social de base capitalista para além das formas tradicionais já consagradas. Isso se dá,

[...] sobretudo, pela aceleração dos investimentos em projetos relacionados aos bens incorpóreos e ao conhecimento e informação, a facilitação das formas de sua transmissão, a potencial ausência de limites para sua proliferação, compõe o cenário de uma sociedade que em poucos anos teve de se adaptar à massificação de quase todas as formas de produção e a uma oferta tecnológica florescente.

Silva (2008, p. 270) adverte para a necessária observância do princípio da função social da propriedade na interpretação da norma constitucional:

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda sua função social. Se diz: ‘é garantido o direito de propriedade’ (art. 5º, XXII), e ‘a propriedade atenderá a sua função social’ (art. 5º, XXIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda sua função social.

Assim, melhor dizer como Xifaras (2004, p. 19): que não há UM conceito de propriedade, mas diversos modos de conceituação possíveis, que acompanham a trajetória desse direito no decorrer da história da humanidade, quando cada um deles corresponde às configurações político-jurídicas e ideológicas de seu tempo.

Barbosa (2010, p. xlv) faz declaração semelhante no prefácio de seu trabalho *Uma introdução à Propriedade Intelectual*: “Uma, pois estou convicto de que muitos outros ângulos poderiam ser explorados como entrada ao campo da matéria”.

Detectada essa constante mutação de suas características, pode-se afirmar, com Pilati:

Não é sob a égide do perecimento do Estado e da abolição da propriedade privada, como preconizou Marx, sem conseguir desvencilhar-se das ciladas do próprio paradigma moderno; mas preservando livre iniciativa e autonomia da vontade, colocar o coletivo em tempo real, no mesmo canal e na mesma correnteza em que o sistema carrega o indivíduo e o Estado, sob a Modernidade do individualismo e da autocracia estatal. Consagrando o coletivo mediante nova teoria jurídica, sob o manto do constitucionalismo participativo e da função social; sob o Estado Democrático de Direito e suas instituições – no edifício, ora em construção, da Pós-Modernidade. (PILATI, 2011, p. 167-168)

Mesmo que não se disponha de fontes históricas anteriores à Antiguidade, há quem afirme que a apropriação da terra confunde-se com o início do seu cultivo pela agricultura e o abandono do nomadismo (POSNER, 2007, p. 69). A presença do direito à propriedade acompanha a normatização da vida pelo Estado desde os primeiros tempos. No clássico *Do espírito das leis*, Montesquieu (1779, p. 178-179) já sustentava ser a propriedade criação do Direito Positivo. Rodrigues (2002, p. 82) igualmente aponta como sua fonte o Direito Positivo: “O direito de propriedade se funda na lei que o consagra. O legislador, convencido da conveniência do direito de propriedade, o conserva”.

Superada a dificuldade relativa à conceituação do direito de propriedade, uma segunda indagação remete ao objeto da propriedade: o que é passível de apropriação perante o Direito?

Para Xifaras (2004, p. 19), é importante ser preciso nesse aspecto: falar nas coisas em geral pode vir a designar todas as coisas possíveis como apropriáveis. Assim, é fundamental tecer as distinções conceituais necessárias, tanto no que diz respeito às pessoas, sujeitos de

direito, como principalmente no tocante aos bens, objeto do direito de propriedade e desta pesquisa.

1.3 BENS CORPÓREOS E INCORPÓREOS

Na lição de Bevilacqua (1999, p. 64), “o objeto do direito é o bem ou vantagem sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica”. Assim, consideram-se objeto de direito os interesses juridicamente tutelados. A noção de bens, contudo, é mais restrita, conforme acrescenta:

Para o direito, o bem é uma utilidade, porém com extensão maior do que a utilidade econômica, porque a economia gira dentro de um círculo determinado por estes três pontos: o trabalho, a terra e o valor; ao passo que o direito tem por objeto interesses que se realizam dentro desse círculo, e interesses outros, tanto do indivíduo quanto da família e da sociedade. Assim, no direito, há bens econômicos e bens que o não são. Os bens econômicos formam o nosso patrimônio (BEVILAQUA, 1999, p. 214).

O Direito brasileiro classifica os diferentes tipos de bens no Livro II do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Se considerados em si mesmos, os bens podem ser corpóreos ou incorpóreos; imóveis ou móveis, incluindo como bens móveis as energias que tenham valor econômico (art. 83). Classificam-se, ainda, entre bens fungíveis, infungíveis e consumíveis (arts. 85 e 86), divisíveis ou indivisíveis (arts. 87 e 88), e singulares ou coletivos (arts. 89 e 90).

Considerados reciprocamente, os bens dividem-se entre principal e acessório, e a existência deste último pressupõe a existência do primeiro (art. 92). Finalmente, os bens podem ser públicos ou particulares (art. 98 e ss), e coisas que estão no comércio ou fora dele (BEVILAQUA, 1999, p. 221).

Admite-se a existência de bens imateriais ao lado dos bens corpóreos, não sem alguma dificuldade para sua adequação aos conceitos enraizados no Direito Positivo de origem romano-napoleônica. No início do século XX, Bevilaqua (1999, p. 223) já apontava para os problemas advindos da forma de classificação herdada dos romanos:

É certo que as ideias romanas não se mostram precisas nesta matéria; mas não deve ser isso motivo para que seja repelida a distinção, que está na essência das coisas, e, portanto, há de trazer esclarecimento à compreensão das relações de direito. É inútil dizer que os direitos são coisas incorpóreas, porque todos o são e porque a divisão, para ter interesse jurídico, há de ser feita, não tendo em vista os direitos, mas sim os objetos deles.

Ainda constatando a dificuldade na adequação da distinção civilista entre bens corpóreos e incorpóreos à realidade atual, Pereira (1998, p. 257) constrói a seguinte classificação, mais adequada aos tempos atuais:

Não obstante a lei ter deixado de destinar às *res corporales* e às *incorporales* preceitos específicos, é certo que a relação jurídica pode ter porobjeto uma coisa de existência material ou um bem de existência abstrata. Sobrevive, então, a classificação tradicional dos bens jurídicos em coisas corpóreas e coisas incorpóreas, muito embora o critério distintivo seja diverso do

romano. Não é a *tangibilidade*, em si, que oferece o elemento diferenciador, pois há coisas corpóreas naturalmente intangíveis, e há coisas incorpóreas que abrangem bens tangíveis, como é o caso da herança ou do fundo de comércio, considerados em seu conjunto como bens incorpóreos, apesar de se poderem integrar de coisas corpóreas, como nota Enneccerus.

Para o autor, essa classificação adquire relevância ainda maior quando permite que os bens incorpóreos sejam objeto de alienação através de cessão, como acontece não só com os direitos de crédito e com os direitos hereditários, mas também com toca *propriedade incorpórea*, como a *propriedade literária, científica e artística* do autor da obra, a *propriedade industrial* ao direito de explorar uma patente, uma marca comercial, ou um fundo de comércio consistente no direito de explorar os elementos corpóreos e incorpóreos ligados a um estabelecimento mercantil (PEREIRA, 1998, p. 258).

Em seu monumental Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda (2002, p. 41) já procurava abordar a questão da classificação dos bens incorpóreos entre os direitos reais de maneira racional. Há mais de um século, anteviu a importância de superar as antigas classificações do Direito Romano para dar tratamento jurídico e econômico adequados aos chamados bens imateriais:

Com a concepção da propriedade intelectual e da propriedade industrial, venceu-se o obstáculo de ordem conceptual-histórica à construção dos direitos que têm por objeto a criação literária, artística e científica e assinalações industriais ou inventos, como direitos reais. Os chamados bens imateriais passaram a ser suscetíveis de direitos dominicais e de outros direitos reais. Elaboraões de conceitos, de sentimentos e de vontade, de prevalecente valor intelectual ou prático, foram postas ao lado dos objetos triviais, como as

pedras, os metais e os seres vivos apropriáveis. Note-se que se saiu do espaço das três dimensões geográficas e, depois de se admitirem como coisas as energias utilizáveis, se reconheceu a objetividade jurídica a fatos das dimensões sociais, - da arte, da ciência e da economia. Não só o que tem valor resultante da composição da matéria, como as partes integrantes e os produtos do solo e os animais, ou as obras manuais e fabricadas, há de ser possível objeto de direito real. Também o que significa altura da psique humana, ou expediente para o tráfico das mercadorias.

Barbosa (2010, p. 49) distingue as criações dos bens intangíveis em geral e define como “bens imateriais os direitos do trabalho humano e da energia, etc.”. Especifica então os “bens intangíveis resultantes da criação intelectual” como as “criações do espírito humano, das obras artísticas, científicas, literárias, ou dos produtos da inventiva industrial”.

Como dito na apresentação, não se tem por objetivo discutir nesta tese a natureza jurídica da Propriedade Intelectual, e sim estudar algumas de suas aplicações práticas, principalmente no tocante à administração pública em geral e, em particular, o programa de computador utilizado pelo Poder Judiciário.

Dessa forma pode-se afirmar, desde logo e com toda segurança, que nada impede que os bens imateriais sejam objeto de relações jurídicas, da mesma maneira que os bens corpóreos, tanto por parte de particulares quanto pelo poder público, como se verá mais adiante.

1.4 PROPRIEDADE INTELECTUAL

Considere-se, pois, que, mais do que bens incorpóreos, os bens objeto de Propriedade Intelectual se distinguem dos demais por adquirirem existência como fruto da criatividade humana. Na lição de Ascensão (1980, p. 1), “a atividade intelectual do homem provoca o aparecimento de novos bens na sociedade”.

Hammes (2002, p. 36) também associa a riqueza advinda da atividade cultural à existência de proteção do Direito a esse tipo de bens:

A cultura é fator de progresso. Um povo culto progride sob todos os pontos de vista. O progresso econômico está na dependência direta da cultura. O direito de autor é fonte de riquezas econômicas. Há importantes setores econômicos que dependem dele.

Ainda que existam registros da atividade cultural por toda a história da humanidade, desde 15.000 ou 20.000 a.C., com as inscrições rupestres nas cavernas de Lascaux e Altamira (FRAGOSO, 2009, p. 22), a doutrina aponta a difusão dos meios mecânicos de reprodução na Europa como a principal causa da necessidade de uma proteção jurídica em particular para esse tipo de criação:

Durante muito tempo não se sentiu a necessidade de uma proteção particular da atividade criadora destes bens culturais. Enquanto destinada ao círculo dos presentes, a obra não reclamava um estatuto próprio. Se reproduzida num exemplar, a proteção da propriedade do exemplar surgia aos olhos de todos como suficiente para tutela dos interesses implicados. A situação altera-se com a descoberta de meios mecânicos que permitem a reprodução de uma obra num número ilimitado de exemplares. A obra vai ser objeto de uma atividade lucrativa, e é esta que determina o interesse do legislador (ASCENSÃO, 1980, p. 1).

Tratando do mesmo período histórico, Hammes (2002, p. 21) relata que “Lutero já se queixava da reprodução de sua Bíblia, e comparava os reimpressores aos salteadores e ladrões”.

Gandelman (2001, p. 31) também descreve a disseminação da imprensa na Europa como o marco de partida da era da comunicação, que se estende até os dias atuais. O fenômeno da internet – com a universalização do conhecimento humano – faz-se acompanhar da necessidade de proteção específica:

Junto com o patrimônio imaterial, a propriedade intelectual surge como forma de proteger as criações e manifestações da inteligência humana, em razão dos problemas surgidos a partir da era da comunicação de massa, inaugurada com a impressão gráfica por Gutemberg no Século XV.

Barbosa (2010, p. 63) complementa:

Em determinado momento da história econômica do Ocidente, o sistema de reprodução de obras literárias, que já incluía, além dos proverbiais monges, empresas de copistas profissionais, recebe uma fonte importante de competição, com a imprensa mecânica de Gutemberg. Também imediatamente, foi demandado e recebido um sistema de regulação da concorrência que justificasse o investimento industrial.

Com esse entendimento, o ano de 1469, em Veneza, é apontado como o marco inicial para os privilégios de impressão concedidos aos livreiros, os primeiros editores (GANDELMAN, 2001, p. 30; HAMMES, 2002, p. 20).

Fragoso (2009, p. 47) indica a comunhão de interesses entre editores, Estado e Igreja, ainda que com diferentes finalidades, como a causa para a criação dos privilégios em torno do direito de reprodução das obras literárias:

Rapidamente consolidou-se a exigência de concessão real, o privilégio, para a impressão de livros na Europa. Na França, o primeiro privilégio real data de 1507, concedido por Luís XII para a edição das epístolas de São Paulo, sendo de notar que em 1510 havia em Paris mais de cinquenta impressores ou livreiros. Na Espanha, data de 1502 a proibição real para impressão, divulgação e venda de livros, sem a necessária licença.

Também é de Veneza a 1ª Lei de Patentes, de 1474, seguida pelo *statute of monopolys* inglês de 1624. Tais legislações inauguraram a Propriedade Industrial. Estimularam a atividade inventiva ao conferir o registro por critérios objetivos e substituir os privilégios até então concedidos arbitrariamente pelo soberano ou pelas corporações de ofício, sob a forma de carta aberta ou *litterae patentes*. Para Hammes (2002, p. 25), essas leis “já apresentavam características essenciais e fundamentais da patente de hoje: só podiam ser concedidas para invenções novas que possibilitassem uma utilização industrial”.

Na Inglaterra, o *copyright act* ou Estatuto da Rainha Ana, de 10 de abril de 1710, constituiu a primeira codificação em que o autor se torna titular de direitos por um prazo pré-determinado (FRAGOSO, 2009, p. 52), o que encorajou a livre iniciativa e a competição no mercado editorial (COELHO, 2012, p. 278). Já havia, então, um mercado florescente em torno da propriedade intelectual.

Após a Revolução de 1789, os franceses extinguiram – em 1791 – todos os privilégios de encenação de peças teatrais concedidos pelo antigo regime e, em 1793, concederam aos criadores o *Droit d’Auteur*, que veio a proteger o direito do autor “durante sua vida inteira” mais 10 anos após sua morte em favor dos herdeiros (FRAGOSO, 2009, p. 68). Surgiram, a partir de então, inúmeros julgados dos tribunais franceses

acerca das relações entre autores e editores, assentando a jurisprudência sobre aspectos morais do Direito de Autor, como o direito à paternidade e à integridade da obra (BITTAR, 2008, p. 2).

Ao contrário do *copyright* de origem inglesa, o *Droit d’Auteur* não exige o registro, que é facultativo. Para os franceses, o autor é titular de um direito natural, derivado de seu ato criador, capaz de criar tanto direitos patrimoniais, suscetíveis de negociação pelo titular, quanto direitos morais inalienáveis e irrenunciáveis em favor do autor, como a proteção à integridade da obra e de sua reputação, dentre outros. Tal sistema foi seguido pelo direito brasileiro, por força de sua filiação à tradição românica (COELHO, 2012, p. 281) e passou a estruturar a proteção de todas as formas de comunicação até os dias atuais, a exemplo dos fonogramas, o cinema e a TV. A coexistência desses dois sistemas no campo jurídico internacional tem sido fonte de inúmeras controvérsias, em especial ao tratar da proteção aos programas de computador, como se verá mais adiante.

Para Vivant e Bruguière (2009, p. 37), com base no art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, e no art. 17.2 da Carta da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, o Direito Autoral pode ser considerado como um direito fundamental.

No campo do Direito Internacional, a Convenção de Paris de 1833, também chamada de “Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial” dispõe sobre Direitos Industriais e já foi revista sete vezes: em 1890, em Madri; em 1900, em Bruxelas; em 1911, em Washington; em 1925, em Haia; em 1934, em Londres; em

1958, em Lisboa; em 1967, em Estocolmo; novo processo de revisão foi iniciado em 1980 em Genebra (BARBOSA, 2005, p. 37).

A Convenção de Berna, de 1886, criou a “União para a Propriedade Literária” para tratar de Direitos Autorais (BITTAR, 2008, p. 13). Suas posteriores revisões cuidaram de fazer a adaptação à intensa evolução tecnológica ocorrida desde então, servindo de balizas para as legislações nacionais acerca dos chamados direitos conexos, como a Convenção de Roma sobre Fonogramas de 1961, e a Convenção de Bruxelas sobre Satélites de 1974 (BARBOSA, 2005, p. 49).

Criada em Genebra por Convenção firmada em 14 de julho de 1967 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 75.541, de 31.03.75, destaca-se também a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com o objetivo de promover a proteção da propriedade industrial e da propriedade de obras literárias, artísticas ou científicas. Dentre as suas finalidades, dá-se realce à cooperação entre todos os Estados membros ou qualquer organização internacional para a adoção de medidas destinadas ao aprimoramento da proteção à Propriedade Intelectual, à harmonização das leis nacionais sobre a matéria, além de outros tratados e convenções já estabelecidos ou a ser estabelecidos naquelas áreas (FRAGOSO, 2009, p. 83).

Outro marco histórico importante na consolidação dos direitos de Propriedade Intelectual, coincidente com o processo de globalização da economia, foi a conclusão da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais, em 1994, na cidade de Marrakesh, no Marrocos, que fez nascer a Organização Mundial do Comércio (OMC), com sede em Genebra, na Suíça.

Juntamente com a criação da OMC, que incorporou o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*), foi aprovado o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*). Esse acordo destaca a importância da tutela da Propriedade Intelectual no comércio internacional e estabelece procedimentos mínimos aplicáveis a todos os membros da OMC.

Seu art. 7º determina:

A proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

A ata final foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgada pelo Decreto n. 1355, de 30 de dezembro de 1994. Coelho (2012, p. 284) ressalta que o governo Fernando Henrique Cardoso se empenhou em aprovar em pouco mais de dois anos a legislação relativa a Direito Industrial, Autoral e à proteção dos programas de computador, adequando o tratamento da Propriedade Intelectual no Brasil à economia globalizada, sinalizando sua intenção de transformar a economia do País.

Para Barbosa (2005b, p. 52), o TRIPS trata de parâmetros mínimos de proteção, pelos quais nenhum membro pode tratar diferentemente os demais nem estabelecer desigualdade entre nacionais e estrangeiros. Relata ainda o autor – que atuou como representante do

Brasil durante as sessões – que o projeto apresentado pelos Estados Unidos em setembro de 1982 visava uniformizar o tratamento alfandegário para tornar coativa a repressão aduaneira à contrafação de marcas registradas (BARBOSA, 2010, p. 655).

O acordo – cuja estrutura final traz disposições gerais e princípios básicos; padrões relativos à existência, abrangência e exercício de Direitos de Propriedade Intelectual e de Direitos Conexos; e medidas de prevenção e solução de controvérsias – indica padrões mínimos para a proteção de Direitos de Autor e seus conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografias de circuitos integrados, proteção de informação confidencial e controle de práticas de concorrência desleal.

Barbosa (2005b, p. 7) lembra que a globalização do mercado conduz à uniformidade de proteção jurídica e aponta como efeitos da globalização, na Propriedade Intelectual, a redução das barreiras ao comércio de bens físicos, o aperfeiçoamento das tecnologias de comunicação, o aumento da capacidade gerencial das empresas; aspectos esses capazes de aumentar a competitividade e fazer com que os investimentos em pesquisa passem a acontecer também voltados para o mercado mundial.

Ainda que se possa contestar a posição nacional de aderir à proposta em tão curto espaço de tempo, com a aceitação da estratégia dos países desenvolvidos para renovar a repartição dos recursos informacionais – quando até então prevalecia o entendimento da Convenção da União de Paris de 1883 de que não cabia padronização das normas substantivas na Propriedade Intelectual (BARBOSA, 2010, p. 657-59) –, é fato que os países que aderiram às convenções e melhor

protegeram seus inventores foram os que mais progrediram, e não é difícil constatar o desenvolvimento econômico do Brasil desde então¹.

Muito antes disso, Hammes (2002, p.39) já destacava a importância pública e social de proteger o inventor, mediante exclusividade temporária, estimulando a criatividade e evitando o desperdício de recursos:

Reconhecer um direito de propriedade industrial, em especial um direito do inventor, é antes de mais nada uma questão de respeito. O progresso de um país, há mais de cem anos, apresenta-se diretamente relacionado com o grau de proteção que se tem dado aos inventores. É um fato histórico, independente da análise desse fenômeno. Já a lei de Veneza, de 1474 (Parte Veneziana), enunciava as quatro justificativas habituais de uma lei de patentes: estímulo da atividade inventiva, compensação dos gastos investidos pelo empresário, direito do inventor sobre sua criação e utilidade social da invenção.

O autor ressalva o interesse público na criação do privilégio aos autores:

O que mais mostra a importância do sistema de patentes é o interesse público e social. Sem ele, o inventor, desprotegido, manterá em segredo o que inventou. Enquanto isso, outros continuarão gastando fortunas para inventar o que já foi inventado. A única forma para fazer com que revele e publique o que inventou é garantir-lhe um privilégio exclusivo, ainda que por algum tempo apenas (HAMMES, 2002, p. 40).

¹ Apesar de destacar as deficiências do sistema de Propriedade Intelectual na época, e as desigualdades que ele produz com relação aos países atualmente em desenvolvimento, CHANG (2004, p. 145) reconhece que “a maior parte dos países altamente desenvolvidos instituiu leis de patente na primeira metade do século XIX: Rússia (1812), Prússia (1815), Bélgica e Holanda (1817), Espanha (1820), Baviera (1825), Sardenha (1826), Estado do Vaticano (1833), Wurttemberg (1836), Portugal (1837), Saxônia (1843).”

Posner (2007, p. 77-80) também defende o sistema de Propriedade Intelectual como forma de minimizar os custos e evitar a duplicação da atividade inventiva. Alega que, “em um mundo sem patentes, a atividade inventiva se inclinaria fortemente para invenções que pudessem ser mantidas em segredo” e que a ausência do direito de propriedade conduziria à produção que exigisse um grau mínimo de investimento. Lembrando que coisas óbvias e ideias fundamentais não são patenteáveis, o autor ainda afirma ser preferível a proteção estatal ao uso do segredo industrial que, além de impedir a circulação de ideias, não possui limitação no tempo.

Ainda tratando do caráter de exclusividade da Propriedade Intelectual dentro da análise econômica, Barbosa (2009, p. 11) afirma:

A informação pode ser considerada sob o prisma econômico como um bem público porque pode ser consumida por várias pessoas, simultaneamente, sem qualquer atenuação de suas características. Todavia, bens públicos acarretam um problema específico que é a falta de motivação para produzi-los, pois não é eficiente despender tempo e esforço para a produção de um bem não-rival e não-excludente. Essa situação na qual a oferta não consegue atender a demanda sem uma intervenção externa é denominada, em economia, uma ‘falha de mercado’ (*market failure*) e, para contorná-la, é necessária uma intromissão: atribui-se ao bem público uma exclusividade, transformando-o em bem privado sob o ponto de vista econômico.

Também para Ascensão (1980, p. 326), no tocante aos direitos autorais e de propriedade industrial, mais importante que sua qualificação como direito pessoal ou patrimonial, é a sua natureza de exclusivo: “[a]o fato de serem direitos absolutos não se segue que os direitos autorais sejam uma propriedade, ou um direito real”, mas tal

qualificação implica uma utilidade prática: “tornar aplicáveis ao direito de autor as regras emitidas a propósito dos direitos reais que se baseiem exclusivamente no carácter absoluto destes direitos e sejam compatíveis com a índole do autor”.

Do clássico de Bittar (2008, p. 18) também consta que os direitos intelectuais (*jura in re intellectuali*) são “referentes às relações entre a pessoa e as coisas (bens) imateriais que cria e traz a lume, entre os homens e os produtos de seu intelecto”, relação que descreve como “incindível por natureza”:

Com efeito, os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem uma nova modalidade de direitos privados. São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual (BITTAR, 2008, p. 11).

Pimentel (2005d, p. 18) acrescenta que o direito patrimonial decorrente da Propriedade Intelectual é temporário, variável segundo cada uma das espécies. Seu principal efeito econômico é permitir a exclusividade de uso do seu objeto no território do país em que está protegido:

Os direitos de propriedade intelectual têm por objeto de proteção os ‘elementos diferenciadores’

de outras criações, razão pela qual a novidade, a originalidade e a distinguibilidade são da sua essência. A novidade é um elemento que diferencia quanto ao tempo; a originalidade diferencia quanto ao autor; e a distinguibilidade diferencia quanto ao objeto protegido. A propriedade intelectual protegida pelo Direito cobre os resultados da atividade criativa e inventiva, além disso, alcança as indicações de procedência geográfica, exemplos de objeto de proteção, que não resultam de criatividade ou inventividade, mas que não deixam de ser importantes como elementos de diferenciação e por isso são também objetos de direitos de propriedade intelectual.

A adesão ao TRIPS trata, portanto, de decisão tomada no campo da política econômica com repercussões internas e externas, cujos resultados são facilmente passíveis de aferição por conta do tempo já decorrido. Ainda que não se pretenda aprofundar aqui esse debate, transcrevem-se, por apropriadas, as conclusões de Del Nero (2007, p. 308):

No campo da propriedade intelectual o que ‘está em jogo’, em última análise, é a apropriação das possibilidades, formalizadas e contidas em conhecimentos (modos e formas de realizar) para elaboração de novos processos de produção e também de novos produtos, em escala industrial, quer dizer, essa modalidade de propriedade refere-se à possibilidade de reprodução sistemática e periódica desses bens, estabelecendo, por assim dizer, uma estratégia econômica e comercial emergente.

Feitas tais ponderações de cunho histórico e conceitual acerca da Propriedade Intelectual, passa-se a analisar o percurso do tratamento da matéria pelo ordenamento jurídico no Brasil.

1.5 PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil costuma ser apontado como um dos primeiros países a legislar acerca de Propriedade Intelectual. Ainda no período colonial, com o Alvará de 28 de janeiro de 1809, o príncipe regente D. João VI, após a abertura dos portos, criou o primeiro sistema de patentes de invenção para indústrias estabelecidas no País (BARBOSA, 2010, p. 11).

A medida já tinha como objetivo incentivar o desenvolvimento de tecnologia com a adoção de patentes industriais, em substituição ao antigo sistema de privilégios, e determinava:

Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção (BARBOSA, 2010, p. 13).

No período que sucedeu à independência, várias normas foram editadas sempre com o intuito de favorecer a indústria nacional, tanto que, desde 1830, a contrafação era criminalizada, como relata Pontes de Miranda (2002, p. 45):

No Código Criminal do Império do Brasil, art. 261, considerou-se furto ‘imprimir, gravar, litografar, ou introduzir quaisquer escritos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por Cidadãos Brasileiros, enquanto estes viverem, e dez anos, depois de sua morte, se deixarem herdeiros’. A pena era a ‘de perda de todos os exemplares para o autor, ou tradutor, ou seus herdeiros; ou, na falta deles, de seu valor, e outro tanto; e de multa igual ao tresp dobro do valor dos exemplares’. Acrescentava a alínea 3^a: ‘Se os escritos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, litografar ou introduzir durará somente por espaço de dez anos’.

Destaca-se na legislação do período imperial a Lei 2.682, de 23 de outubro de 1875. Dispõe ela sobre a Propriedade Industrial, como resultado de um litígio ocorrido no mesmo ano entre a firma Meuron & Cia., que vendia a marca “Rapé Areia Preta”, e a firma Moreira & Cia., que lançara no mercado o “Rapé Areia Parda”. A atuação de Rui Barbosa como patrono da parte autora foi decisiva não apenas no deslinde da questão, mas também na solução legislativa que se seguiu (BARBOSA, 2010, p. 22).

Com a primeira Constituição da República, em 1891, garantiu-se aos autores de obras literárias ou científicas, e a seus herdeiros, o direito exclusivo de reprodução de suas obras. A ela seguiu-se a edição da Lei Medeiros de Albuquerque, n. 496/1898, que, ainda que exigisse o registro da obra, já incorporava normas de tutela dos direitos morais, como a proibição de alterações não autorizadas pelo autor (COELHO, 2012, p. 282; FRAGOSO, 2009, p. 70; GANDELMAN, 2001, p. 34).

Essa lei veio a ser sucedida pelo Código Civil brasileiro de 1916, que previa, nos arts. 649 a 673, a propriedade artística, literária e científica como parte integrante do Direito das Coisas. O mesmo se

encontra na Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que, posteriormente, veio a ser substituída pela atual Lei de Direitos Autorais, de n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Diniz (2002, p. 287) assim justifica a inclusão da matéria no capítulo dedicado ao Direito das Coisas:

Admitimos os bens incorpóreos como objeto da propriedade, pois em face de nosso ordenamento jurídico a propriedade imaterial é regulada como uma relação de domínio do mesmo teor de um bem corpóreo. O Código Civil pátrio de 1916, nos arts. 649 a 673, colocou a propriedade artística, literária e científica como parte integrante do direito das coisas; o mesmo se pode dizer da já revogada Lei n. 5.988/73, que derogou esses dispositivos ao regular os direitos autorais regidos atualmente pela lei n. 9.610/98; a própria Constituição Federal admite a propriedade imaterial ao situá-la no art. 5º, XXIX, que ‘a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País’ (Lei n. 9.279/96), e declarando no inc. XXVII desse mesmo artigo que aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las, publicá-las e reproduzi-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

No Brasil, a Propriedade Intelectual é garantida pelos incisos XXVII e XXIX do art. 5º da Constituição da República de 1988, ao assegurar aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, publicá-las e reproduzi-las, e, logo em seguida, ao dispor que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e

a outros signos distintivos, “*tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”. Esse direito é assegurado por duas principais leis, a Lei de Direito Autoral (n. 9.610/1998), e a Lei da Propriedade Industrial n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

Pilati (2011, p. 55) descreve a abrangência dessa legislação especializada, que é detentora de princípios próprios, provenientes tanto da órbita interna como da externa:

Aparta-se do direito comum pelo objeto, que é imaterial, reunindo no gênero categorias como direitos autorais, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografia de circuitos integrados, proteção de informação confidencial, controle de práticas de concorrência desleal, tudo sob influência do direito internacional, e sob a égide da função social. No plano do objeto, ela opõe direitos da personalidade e direitos morais a direitos patrimoniais, e na dimensão de função social coloca em confronto o interesse do titular com os interesses gerais da cultura e da ciência e de comunidades étnicas – como no caso de conhecimentos tradicionais associados (MP n. 2.186/2001).

Destacando o prestígio gozado pelo tema no Brasil desde os tempos imperiais, Barbosa (2010, p. 227) lembra que nem todos os sistemas constitucionais protegem a Propriedade Intelectual mediante previsão expressa no texto constitucional: “Cartas de teor mais político não chegam a pormenorizar o estatuto das patentes, do direito autoral e das marcas; nenhuma, aparentemente, além da brasileira, abre-se para a proteção de outros direitos”.

De acordo com o art. 7º da Lei de Direito Autoral, são consideradas 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, tais como:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V - as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII - os programas de computador;
- XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Já o art. 2º da Lei de Propriedade Industrial prevê que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: “I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.”

Além dos diplomas mencionados, que abrangem os dois principais ramos da Propriedade Intelectual, o Direito Autoral (Lei 9.610/98) e a Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), outros textos legais tratam de assuntos específicos e são aqui referidos pelo relativo interesse para o objeto da pesquisa que será abordado mais detidamente no item 1.6.

As variedades de plantas, ou cultivares, por exemplo, assim como os programas de computador, são facilmente passíveis de cópia, daí a necessidade de sua proteção jurídica. Assim, recebem proteção específica na legislação, dita *sui generis*, por trazer tanto aspectos comuns como diferenciadores, em razão das peculiaridades do objeto jurídico tutelado.

Tais inovações, como adverte Varella (1996, p. 35), tornam a Biotecnologia um campo essencial para a modernização das técnicas do setor agrícola e impõem a criação de uma legislação que ampare “as novas descobertas e processos desenvolvidos”.

O direito do melhorista, responsável por essa evolução, não seguiu um rumo linear. Motivado principalmente pelas pressões internacionais pelo cumprimento do disposto no art. 27, item 3, ‘b’, do TRIPS – que determina que os países membros terão que proteger as variedades de plantas por patentes, por leis *sui generis*, ou pela combinação das duas modalidades – o Brasil previu a possibilidade formal do reconhecimento de patente de invenção de seres vivos nos arts. 10, IX e 18, III da Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/1996. Após, seguiu-se a edição da Lei 9.456, de 25 de abril de 1997, que instituiu a proteção de cultivares no Brasil; a adesão, em 23 de maio de 1999, a um organismo internacional denominado *Union Internationale*

pour la Protection des Obtentions Vegetales (UPOV); e, finalmente, a Lei de Biossegurança, n. 11.105, de 24 de março de 2005 (BARBOSA, 2010, p. 39; DEL NERO, 2007, p. 310-15).

O art. 2º da Lei 9.456/1997 estabelece:

A proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País.

A proteção é concedida pelo órgão competente, para o prazo de 15 (quinze) anos, para as culturas de safras anuais, e de 18 (dezoito) anos, para as videiras, árvores frutíferas, árvores florestais e árvores ornamentais (art. 11).

Ainda que não seja objeto específico desta pesquisa, convém destacar que o significativo avanço da agroindústria brasileira tem sido impulsionado por políticas públicas, através da atuação de entidades estatais como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), empresa pública instituída pela Lei 5.851/1972; Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina (EPAGRI); Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (CIDASC); e outras instituições congêneres, o que aumenta a importância da clara definição acerca da titularidade do seu considerável patrimônio intangível representado pelas suas inúmeras e constantes criações.

Outro objeto de proteção por lei específica no país são as topografias de circuitos integrados. Os semicondutores ou *chips*² contêm um circuito integrado, cuja topografia de forma tridimensional, denominada “máscara” (*mask works*), é objeto de proteção pelo acordo TRIPS. Os arts. 35 a 38 e 65 desse acordo previam a proteção dos circuitos pelos países membros até 1º de janeiro de 2000. Santos e Jabur (2007, p. 437) informam que, a partir de 1984, mais de 30 países promulgaram leis com o objetivo de proteger a topografia de circuitos integrados.

No Brasil, após a tramitação de alguns projetos, em 22 de janeiro de 2007, veio a ser editada a Medida Provisória 352, divulgada juntamente com o Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), no contexto de uma política geral de desenvolvimento do setor de circuitos integrados (BARBOSA, 2010, p. 40). Posteriormente convertida na Lei 11.484, de 31 de maio de 2007, dispõe sobre mecanismos de fomento à pesquisa, investimento e produção de semicondutores e equipamentos de transmissão para a TV digital, bem como sobre a proteção à Propriedade Intelectual das topografias de circuitos.

O art. 26 da Lei 11.484/2007 fornece as seguintes definições:

I – circuito integrado significa um produto, em forma final ou intermediária, com elementos dos

² Um circuito integrado (o *microchip*) é um aparelhinho com um circuito eletrônico completo, funcionando como transistores, resistências e suas interconexões, fabricado em uma peça de material semicondutor, como o silício, germânio ou arsenídeo de gálio, folheado em *wafers* de 8 ou 12 camadas. Alguns circuitos integrados são usados como memória (as RAMs, ROMs, EPROMs); outros são utilizados como processadores – realizando funções lógicas e matemáticas em um computador. [...] Para fazer um chip são necessários anos de pesquisa e até cem milhões de dólares de investimentos; mas em poucos meses é possível copiá-lo por cerca de US\$ 50 mil. Estas informações estavam presentes na memória do Congresso americano quando, em 1983, iniciou-se o processo de elaboração da nova lei de proteção aos circuitos integrados (BARBOSA, 2010, p. 2144).

quais pelo menos um seja ativo e com algumas ou todas as interconexões integralmente formadas sobre uma peça de material ou em seu interior e cuja finalidade seja desempenhar uma função eletrônica;

II – topografia de circuitos integrados significa uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.

Apoiada no critério da originalidade (art. 29), é deferida a proteção mediante registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI (art. 27), pelo prazo de 10 (dez) anos (art. 35).

Face à criação constante de novas formas de tecnologia, Barbosa (2009, p. 176) destaca a necessidade de novas formas de proteção que assegurem a exclusividade:

A cada salto tecnológico novas formas de proteção à informação deverão ser inevitavelmente consideradas, pois o sistema econômico precisa da intervenção jurídica para assegurar a exclusividade e garantir o contínuo progresso da informação. Nesse sentido, a informação precisa (e quer) ser protegida. Pode-se, contudo, optar entre duas alternativas: a criação de medidas tecnológicas que assegurem artificialmente a exclusividade ou estabelecer, pelos mecanismos adequados (doutrina, jurisprudência ou atividade legislativa), uma proteção jurídica específica.

Castells (1999, p. 80) profetiza, ao afirmar que o conceito dos programas de computador – que atualmente sofre críticas, por ser considerado defasado – logo se confundirá com o de seus componentes,

os *chips*. Daí a importância do estudo conjunto das duas formas de proteção, dos circuitos integrados e dos programas de computador:

[...] existirá por algum tempo uma distinção comercial entre fabricantes de *chips* e desenvolvedores de *software*, mas até mesmo essa diferenciação fica indefinida com a crescente integração de empresas em alianças estratégicas e projetos de cooperação, bem como pela incorporação de *software* também nos componentes dos *chips*.

Pereira (2001, p. 177), em trabalho dedicado à informática e à propriedade tecnodigital, tece a mesma ressalva:

Acresce que o processo de adaptação do direito de autor ao novo paradigma da tecnologia informática parece apontar no sentido da convergência, em certos pontos, dos institutos tradicionais da propriedade intelectual, e, mesmo, de uma superação do dualismo de oitocentos. A fazer prova disso estão, [...], as regras da descompilação de programas de computador, a proteção do conteúdo de bases de dados, a tutela jurídica de dispositivos tecnológicos de segurança e de gestão de direitos.

Mesmo que no Brasil se tenha registrado um progresso significativo nos últimos anos, existe um grande caminho a ser percorrido para assegurar o papel de destaque pretendido no cenário internacional³. Pimentel (2006a, p. 184) alerta que:

³ A propósito do tema deste trabalho, a CEITEC S.A. é uma empresa pública federal ligada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), criada em 2008, que objetiva o desenvolvimento da indústria de microeletrônica brasileira por meio da implantação de uma base sólida no setor de semicondutores. Para mais informações, acesse: <<http://www.ceitec-sa.com/>>.

[...] ainda não obtivemos aqui no país o mesmo êxito, ainda que relativo, em matéria de patentes de invenção, registros de *software*, de desenhos industriais, de indicações geográficas, de marcas de certificação, certificados de novos cultivares e inovações capazes de levar os produtos e serviços brasileiros a uma maior inserção no mercado internacional com a segurança de que não sejam os produtos copiados pelos concorrentes.

Outros aspectos da proteção às topografias de circuitos integrados, tais como a titularidade da criação e os direitos morais, recebem tratamento bastante semelhante à proteção dos programas de computador no Direito brasileiro. Da mesma forma que os programas de computador, e tantas outras criações coletivas, a topografia quase nunca vai ser resultado de criação individual. Essa questão, não apenas pela identidade de matérias, mas por ser o objeto do presente trabalho, recebe uma abordagem mais detalhada a seguir.

1.6 PROPRIEDADE INTELECTUAL DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR

Pode-se dizer que os direitos autorais se desenvolveram particularmente em razão do advento da imprensa; no entanto também a fotografia, o cinema, o disco criaram seus próprios mercados, e, como consequência disso, surgiram novos paradoxos que impuseram a atualização da Propriedade Intelectual. Assim, juntamente com a já mencionada desmaterialização total dos mercados (RIFKIN, 2001), o fenômeno digital (NEGROPONTE, 1995) que impede que se distinga o

original da cópia e o tráfego incontrolável de informações através da internet (CASTELLS, 1999, p. 82) estão a impor novos conceitos jurídicos e novos modelos econômicos, ao mesmo tempo que se apresentam novos atores nesse cenário apaixonante (VIVANT; BRUGUIÈRE, 2009, p. 48).

Bitan (2010, p. 19) menciona como marco inicial a indicar o surgimento de um mercado específico de *software* a adoção pela IBM, em 1969, de um sistema distinto para o faturamento dos programas, que passaram a ser vendidos em separado dos computadores.

Poli (2003, p. 18) também relata que, até 1970, os programas de computador eram vendidos como um acessório do computador, para desempenhar funções pré-determinadas, visando atender usuários específicos:

Devido ao caráter acessório, não se cogitava de proteção ao *software* independente da conferida ao *hardware*, ou seja, do sistema de proteção à propriedade industrial. Em 1970, porém, a IBM se viu obrigada a comercializar seus computadores e programas de forma independente, o que representou um marco na evolução da informática, pois, a partir daí, instalou-se a concorrência no setor de desenvolvimento de programas de computador.

Barbosa (2010, p. 35) vê nos anos de 1970 – com a entrada dos programas de computador como produto no mercado – o início da preocupação com o *software* como um problema de Direito da Propriedade Intelectual: “Antes, na era mesozoica dos *mainframes*, programas de computadores eram objeto de contratos entre partes determinadas, normalmente o vendedor e o comprador do *hardware*”.

Ou seja: enquanto não havia demanda de mercado, não havia necessidade de proteção estatal.

Já Barbosa (2009, p. 130) justifica que o aumento do valor agregado dos programas de computador trouxe à tona a necessidade de discutir sua proteção no Brasil, datando de 1986 o primeiro julgamento sobre a matéria no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

A parte física dos computadores, o *hardware*, nunca sofreu problemas de proteção. Porém, o mesmo não se pode afirmar sobre a proteção reservada aos programas de computador. A discussão em torno disso era muito grande, tanto na academia quanto nos tribunais. A título de exemplo, basta lembrar a primeira decisão sobre o assunto no Brasil, marcada pela confusão que se estabeleceu entre suporte e conteúdo (TJSP, Ap. Cível 68.945-1/86). Ao final adotou-se a proteção autoral, partindo-se do princípio de que a proteção deveria ser equivalente à da obra literária. O argumento é o de que a linguagem de programação do *software* é próxima à linguagem natural.

No acórdão da Apelação Cível 68.945-1, proferido em ação ordinária movida pela Sinclair Research Limited, sociedade comercial inglesa, contra a Microdigital Eletrônica Ltda., Filcres Importação e Representações Ltda. e Editelle – Editora Técnica Eletrônica Ltda., objetivando que fossem as demandadas compelidas a se absterem de violar o direito autoral relativo aos microcomputadores produzidos pela autora, constou a seguinte declaração de voto vencedor da lavra de Rangel Dinamarco:

[...] tem-se que a empresa-ré e ora Apelada lançou no mercado um computador com três elementos externos portadores de características que os aproximam bastante dos computadores fabricados pela Apelante. Trata-se do teclado, das funções e conteúdo, que indiscutivelmente constituem componentes fixos do *hardware* fabricado por essas empresas. Por outro lado, esses elementos

são também a projeção exterior da ROM (*Read Only Memory*), que é por assim dizer a ‘alma’ do computador, o núcleo que define as funções que ele é capaz de desempenhar e o modo como as desempenhará.

Ora, já tem sido afirmado que, de todo o equipamento e acessório de um computador, somente os programas é que contam com proteção jurídica, não o próprio *hardware*. Aqueles ditos *softwares*, constituem obras de criação intelectual assimiláveis àquelas a que tradicionalmente se destinam as proteções de direito de autor (cf. Vieira Manso, *A Informática e os Direitos Intelectuais*, São Paulo, Ed. Ver. Trib., 1985, os. 207 segs [...]). Mas a ROM, como elemento fixo, integrante do computador, inalterável porque é um ‘programa’ que só pode ser lido, mas no qual nada escreve o usuário, não se define como *software* e por isso não goza de tal proteção. (in CRETELLA JUNIOR, 1987, p. 114)

Como se vê, já no *leading case*, a jurisprudência nacional demonstra atenção à correta distinção entre *software*, protegido pelo direito autoral, e *hardware*, protegido pelo direito industrial.

Tratando-se o *software* de produto facilmente duplicável ou, melhor ainda, autoduplicável, o simples acesso representa a imediata possibilidade de replicação indiscriminada. Dessa forma, também Paesani (2010, p. 39) justifica a necessidade de proteção jurídica dos programas de computador com base no argumento econômico: “É inegável que o aspecto econômico tem conotações de justiça. Não seria correto que alguém elaborasse um programa e não tivesse direito a uma participação na comercialização do seu uso”.

Venosa (2007, p. 583) destaca a importância da linguagem utilizada pela máquina como sendo o resultado do trabalho intelectual desenvolvido pelos programadores:

O programa de computador é, pois, o resultado de um trabalho intelectual desenvolvido em etapas sucessivas, desde a equação do problema até a elaboração do programa para solucioná-lo, redigido em linguagem compreensível pela máquina e transformável em dados materiais. A atividade é desenvolvida pelos programadores e analistas de sistemas. Por outro lado, a tendência é a unificação da linguagem dos computadores. Como consequência, os equipamentos estarão, em breve, homogêneos e aptos para intercambiar informações de programas, capazes de compreender a mesma linguagem. Isso fará com que cada vez mais se distanciem a criação intelectual do *hardware* e a do *software*, que tiveram origens comuns. Desse modo, é realçado o sentido da criatividade dos programas de computador com o mesmo sentido cultural atribuído aos direitos autorais em geral. O cunho utilitarista fica reservado ao *hardware*, regido pelas regras da propriedade industrial.

Adolfo (2008, p. 241) também ressalta que a proteção do Direito vai incidir sobre o texto escrito (linguagem) e não sobre as letras (algoritmos): “O texto escrito é resultado de um somatório de tecnologias e conhecimentos (informações) aplicados, cuja integração em um sistema com este fim possibilita a produção final de um texto inteligível à sociedade à qual se destina”.

É certo que o computador nada faz sem o comando apropriado. Alguns autores chegam a compará-lo ao Golem da mitologia hebraica, o monstro mecânico sem alma, que adquire vida ao som de palavras mágicas (MANSO, 1985, p. 14). A maioria faz questão de ressaltar que o computador “é um equipamento inerte sem o programa de computador, componente imaterial do sistema informático” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 32; GANDELMAN, 2001, p. 138).

Assim, a importância da correta definição legislativa do que seja um programa de computador não significa esperar que o legislador aprove “um compêndio de definições de informática”, mas que, ao menos, indique o tipo de situações que podem (ou não) ser tuteladas (PEREIRA, 2001, p. 468). Na verdade, como ensina Vivant (1997, p. 51), “o exercício de definição não é vão, uma vez que – como dissemos – um regime especial liga-se aos suportes lógicos: é preciso, por conseguinte, saber o que é um suporte lógico”.

Também com base na lição do professor Vivant (2011, n. 155), Bitan afirma que a dificuldade de definir o termo *logiciel*⁴ (logiciário ou programa de computador) se soma à questão de saber a partir de quando se pode considerar que um programa obteve grau de formalização suficiente para receber a proteção prevista pelo Direito de Autor. O art. L. 111-2 do Código de Propriedade Intelectual francês dispõe que “a obra se reputa criada, independente de toda divulgação pública, do simples fato de sua realização, mesmo inacabada, na concepção do autor”. Essa disposição demonstra que um mínimo de concretização da “concepção do autor” é suficiente para ser beneficiada com a proteção. Essa proteção é garantida pela inclusão do material preparatório ao programa propriamente dito, que o habilita à proteção. Assim, na ausência de elementos que permitam incluí-lo no conjunto do programa, o material preparatório será beneficiado pela proteção do Direito comum (BITAN, 2010, p. 23).

No Brasil, ainda é polêmica a questão relativa à proteção do material preparatório. Precedente do Tribunal de Alçada de Minas

⁴ *Logiciel: Programme relatif au traitement de l'information (s'oppose à matériel; remplace l'angl. software)*. Le Robert. Paris: SEJER (2011, p. 423).

Gerais indica para a possibilidade dessa proteção, na mesma forma do que acontece na Europa, reconhecendo o direito à participação nos lucros de indivíduo que participou das fases iniciais do desenvolvimento do *software* (BRASIL, 2004). Para Areas (2010, p. 358), ainda que a decisão tenha garantido ao “co-autor” uma participação nos lucros, não ficou reconhecida expressamente a sua propriedade sobre o programa, o que ainda permite muitas indagações no futuro⁵.

Daí a importância em deixar clara desde logo a distinção, para o Direito brasileiro, entre o próprio computador (*hardware*), regulado pela Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), e o programa de computador (*software*), regulado pelo Direito Autoral (Leis 9.610 e 9.609/98):

A unidade *hardware*, por excelência, de um sistema informático é o elaborador eletrônico ou computador, em sentido estrito. Sua denominação, nas várias línguas, não exprime sempre o mesmo conceito. O próprio legislador, para indicar o computador, usa as expressões mais variadas, como, por exemplo: sistema informático, elaborador eletrônico, tratamento automático da informação etc. Embora tenham sido usadas indistintamente na linguagem comum, ocorre uma diferença substancial entre as expressões em seu uso técnico. A natureza jurídica do *hardware*, considerado em sua unidade, pertence, como produto industrial, à categoria dos bens materiais que se submete às normas usuais, sem necessidade de alterações em matéria de venda ou locação (PAESANI, 2010, p. 11).

Ao discorrer especificamente sobre *software*, Paesani (2010, p. 12) reconhece que sua natureza jurídica é controversa e bastante contestada, ainda que a doutrina dominante o classifique como bem tutelado pelo direito autoral.

⁵ A respeito, ver também Bastos, 2012.

Para Albuquerque (2006, p. 46), é possível identificar nos programas de computador o conteúdo imaterial como em qualquer obra intelectual. O suporte no qual se encontra armazenado para poder ser executado pelo *hardware* é apenas sua apresentação física, o corpo mecânico, que permite que seja veiculado de forma adequada.

Já Gandelman (2001, p. 138) apresenta um conceito negativo para facilitar a compreensão, dizendo que enquanto o computador “somente lê, armazena na memória, processa e responde”, o programa é tudo aquilo que não é *hardware*, a “parte imaterial e intelectual”, que “fornece os dados, os comandos, que irão provocar a resposta”.

Fragoso (2009, p. 153) afirma que a definição deve ser ampla como sua natureza que vai muito além de um conjunto de elementos codificados em linguagem binária:

Os programas de computador constituem obras complexas, pois a ele aderem elementos das mais variadas formas. Jogos, desenhos, cálculos matemáticos, fonografia, fixações audiovisuais podendo incluir textos, música e imagens, dependendo da natureza do programa. Como um complexo sistema interativo, ele ultrapassa, de longe, o mero campo da tecnologia, adentrando num campo vastíssimo de utilização de obras artísticas, literárias e científicas.

Por sua vez, Poli (2003, p. 9) destaca que a função do corpo físico do computador, como bem material, é estritamente utilitária e necessita ser comandada, enquanto:

A parte intelectual do sistema informático é internacionalmente conhecida como *software* e funciona como um conjunto de instruções dado ao computador (sentido estrito) para que ele efetue o processamento e o armazenamento desses dados de uma forma determinada. É o *software* que fornece ao computador os comandos necessários à

realização das mais diversas tarefas. Sem o programa, o computador, em sentido amplo, nada faria, seria apenas uma caixa de metal e plástico.

Para evitar desatualização num meio em que a inovação acontece em velocidade cada vez maior, o conceito de programa de computador deve ser adotado da forma mais abrangente possível pela legislação, como recomenda a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI):

As Disposições-modelo relativas à Proteção de Programas de Computador, preparadas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, designam como *software* não apenas o programa ou grupo de programas que instruem o computador como ele deve executar uma tarefa, mas o conjunto formado pelo programa de computador e o material de apoio que acompanha sua comercialização, ou seja – os manuais de instrução. [...] O *software*, tanto em sua forma inicial (código-fonte) quanto em sua forma final (código-objeto), constitui essa série de instruções destinadas à solução de uma tarefa (ALBUQUERQUE, 2006, p. 35/36).

A Disposição (Lei-tipo) publicada em 1978 pela OMPI, em atenção a consulta da ONU, é adotada como referência pela ampla maioria dos autores nacionais e estrangeiros (MANSO, 1985, p. 232; CHAVES, 1996, p. 36; LUPI, 1998, p. 18; POLI, 2003, p. 11) e traz o conceito mais aberto possível de programa de computador, com abrangência tanto sobre a funcionalidade do programa de computador quanto sobre o elemento físico e a documentação auxiliar:

a) Programa de computador: ‘um conjunto de instruções que podem, uma vez transpostas para um suporte decifrável por máquina, fazer indicar, fazer completar ou fazer obter uma função, uma tarefa ou um resultado particulares, por uma

máquina capaz de cuidar do tratamento da informação’.

b) Descrição de programa: ‘uma apresentação completa de operações, sob forma verbal, esquemática ou outra, suficientemente detalhada para determinar um conjunto de instruções que constituam um programa de computador correspondente’.

c) Documentação auxiliar ou material de apoio: ‘toda documentação, além do programa, ou de uma descrição de programa, criada para facilitar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, por exemplo, as descrições de problema e das instruções para usuários’.

Dessa forma, pode-se afirmar que o *software* vem a ser o componente imaterial do sistema informático, o que faz o computador funcionar, enquanto a noção de programa de computador é mais abrangente, incluindo não apenas toda documentação auxiliar e material de apoio como também o código fonte “escrito em linguagem de alto nível, legível pelo homem, que assim permite facilmente compreender a estrutura do sistema” (SANTOS, 2011, p. 70), e o chamado código objeto, legível apenas pela máquina, que geralmente é comercializado⁶.

Já para Areas (2010, p. 344), o *software* é a parte “não física do computador, que coordena as funções do *hardware* passando as

⁶ Como se sabe, apenas o código objeto é geralmente comercializado e o código fonte fica preservado da divulgação e do acesso público, estando, portanto, sob regime de sigilo, ou seja, protegido pelas normas do segredo de indústria e comércio (*trade secret*) no Brasil. Contudo, existem várias razões pelas quais o código fonte deve ser disponibilizado, total ou parcialmente, pelo proprietário do *software* em favor de terceiro. O primeiro motivo é o desenvolvimento de interfaces lógicas para que o programa possa rodar em determinados ambientes e interagir com outros sistemas. Essa compatibilidade do programa com outros é o que se designa geralmente por interoperabilidade, ou seja, a capacidade de os programas trocarem informações e utilizarem reciprocamente as informações permutadas (SANTOS, 2011, p. 71).

instruções para que o computador processe as informações”. Anotando ser frequente a confusão de seu conceito com o de programa de computador, sendo este mais abrangente, com “o conjunto de instruções que permite o *hardware* (computador) execute uma série de operações conforme determinado pelo profissional que o desenvolve. Em outras palavras, o código-fonte e o código objeto do *software*.”

A definição no direito positivo não diverge. Estabelece a Lei 9.609/1998, em seu art. 1º, o seguinte conceito legal:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Santos (2008, p. 5) também adverte para que se observe a distinção entre os dois termos, ainda que costumem ser utilizados em geral como sinônimos:

Em primeiro lugar, entendemos que o programa de computador em si não se confunde com o material de concepção preparatória e que sua proteção no mesmo diploma legal não pode significar uma assimilação dos termos. Em segundo lugar, parece-nos claro que as bases de dados que atualmente possuem autonomia conceitual, não podem integrar a noção de “software”. Em terceiro lugar, a tecnologia em si escapa ao âmbito da proteção autoral do programa, por constituir o “conteúdo ideativo” da obra. Resta, portanto a chamada “documentação do programa”, definida como o material contendo (a) a descrição do programa (documentação técnica), destinada a programadores e que inclui as informações técnicas e funcionalidades; e (b) as

instruções de uso de operação (documentação auxiliar), destinadas ao usuário.

Distinguem-se ainda as diferentes fases de elaboração de um programa de computador como produto do esforço intelectual do programador, para que esse programa se torne legível pela máquina (POLI, 2003, p. 22):

- a) fase de análise do problema: é o estudo do problema a ser solucionado e a escolha do processo a ser seguido;
- b) fase de programação: é a obtenção do algoritmo que melhor solucionará o problema e sua descrição em linguagem de programação;
- c) fase de transcrição: é a tradução da descrição do algoritmo em uma linguagem legível pelo computador;
- d) fase de teste: o programa é testado para verificação de seu funcionamento.

Da mesma forma, Lupi (1998, p. 25) destaca o fato de ser o *software* um objeto de criação intelectual, produto do esforço criativo do programador, que é “resultado de uma série de escolhas feitas por seu criador”, na grande maioria das vezes fruto do trabalho de uma equipe e envolvendo um elevado custo de desenvolvimento:

Seria mesmo forçado querer sustentar-se que o computador realiza por si só a grande parte do trabalho e que qualquer pessoa com o mesmo conhecimento técnico poderia chegar ao mesmo resultado. O computador só realiza aquilo que lhe foi ditado por alguém e por outro lado, os programas não visam simplesmente alimentar a máquina de informações e dados, mas sim exteriorizar ideias, de forma a solucionar problemas, emitir sons e imagens, tangíveis ao homem. A elaboração de um programa de computador é tarefa criativa, que demanda altos custos, exigindo profissionais altamente especializados. (LUPI, 1998, p. 26-27)

A preocupação com a matéria no âmbito internacional também chegou ao Brasil e o assunto passou a receber atenção governamental a partir do final da década de 1970, com a criação da Secretaria Especial de Informática (SEI). Entretanto “o Dec. 84.067, de 8.10.79, que criou a SEI, e o Dec. 84.266, de 5.12.79, que dispôs sobre sua estrutura básica, não dispensaram ao programa de computador nenhum tratamento específico” (MANSO, 1985, p. 162).

Barbosa (2010, p. 1850) cita trecho constante do relatório da Comissão Especial de Informática, formada em 1981 pela Secretaria Especial de Informática, que destaca a relevância do assunto para o governo à época:

É o *software* que incorpora o conhecimento sobre um dado sistema ou processo. Constitui o que se poderia chamar a “inteligência” dos sistemas informáticos. Estes, compreendendo na forma mais ampla: computadores, *software*, redes de comunicações e sensores (equipamentos de instrumentação) podem, na atualidade, atuar sobre os mais variados sistemas ou processos, automatizando-os e reduzindo a presença do homem a um mínimo indispensável.

Posteriormente, a Lei 7.232/84 “institui, no Brasil, um regime particular da informática, sem, contudo, ter tratado das questões atinentes à proteção do logiciário, nem de bancos de dados, tudo o que ela remeteu para legislação específica” (MANSO, 1985, p. 194). Estabeleceu essa lei o controle das importações de bens e serviços de informática – que se convencionou chamar de reserva de mercado – a contar de sua publicação (art. 4º, X) e determinou a vigilância da SEI sobre todas as contratações que envolvessem a matéria (art. 7º, VI). Vigorou até a edição da Lei 8.248, de 1991.

Em relação à reserva de mercado instituída pela mencionada Lei da Informática (n. 7.232/84), Albuquerque (2006, p. 23) menciona que, naquele período, “restringiu-se a comercialização por empresas não nacionais de minicomputadores, microcomputadores e outros produtos em que houvesse capacitação nacional”. Com a exigência de que o *software* básico de todos os computadores pessoais fosse obrigatoriamente nacional, os fabricantes se limitavam a fornecer “versões” de programas estrangeiros, o que justifica seu pequeno reflexo no mercado.

Não há consenso acerca das repercussões do período da reserva de mercado para a indústria da informática no Brasil. Paesani (2010, p. 31) critica o fechamento do mercado e tece as seguintes observações:

É inquestionável que a Lei de Informática e a SEI, com sua política, fecharam o mercado brasileiro ao que há de mais avançado em ciência e tecnologia, o que certamente ampliou a defasagem entre o Brasil e os demais países. A reserva de mercado, além de impedir a entrada de tecnologia de última geração, limitou também a aplicação de capitais externos que poderiam abrir novos campos de pesquisas e novos mercados para os profissionais brasileiros.

Na direção oposta, Lupi (1998, p. 17) destaca que, durante aquele período, as atividades relacionadas com a computação se desenvolveram livres da concorrência, o que permitiu que o País atingisse sua posição no mercado mundial:

As políticas governamentais para a informática, incluindo a reserva de mercado, propiciaram a criação de um parque industrial bastante sólido na área. No período de 1984 a 1987 o mercado brasileiro foi o que teve maior crescimento (em termos relativos), mais de 400%.

Mais que uma abertura ao mercado estrangeiro, a edição da Lei 8.248/91 mostrou-se uma clara opção pela desregulamentação em detrimento do controle, que vigorava até então com procedimentos de cadastro, em prejuízo de outras propostas que tramitavam no Congresso, uma delas inclusive de autoria do deputado Luiz Henrique da Silveira, de Santa Catarina. Arimatéa (2003, p. 58) observa que “quanto menores as limitações e restrições, mais liberal o regime econômico. Ao contrário, quanto maiores as limitações e restrições, mais socializante esse regime”.

De qualquer forma, pode-se afirmar que, com o fim da reserva de mercado, as empresas nacionais passaram a enfrentar a concorrência das grandes empresas estrangeiras, gerando significativa queda nos preços, com aumento da produção e da demanda, que coincidem com a popularização do computador no país.

A proteção jurídica dos programas de computador pelo direito autoral surge no Brasil através dos tribunais, que se anteciparam à solução legal. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no primeiro julgamento que tratou da matéria, assim decidiu, na Apelação n. 68.945, em 27/05/1986: “aqueles, ditos softwares, constituem obra de criação intelectual assimiláveis àquelas que a que tradicionalmente se destinam as proteções de direito de autor” (CHAVES, 1996, p. 116-119).

A primeira lei brasileira para proteção dos programas de computador foi aprovada no ano seguinte. A Lei 7.646, de 18 de dezembro de 1987, já definia programa de computador como sendo:

[...] a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de

emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Seu art. 2º previa a aplicação do regime de proteção dos direitos autorais pela Lei 5.988/73. Barbosa (2010, p.36/38) observa que, mesmo diante da controvérsia internacional formada à época, até a edição da legislação específica, continuou sendo esse o regime de proteção dos programas de computador:

Como fruto de uma definição política pelo internacionalismo, alinhando-se com o disposto no Trade Act norte-americano de 1974, o CONIN optou pelo direito autoral como meio de proteger o *software*. Apesar da supressão dos direitos morais, e da natureza claramente tecnológica dos programas de computador, a Lei 7.646/87 acompanha a Convenção de Berna, matriz dos direitos autorais.

Como mencionado na subseção 1.4, em 1994, o Brasil assinou o acordo TRIPS, que também prevê, em seu art. 10, § 1º, que os programas de computador sejam protegidos como obras literárias pelo prazo de 50 anos, na forma da Convenção de Berna de 1971⁷. Além disso, o art. 41-2 do TRIPS prevê defesa judicial e procedimentos adequados para a sua proteção.

Dispondo sobre a proteção da Propriedade Intelectual de programa de computador, sua comercialização no País e outras providências, a Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, traz o seguinte conceito:

⁷ Art. 10 – Programas de Computador e Compilações de Dados: 1 – Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).

Art. 1º. Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Assim, definido o conceito de programa de computador, é estabelecida sua proteção pelo direito autoral pelo prazo de 50 anos, com registro facultativo, a critério do autor (art. 3º). A Lei 9.609/1998 foi promulgada no mesmo dia que a Lei de Direitos Autorais 9.610/1998. Apesar de a numeração ser posterior, em seus dispositivos, faz expressa menção aos programas de computador como objeto de proteção:

Art. 7º São 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, tais como: [...]

XII - os programas de computador; [...]

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

O prazo de proteção estabelecido pelo direito autoral, 50 anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação, independente de registro (art. 2º, §§ 2º e 3º da Lei 9.609/98) é motivo de críticas por gerar desequilíbrio.

Para Coelho (2012, p. 409), esse prazo é mais do que suficiente para o retorno dos investimentos, principalmente considerando que “a dinâmica das inovações tecnológicas importa a obsolescência em período consideravelmente breve”.

Também Barbosa (2010, p. 1866) alerta para o fato de os programas perderem atualidade e valor diariamente por força da própria tecnologia:

Proteger um programa por mais de cinquenta anos, como os tratados aplicáveis aparentemente requerem, é absolutamente irrazoável; seria mais lógico dar um direito perpétuo. O público terá mais proveito das violetas murchas do ano passado do que um programa de mais de um século.

Apesar do programa de computador estar incluído na proteção dos Direitos Autorais, Com relação aos direitos morais do autor, de acordo com o §1º do art. 2º, nem todas as disposições da Lei de Direitos Autorais são mantidas pela Lei do Programa de Computador (n. 9.609/98). São assegurados ao autor apenas os direitos de reivindicar a paternidade do programa de computador; de se opor a alterações não autorizadas apenas quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que possam prejudicar sua honra ou a sua reputação; e o de ter acesso a exemplar único e raro da obra.

Para Lupi (1998, p. 41), o Brasil ao adotar a bifurcação dos direitos de autor em patrimoniais e não patrimoniais, da mesma forma que o direito europeu, trouxe para a Lei 9.609/1998 uma aproximação do sistema do *copyright*, que afasta parte dos direitos morais. E acrescenta: “na obra em co-autoria há a constituição de uma espécie de condomínio. Já no caso das modificações tecnológicas, estas deverão pertencer ao autor quando feitas por alguém autorizado e quando haja previsão contratual expressa” (LUPI, 1998, p. 43).

Esse tratamento diferenciado que restringe a amplitude de diversos direitos morais do autor dos programas de computador também tem sido objeto de inúmeras críticas, como a apontada por Kretschmann (2008, p. 121):

A proteção concedida ao *software*, diz-se, estabelece uma verdadeira anomalia em todo o sistema de proteção autoral. Enquanto os fundamentos do direito de autor consagram-se na proteção de prerrogativas morais, inalienáveis, incluindo entre os objetos de proteção o programa de computador, a Lei do *Software* exclui a maior parte das prerrogativas morais, estabelecendo uma série de distinções na proteção em relação às demais obras protegidas pelo direito de autor, causando, inquestionavelmente, dúvidas acerca da fortaleza dos fundamentos de proteção autoral.

Já Areas (2006, p. 200) chama a atenção para o caráter personalíssimo, perpétuo, imprescritível, inalienável e irrenunciável, característico dos direitos morais, por força dos arts. 24 e 27 da Lei dos Direitos Autorais, não admitindo qualquer ressalva contratual com relação aos mesmos.

Pimentel (2005a, p. 160) elenca as hipóteses, na forma do art. 4º, em que os direitos relativos ao programa de computador pertencem exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, quando não for estipulado o contrário:

- se for desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento de programa de computador;
- quando resultar da atividade do empregado, contratado de serviço previsto para programação de computador; ou
- que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos a programação de computador.

De acordo com o §2º do mesmo art. 4º, pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor, os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de serviços ou órgão público.

A dificuldade reside no fato de o programa de computador, na maior parte das vezes, ser fruto de um trabalho coletivo⁸. Por isso, Pereira (2001, p. 281/285) alerta tratar-se o regime de coautoria de presunções *juris et de jure* ou *juris tantum*, devendo distinguir-se a obra feita em colaboração da obra coletiva, em que o critério de diferenciação para o reconhecimento de coautores são as “contribuições pessoais discrimináveis”.

Pertence ainda ao autor ou titular o direito patrimonial exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial. O direito não se exaure pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa (art. 2º, § 5º). Esse dispositivo não se aplica aos casos em que o programa em si não seja objeto essencial do aluguel (art. 2º, §6º).

Já na hipótese de customização, ou adequação do programa às necessidades do cliente, “os direitos sobre as derivações autorizadas

⁸ “É notório que a lei dos direitos autorais não foi criada para proteger programas de computador e adapta-se com dificuldades e falhas a esse novo instituto. Uma das questões que se levantam com maior frequência diz respeito à titularidade e ao conteúdo da obra. Ao contrário do direito de autor, o programa é, em geral, uma obra executada por várias pessoas. A doutrina europeia não consegue estabelecer se a contempla como obra composta, coletiva ou de colaboração.” (PAESANI, 2010, p. 42)

pelo titular dos direitos de programas de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário” (PIMENTEL, 2005a, p. 159).

Visto o desenvolvimento dos programas de computador geralmente destinar-se a sua comercialização, Barbosa (2010, p. 2009) considera três categorias distintas de contratos, conforme o teor de padronização do programa:

- a) contratos relativos a *software* feito sob medida, nos quais o provedor se compromete a desenvolver, a partir do nada, um produto adaptado às necessidades do cliente, seja para seu uso ou comercialização para o consumidor em geral;
- b) contratos relativos a *software* produto, nos quais pode haver previsão de serviços acessórios de manutenção ou assistência técnica relacionadas a dúvidas e inaptações;
- c) contratos relativos à adaptação de um *software* produto às necessidades de um cliente.

De acordo com a Lei 9.609/98, a comercialização e o uso no território nacional de programas de computador pode ser objeto de contrato de licença (art. 7º). Na forma do art. 10, os atos e contratos de licença de direitos de comercialização de programas de origem externa deverão fixar, quanto aos tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos e estabelecer a remuneração do titular dos direitos residente ou domiciliado no exterior.

Pimentel e Areas (2008, p. 44) também lembram que, apesar de habitualmente o programa de computador ser tributado como produto, com incidência do imposto sobre circulação de mercadorias na sua comercialização, muitas vezes será resultante de um contrato de

prestação de serviços, visando à obtenção de uma solução específica encomendada pelo cliente ao desenvolvedor do programa.

Além de ser muito mais comum na prática, a contratação do fornecimento de *software* como serviço permite vantagens a ambas as partes: de um lado, o comprador dispõe da assistência técnica do desenvolvedor durante todo o tempo de duração do contrato; pelo outro, o vendedor fideliza o cliente, recebendo pelo serviço mês a mês, ainda com a possibilidade de acréscimos em razão de novas funcionalidades que venha a desenvolver.

Esse modelo, muito comum no mercado da atualidade, merece maior atenção por parte dos gestores e administradores públicos, pois evita a obsolescência dos programas com sua constante atualização, e permite a inclusão de serviços técnicos especializados no contrato, serviços estes que muitas vezes não integram a atividade-fim do órgão administrativo contratante, como se verá nos capítulos seguintes.

Comentando acerca do contrato de licenciamento, Santos (2011, p. 72) alerta para a existência de cláusulas específicas, muito comuns nesse tipo de negócio:

Dentre as modalidades de licenciamento, é prática antiga nos contratos de outorga de direitos de comercialização, em que o licenciado assume a obrigação de prestação de serviços de manutenção, suporte e desenvolvimento, a estipulação de que o código fonte é licenciado da mesma forma que o código objeto. Nessa circunstância, o licenciado fica ainda sujeito a obrigações de confidencialidade inseridas ou em cláusulas próprias do contrato principal ou em chamados “contratos de confidencialidade”. Disposições semelhantes existem nas Licenças de Uso de Programas de Computador em que o código fonte é licenciado ao usuário também para fins de manutenção, suporte e desenvolvimento de

melhoramentos destinados ao uso pessoal do licenciado.

Outra situação bastante comum é o chamado programa “de mercado de nicho”, destinado a um grupo específico de usuários como, por exemplo, programas para gestão de recursos humanos, de hotelaria ou de supermercados: “Esse produto normalmente já está pronto e acabado, no momento da comercialização, necessitando apenas, às vezes, de algumas adaptações, conforme o perfil do usuário” (PIMENTEL; AREAS, 2008, p. 44).

Se as partes pretenderem transferir a propriedade intelectual do programa de computador, para que o comprador passe a comercializar o produto como titular dos direitos, é cabível o contrato de cessão: “O cessionário ou adquirente será o novo titular (proprietário) do bem. Cessão é a disposição dos direitos de propriedade intelectual. O contrato deve ser escrito e não se presume a cessão” informam Pimentel e Areas (2008, p. 96), advertindo que se não houver ressalva expressa, a cessão valerá para todo o território nacional.

Como é impossível uma fiscalização estatal efetiva sobre esse tipo de contrato, a legislação brasileira procurou ocupar-se com a prevenção contra cláusulas abusivas e a efetivação das garantias do consumidor, na forma da Lei 8.078/1990. Ainda conforme o *parágrafo único* do art. 9º da Lei 9.609/1998, na inexistência do contrato de licença, o documento fiscal de aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso. Poli (2003, p. 64) justifica essa forma de regulamentação pela impossibilidade de celebração de contratos solenes sem a presença física dos contraentes, o

que transforma em aceitação tácita a aquisição do produto pelo consumidor:

[...] a celebração solene do contrato de licença de uso esbarraria em um óbice na prática das relações comerciais relativas a programas de computador. As grandes distribuidoras de *software* comercializam milhares de programas anualmente em todo o País. Seria absurdo exigir-se que a cada programa vendido, se celebrasse um contrato solene. Como solução para esse problema, junto com o *software*, o titular fornece, ao usuário, um documento denominado contrato de licença. Este documento, em verdade, não é um contrato, mas uma oferta, um negócio jurídico unilateral. A ele, falta o requisito contratual da bilateralidade.

Ao licenciado é assegurado o direito de cópia legal para salvaguarda (art. 6º, I), prevista limitação quanto ao número de cópias, em face da natureza dessa criação e da já mencionada facilidade para replicar. O art. 6º, além disso, em seu parágrafo III, garante ao usuário a customização, com a integração de um programa a um sistema aplicativo ou operacional, mantidas suas características essenciais, desde que para uso exclusivo de quem a promoveu.

Considerando que a finalidade de um sistema é justamente a resolução de problemas para o usuário, Poli (2003, p. 62) esclarece melhor como se dá a adequação do programa ao sistema utilizado pelo computador:

Quando ocorre a integração de dois programas, o conjunto de ambos é denominado de sistema. A função de um sistema é adequar os programas às necessidades técnicas do usuário. Desta forma, se um programa específico não atende às necessidades técnicas de determinado usuário, em sua completude, este elabora outro programa que, agindo em conjunto com o anterior, atingirá suas necessidades. Não há modificação na estrutura do

programa anterior. O que ocorre é a adequação de sua funcionalidade às necessidades do usuário. O sistema amplia a funcionalidade do programa, aperfeiçoa-lhe a aplicabilidade.

Além das garantias usuais asseguradas ao consumidor pela legislação em geral, assiste ao usuário um direito adicional de garantia, previsto no art. 8º da Lei 9.609/98, que prevê o fornecimento de serviços técnicos relativos ao adequado funcionamento do programa enquanto perdurar o prazo de validade técnica do programa de computador, ainda que cessada a sua comercialização.

Se o contrato tratar de transferência de tecnologia, deverá ser registrado junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para que produza efeitos com relação a terceiros, obrigando-se o fornecedor à entrega da ‘documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia’ (*parágrafo único* do art. 11, da Lei 9.609/1998).

Outro tema muito debatido pela doutrina ao longo dos anos tem sido a proteção dos programas de computador pelo direito autoral. Um dos críticos de primeira hora dessa forma de proteção, Ascensão (2012, p. 75) assim se posiciona:

O problema é complexo, exigindo o estabelecimento de numerosas distinções. Interessa particularmente a hipótese de a concretização alcançar um grau de indeterminação que escape a todo o controle ou previsão do programador. Neste caso, é de sustentar que sobre as obras assim produzidas não recai direito de autor. Este pressupõe necessariamente a criação humana, e por isso se prolonga através de um direito moral ou pessoal de autor. Assim como não há direito de autor sobre obra da natureza,

também não há direito de autor sobre obra de máquina.

Entre os autores nacionais, Coelho (2012, p. 407) considera a questão resolvida no Brasil desde 1987 e apresenta o problema de forma sucinta:

A classificação dos programas de computador como obra suscetível de proteção pelo direito autoral cercou-se de amplos e calorosos debates – principalmente nos Estados Unidos, ainda hoje o grande produtor, exportador e consumidor do produto. Questionou-se tal classificação a partir de argumentos que ressaltavam sua inteligibilidade pelos seres humanos, procuravam caracterizá-lo como meros bens físicos (impulsos elétricos) ou mesmo configurá-los como simples ideias insuscetíveis de proteção pelo direito autoral.

Por outro lado, Santos (2008, p. 20), em extensa tese dedicada a discutir o tema, considera polêmica até os dias de hoje a aplicação do direito autoral ao programa de computador como obra puramente utilitária, ainda que se trate de um bem econômico de grande valor tecnológico agregado:

Embora consolidado e harmonizado, o regime de direito de autor de programa de computador se mostra em fase de transição. Isto porque os aspectos controvertidos da proteção autoral ainda não foram equacionados adequadamente, em parte porque são problemas de substância, em parte porque decorrem da própria natureza do regime protetivo. O elemento mais interessante dessa controvérsia reside no fato de que os dois sistemas tradicionalmente diferentes, ou seja, o sistema de *common law* (*copyright*) e o sistema da Europa continental (*direito de autor*), se ressentem da mesma dificuldade, qual seja, a de acomodar uma criação tecnologicamente inovadora dentro dos princípios tradicionais do direito de autor.

Já Pereira (2001, p. 51/109), em trabalho que aborda a polêmica questão sob o ponto de vista europeu, denomina “metamorfose anunciada” a todo o processo de revisão da Convenção de Berna que culminou nessa transformação do Direito de Autor, com a inclusão da proteção aos programas de computador e direitos conexos como a proteção às bases de dados, criações multimídia e topografia de circuitos integrados.

No Direito norte-americano, também são citadas importantes ressalvas acerca da proteção patentária ao *software*. Bessen e Meurer (2008, p. 187 e ss.), em *Patent Failrule*, apontam importantes diferenças entre as usuais patentes de processos industriais e métodos de trabalho e as de *software*, cujos registros dispararam nos Estados Unidos a partir dos anos 1970. Consideram os autores o sistema de patentes abstratas de *software* um problema pela impossibilidade de estabelecer seus limites, causa de sua proliferação.

No Brasil, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), através de sua Diretoria de Patentes, formulou em 2011 uma consulta pública para estabelecer procedimentos par ao exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programas de computador⁹, resultando na tentativa de definição de uma série de conceitos e de requisitos para o patenteamento, o que demonstra a complexidade do assunto e a dificuldade no trato da matéria.

Mesmo um dos maiores críticos da proteção autoral dos sistemas de computador, Barbosa (2010, p. 1864) defende a criação de

⁹ Para mais informações, acessar:

<http://www.inpi.gov.br/images/stories/Procedimentos_de_Exame.pdf>.

um sistema intermediário diante da inadequação do sistema de patentes: “nenhum estado da natureza (física) é afetado pelo uso de software, exceto nos casos em que o programa é empregado como parte de um sistema industrial controlando o aparato mecânico, elétrico ou químico”.

E prossegue o autor (2010, p. 1872):

A adequabilidade do uso dos direitos autorais para proteção das tecnologias foi tanto apoiada quanto contestada ardorosamente, em especial porque o sistema do direito autoral difere significativamente dos sistemas dedicados até agora a tal tarefa, como, por exemplo, o sistema de patentes.

Em sua crítica, Barbosa (2009, p. 175) aponta para uma aparente confusão entre conceitos de *software* e *hardware*, que resultaram numa proteção autoral, “extremamente funcional para cópias idênticas, acarretando incentivos imediatos à produção e ao comércio, mas que esqueceu-se do mercado de inovação, que exige ampliação do escopo daquela tutela”.

Já para Chaves (1996, p. 48), um dos primeiros a se dedicar a essa matéria no País, a solução não reside em questionar a quem se dirige a linguagem a ser usada pelos computadores, mas na importância dos programas como sistema de comunicação para o mundo contemporâneo:

Foi aventado que os conceitos obtidos num programa de computador não poderiam ser objeto de proteção por serem ininteligíveis a qualquer pessoa: destinar-se-iam ao computador, e não ao ser humano. Mas o sofisma é facilmente refutado com a demonstração de não ser essa a única forma de comunicação interpessoal que não faz uso da palavra escrita ou oral convencional: basta lembrar as anotações musicais, os tipos Braille, o código Morse e a taquigrafia. O que é

indispensável é que realize a sua função comunicativa, mesmo do círculo restrito dos que operam com a computação, que permitem em seguida que se opere a transliteração.

No Direito francês, a proteção dos programas de computador pelo Direito Autoral é resultante do julgamento do caso PACHOT¹⁰ pela Corte de Apelação de Paris, que assim decidiu, em 2 de novembro de 1982:

Considerando que a elaboração de um programa de computador é uma obra de espírito original na sua composição e [que] sua expressão é superior a uma simples lógica automática; que ele não possui um mecanismo intelectual necessário; que os programadores analistas têm que fazer escolhas, da mesma forma que os tradutores de obras, entre diversas formas de apresentação da expressão; que a escolha tem assim a sua personalidade [...] (VARELLA, 1996, p. 186; CHAVES, 1996, p. 52).

A solução encontrada para a controvérsia foi de ordem legislativa, introduzindo-se, com a Lei 85-660, de 3 de julho de 1985, o art. L112-2 ao Código da Propriedade Intelectual, que passou a considerar os programas de computador “como obras do espírito”¹¹.

Considera Bitan (2010, p. 10) que as carências do Direito Positivo também foram aparentemente resolvidas com as reformas. O legislador francês, que optou desde 1985 pela proteção dos programas de computador com fundamento no Direito de Autor, em detrimento do Direito de Patentes, sofreu vivas críticas que levaram à adoção da Diretiva n. 91/250/CEE do Conselho da União Europeia, aprovada em 14 de maio de 1991, e à edição da Lei n. 94-361, de 10 de maio de 1994,

¹⁰ Para mais informações sobre o caso, acesse: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

¹¹ Para mais informações, acesse: <<http://admi.net/jo/loi85-660.html>>.

que prevê a proteção jurídica dos programas de computador pelo “direito comum de autor”.

Para Vivant e Bruguière (2009, p. 95-96), a proteção dos programas de computador pelo direito autoral na França – que consideram um “milagre do Direito” – dá-se mais por razões econômicas, como a proximidade com o regime norte-americano de *copyright*, do que por razões propriamente jurídicas¹².

Os dois regimes protetivos coexistentes, da propriedade literária e artística e da propriedade industrial, pretendem oferecer ao Direito uma forma de ação mais eficaz em relação à contrafação, ou seja, como vias aptas à proteção jurídica necessária aos programas de computador. Porém o debate continua vivo: como pode um programa de computador produzir um resultado industrial? Como então considerá-lo como um título literário? O problema, para Vivant e Maffre-Baugé (2002, p. 23), é que tal proteção não se endereça, em nenhuma das hipóteses, à criação humana, mas à máquina.

Santos (2008, p. 66, 426) chega a apontar quatro possíveis tipos de proteção aos programas de computador, no sistema de Propriedade

¹² “*Les oeuvres écrites du langage susceptibles d’être protégées par le droit d’auteur accueillent aussi bien les ouvrages d’Hemingway qu’un logiciel Excel, ce qui complique singulièrement tout effort de systématisation de la liste de l’article L. 112-2 CPI. Le législateur a en effet choisi, et certainement pas pour des raisons d’ordre notionnel, de protéger le logiciel par le droit d’auteur. En tant qu’ensemble d’instructions destinées à la machine – à l’ordinateur – afin de lui faire produire un certain résultat, le logiciel a pourtant une nature utilitaire et un caractère fonctionnel qui aurait dû logiquement le conduire à une protection par le brevet. La Convention sur le brevet européen de 1973 comme la loi française (dès 1968; aujourd’hui art. L. 611-10 CPI) ont cependant écarté cette hypothèse préférant mettre en valeur l’aspect écriture de cette oeuvre particulière. Ce logiciel qui se retrouve ainsi ‘aux pays des merveilles’ témoigne bien en tout cas du fait que certains écrits ‘par détermination de la loi’, alors que d’autres le sont ‘par nature’.*” (VIVANT; BRUGUIÈRE, 2009, p. 88)

Intelectual, a patente, o direito autoral, o segredo industrial e o desenho industrial, para, depois, concluir pela limitação e insuficiência dos modelos existentes ao objeto jurídico que pretendem tutelar, ainda que de diferentes maneiras e sob aspectos distintos. Reconhece então a necessidade da criação de novas teorias, como a do “*look and feel*”¹³, ou mesmo a da concorrência desleal, que atendam à necessidade de padronização e intercomunicabilidade dos programas.

Fragoso (2009, p. 43) também reconhece a pluralidade de regimes de proteção para os sistemas de computador e afirma que qualquer processo de fixação, ainda que em meio digital, serve para que se considere a sua existência física. Estabelece ainda interessante paralelo entre a legislação brasileira, a norte-americana e a francesa:

Ao transpor-se a obra (o *corpus mysticum*) da mente de seu criador para o mundo físico, para um suporte material (*corpus mechanicum*), por

¹³ A expressão “*look and feel*” refere-se: (a) ao conceito visual geral da obra (o *look* do programa), abrangendo as telas de vídeo e outras representações visuais do programa, como o aspecto gráfico e a estrutura de menus, constituindo assim parte da interface de usuário; e (b) ao funcionamento do programa, ou seja, a sequência de operações, comandos, símbolos ou de teclas de função (*keytrokes*) que produzem comandos (o *feel* do programa), assim como as técnicas de interatividade, aos quais alguns se referem como a “funcionalidade” do programa, ou seja, o modo como as funções são executadas (SANTOS, 2008, p. 289). Acrescenta ainda Santos, em nota de rodapé, que a expressão é uma variação da expressão original, que era “*total concept and feel*”, criada no caso *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, no qual dois modelos de cartões de visitas foram considerados extremamente semelhantes, não apenas nos aspectos gráficos mas também ideológicos. A expressão passou a ser usada em casos posteriores, no contexto de videogames e de obras audiovisuais.

“*Le look & feel correspond à l’aspect visuel du programme tel qu’il apparaît à l’écran. Il semble donc plus facile de le protéger par le droit des dessins et modèles ou par le droit commun de la concurrence déloyale ou parasitaire si l’on peut démontrer une faute, bien qu’en matière d’ergonomie les possibilités d’offrir un aspect convivial ne son pas illimitées. Si le droit d’auteur a été envisagé pour assurer la protection du look & feel, les conditions de mise en oeuvre de cette protection (originalité, preuve de la contrefaçon) sont ici peu évidentes à démontrer*” (BITAN, 2010, p. 27).

qualquer processo de fixação, passa a obra a existir no mundo físico em caráter permanente, especialmente dada a possibilidade de sua reprodução por cópias físicas, por armazenamento digital, microfilmagem etc., tudo conservado ou publicado. Tal aspecto é ressaltado com praticidade anglo-saxônica na lei norte-americana (*A work is 'created' when it is fixed in a copy or phorecorded for the first time*). A lei francesa (Lei n. 92-597, de 01 de julho de 2002 – Código de Propriedade Intelectual), em seu Art. L.111-1, diversamente admite um ‘direito de propriedade incorpórea’ do autor sobre a obra pelo simples fato de sua criação. A nossa lei, em seu artigo 7º, já consigna que são protegidas as “criações do espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte [...]’.

Como já foi colocado anteriormente, não é objetivo aqui debater os fundamentos da proteção intelectual dos programas de computador, mas estudar um aspecto prático desse tipo de criação: a proteção dos programas de computador criados ou customizados para utilização pela administração pública na gestão do Poder Judiciário.

Assim, defende-se a importância dessa proteção, qualquer que seja sua forma, para que o Brasil possa superar sua condição de exportador de recursos naturais¹⁴ e passe a produzir tecnologia capaz de gerar riqueza e benefícios para a sociedade, como apresentado no tópico inicial:

Somente com a adoção de um sistema jurídico que facilite o desenvolvimento da tecnologia numa base sólida e viável, com a proteção dos interesses dos geradores de conhecimento (autores e inventores), será criado um ambiente favorável

¹⁴ Segundo a balança comercial brasileira, em 2012 os produtos básicos ainda representaram 46,8% das exportações brasileiras. Mais informações em: <www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1357159582.ppt>.

que beneficie o interesse comum. Essa perspectiva instrumental da propriedade intelectual foi contemplada pelo art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, no qual se prevê que a proteção às criações industriais tem em vista “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 69).

Nesse aspecto, tem razão Pinheiro (2010, p. 279) quando defende que “entrar na economia digital não é uma opção, é uma tarefa indiscutível dos governos. O Brasil é líder dos países emergentes em relação ao tema governo eletrônico e tem um papel orientador para os países da América Latina e para os outros países emergentes”.

Inúmeros exemplos de uso pela administração pública podem ser apontados com destaque para a atuação do governo brasileiro, como o uso da urna eletrônica desde 1996, a apresentação das declarações de imposto de renda à Receita Federal pela internet desde 1997, a adoção e regulamentação do ensino à distância pelo Ministério da Educação, o uso de prontuário médico eletrônico na saúde pública e a informatização do processo como política de administração da Justiça, aspecto que será aprofundado no próximo capítulo.

A importância dessa forma de tecnologia como vital e estratégica para o atual estágio de desenvolvimento da economia do País é reconhecida por diversos autores. Paesani (2010, p. 58) destaca “alguns nichos de mercado, como automação industrial e bancária, telecomunicações, internet banking”, que tornam o Brasil um mercado competitivo em relação aos Estados Unidos e Europa. Já Lupi (1998, p. 25) aponta a evolução dos indicadores econômicos para ressaltar “a necessidade da presença da norma jurídica no campo da informática,

para assegurar a preservação dos valores maiores como a justiça e a liberdade, conferindo segurança jurídica nestas relações, bem como fomentando a evolução do setor”.

Para a pesquisa da ABES - Associação Brasileira das Empresas de *Software* divulgada em 2013, no ano de 2012 o País terminou ano na 7ª posição no ranking mundial, tendo movimentado 60,234 bilhões de dólares nesse mercado, o que corresponde a cerca de 1,5% do PIB brasileiro. A quantia de 9,485 bilhões de dólares negociados em programas de computador no mundo, equivalentes a 2,5% do mercado mundial, dá uma ideia do espaço que esse mercado ainda tem para crescer no Brasil, seguindo a linha crescente contínua dos últimos anos. Já os 15,449 bilhões de dólares movimentados em serviços mostram a importância desse modelo de negócio no mercado brasileiro.

Ainda segundo a mesma pesquisa, das 10.736 empresas dedicadas ao desenvolvimento, produção e distribuição de *software* no país, 93,4% são classificadas como micro e pequenas empresas. Significativa também é a participação do governo nos investimentos no setor, com 26% de crescimento em relação ao ano anterior.

Numa época em que o capitalismo central enfrenta uma crise duradoura que se aprofunda cada vez mais, o Brasil desponta como o terceiro mercado mais promissor da economia mundial em 2013, como divulgado em recente pesquisa da empresa de consultoria PricewaterhouseCoopers (PwC)¹⁵, vendo-se diante da real possibilidade de romper de uma vez com o histórico de pobreza e desigualdades, quadro em que se torna importantíssima a utilização do Direito como forma de incentivar a economia e superar a burocracia e a corrupção:

¹⁵ Estadão (2013c).

Em países em desenvolvimento como o Brasil o emprego eficiente dos recursos existentes deve ser uma prioridade nacional. Para enfrentar seus problemas, a sociedade brasileira necessita de instrumentos jurídicos eficientes que estimulem as atividades produtivas, a resolução de conflitos de forma pacífica, a democracia, a livre iniciativa, a inovação, e a redução da corrupção e da burocracia, do desperdício e da pobreza. O estudo dos incentivos postos pelos institutos jurídicos faz parte deste esforço, e os estudiosos do Direito podem e devem tomar parte neste processo (SALAMA, 2008, p. 61).

Assim, a atuação do Estado como regulador da atividade econômica (CF, art. 174) ganha especial relevância, especialmente ao tratar das novas tecnologias da informação, que criam cada vez mais e mais novas possibilidades de mercado e de crescimento.

1.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES

No desenvolvimento deste capítulo, foi possível verificar-se a maneira pela qual se deu o impacto das novas tecnologias no conceito de propriedade e sua transformação para abranger também direitos privativos com dimensão patrimonial, como os direitos autorais e outros bens imateriais que incluem desenhos e modelos, patentes de invenção, marcas comerciais e, mais recentemente, a topografia de semicondutores ou as obtenções vegetais, que, para Xifaras (2004, p. 343), do ponto de vista de sua utilidade, pertencem a um gênero superior ao das produções materiais.

Ainda que não haja consenso pela doutrina sobre a forma de tratamento da Propriedade Intelectual dos programas de computador, o que se vê na prática é uma harmonização da legislação em âmbito internacional, o que indica uma profunda transformação que adquire enorme importância prática ao facilitar a extensão desses direitos aos novos objetos que estão a surgir e fortalecer as prerrogativas dos seus titulares e a convergência dos regimes jurídicos (XIFARAS, 2010, p. 52).

Falar aqui em propriedade imaterial de letras de câmbio e fundos de comércio, no direito privativo de reproduzir qualquer tipo de obra, ou na proteção pelo direito autoral ou pelo direito de patentes não é o essencial. O Direito de Propriedade Intelectual deve ser estudado de forma muito mais abrangente que a simples apropriação privativa e alcançar todo o complexo de direitos e poderes que tal apropriação confere ao seu titular, bem como daquelas específicas esferas intangíveis que não podem ser objeto de apropriação pelos particulares (XIFARAS, 2004, p. 99).

Vivant (1997, p. 16) avalia o processo de contínuo desenvolvimento da propriedade imaterial até o estágio atual. De um primeiro momento, a ausência de propriedade, em que o segredo era a única maneira de proteger a informação, passa-se a um segundo tempo, quando uma proteção mais elaborada vem assegurar publicamente ao “mestre” da informação uma propriedade através da fórmula patentária que reconhece o direito privativo sobre uma criação, em contrapartida à colocação ao conhecimento de todos de sua criação, sem que seja mais necessário o recurso à técnica do segredo. Já no terceiro tempo, o autor identifica um cúmulo entre propriedade e segredo, como impressiona o

caso dos programas de computador: frequentemente verifica-se direito autoral sobre um *software* criptografado. Nos contratos, as cláusulas de confidencialidade servem para “dobrar” as cláusulas de propriedade. E ainda existem situações nas quais não existe nem propriedade nem segredo sobre uma informação. São aquelas em que outros interesses querem obter qualquer coisa, ainda que mal definida, beirando a concorrência parasitária ou desleal.

Como se vê, ainda não está claro o rumo (ou os rumos) que irão tomar os direitos de propriedade sobre bens intelectuais. Essa transformação será guiada pelo ritmo das inovações, como também pelas boas práticas contratuais, comerciais ou administrativas realizadas em razão delas, sem esquecer todas as pressões culturais e econômicas exercidas pelos diversos atores envolvidos com a matéria, cuja busca de equilíbrio entre interesses diversos acaba por resultar num autêntico Direito plural, multifacetado (VIVANT; BRUGUIÈRE, 2009, p. 46).

Claro que isso não se dará sem alguma dificuldade diante da dinâmica que impera entre a criação e o mercado de consumo. Sendo, como se viu, a propriedade fruto do Direito Positivo, a grande questão é a capacidade de adaptação do Direito às inovações tecnológicas. Assim também entendem Vivant e Maffre-Baugé (2002, p. 7): “O espaço virtual e a internet não são passíveis de controle a não ser por normas legais, o que levanta forçosamente a questão acerca da adaptação ou da adaptabilidade do direito”.

Daí a importância da correta atuação do Estado, tanto no que diz respeito às relações privadas e comerciais como em suas próprias relações internas, para que não haja desequilíbrio e que a propriedade

sirva para promover o bem de todos, como se passará a estudar no capítulo que segue.

CAPÍTULO II: GESTÃO PÚBLICA E INFORMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

A sociedade só pode ser compreendida através de um estudo das mensagens e das facilidades de comunicação de que disponha e [da percepção] de que, no futuro desenvolvimento dessas mensagens e facilidades de comunicação, as mensagens entre o homem e as máquinas, entre as máquinas e o homem, e entre a máquina e a máquina, estão destinadas a desempenhar papel cada vez mais importante (WIENER, 1993, p. 87).

Para a identificação do problema, aborda-se a gestão do Poder Judiciário, ou seja, sua função administrativa e não jurisdicional. Para isso, inicia-se com um estudo das principais formas de administração pública: a burocracia e a gestão pública, introduzida pela nova administração pública. Essas mesmas transformações da administração também alcançam o Poder Judiciário, como consequência da intensificação de sua atuação nas últimas décadas. As reformas constitucionais e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pretendem trazer para a Justiça os princípios da gestão pública, imprimindo-lhe eficiência e celeridade. Para isso, tem destaque a aplicação das novas tecnologias da informação na gestão da Justiça, em especial o processo eletrônico. A adoção generalizada do processo eletrônico por Tribunais de todo o país demonstra ser muito mais do que uma resposta à massificação das demandas e a explosão do número de

processos em tramitação. Trata-se de uma ferramenta fundamental para a execução do planejamento e a avaliação dos resultados, tão necessários à boa gestão pública. Isso ressalta a necessidade do uso e desenvolvimento dos programas de computador cada vez mais sofisticados e customizados, que são o tema da presente investigação como objeto de Propriedade Intelectual. Procura-se assim demonstrar como a falta de uma gestão adequada, em especial no tocante à questão do *software*, gera desperdício e perda da análise da informação, elementos essenciais para a busca de resultados de uma Justiça mais célere.

2.1 A ADMINISTRAÇÃO EM TRANSFORMAÇÃO

Para adentrar no estudo do patrimônio intangível da administração pública, mais especificamente aquele decorrente da informatização do Poder Judiciário, e fazer uma correta contextualização do problema ligado à titularidade do programa de computador usado na gestão da Justiça, é necessário descrever esse modelo de gestão – utilizado atualmente pela administração pública no Brasil – e observar como se chegou a ele com as reformas do aparelho burocrático promovidas a partir do final do século passado.

Torna-se útil, a essa altura do trabalho, uma releitura da dissertação Administração gerencial e a reforma administrativa no Brasil (SILVA, 2008), já que, mesmo diante de tão intensas transformações

atravessadas pela sociedade, pela administração pública e pelo Direito, continua válida a lição de Gordillo (1977, p. 37) quando afirma que: “o Direito Público que estuda a ação do Estado não é mais nem pode ser o mesmo, posto que a ação do Estado mudou tanto”.

Do cenário atual da administração pública brasileira, este estudo passa a uma rápida análise da gestão no Poder Judiciário, com reconhecido papel de destaque no processo político-sociológico nacional. Por se tratar de um dos principais temas da presente pesquisa, é importante que se relacione adequadamente a informatização com a gestão da Justiça, considerada sua importância para o bom andamento dos trabalhos, e a irreversibilidade da passagem de um modelo amparado no processo em papel para a ampla utilização do processo eletrônico, o que implica a criação dos programas de computador – cerne do problema a que se dedica esta tese.

Ainda que a informatização da Justiça não seja a solução para o problema da explosão de litígios e sua conseqüente morosidade, impossível é falar em gestão do Poder Judiciário sem abordar o progressivo processo de informatização da Justiça hoje presenciado pelo Brasil, cujos reflexos se encontram não apenas na aceleração da execução dos serviços, mas também no planejamento e avaliação de resultados, o que, em última análise, irá refletir-se diretamente na sociedade. Esse resultado encontra respaldo em Pimentel (2006a, p. 574) quando alerta: “não é possível um país chegar ao desenvolvimento sem que a sociedade resolva prontamente, ou pelo menos num espaço razoável de tempo, os seus conflitos”.

A dupla legitimação democrática, que associa a representatividade à obtenção de resultados, na forma apresentada por

Rosanvallon¹⁶, busca consolidar a imparcialidade, a reflexividade e a proximidade com os cidadãos e resulta na necessidade de se repensar a administração da Justiça, com a aplicação dos princípios da nova administração pública da eficiência, razoabilidade e responsabilidade fiscal, em direção a uma universalização dos serviços que prestigie a celeridade e a efetividade. Tais objetivos não podem ser ambicionados sem fazer-se uso das novas tecnologias da informação.

Com a maior aproximação entre instituições públicas e sociedade que tais meios proporcionam, o Direito pode vir a ser usado como técnica operacional de gestão, em consonância com o alerta de Medauar (2003, p. 105), “parece difícil sustentar numa época de mudanças súbitas o imobilismo de um modo de ser do Estado. Certamente o Estado sofrerá mutações, mais rápidas na prática do que na elaboração teórica”.

É nesse contexto de profundas transformações em pleno curso, tanto no espaço público quanto no privado, confrontando o fluxo acelerado das informações, o amadurecimento da sociedade brasileira com a consolidação da democracia e as exigências de ordem econômica que prossegue o presente capítulo. Afinal, “o estudioso do direito administrativo, se não deseja tornar-se mero narrador ou cronista, deve procurar unir-se ao direito em mutação, perscrutando-lhe os rumos, mas sem se perder nas inúmeras particularidades do seu movimento” (CASSESE, 2004, p. 23).

¹⁶ “Elles élargissent encore de cette façon les typologies classiques fondées sur la seule opposition de la légitimité par les fondements (input legitimacy) et la légitimité par les résultats (output legitimacy)” (ROSANVALLON, 2008, p. 20).

2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA

Há muito que se procura tornar a administração pública mais transparente, dinâmica e eficiente. A administração burocrática desenvolveu-se no século XIX como resposta ao patrimonialismo dominante nos governos absolutistas e despóticos do passado, quando imperava o segredo de Estado, o governo atuava em nome da aristocracia e a coisa pública se misturava com o patrimônio do soberano.

Até a década de 1930, encontrava-se no Brasil uma administração nitidamente patrimonialista. Nessa forma de administração¹⁷, predominam a ausência de organização profissional do quadro funcional, a ausência de especialização de funções e limitação dos poderes estatais e, mesmo, a ausência de estatuto dispondo acerca dos direitos e responsabilidades dos servidores e cidadãos, o que, sem dúvida alguma, representa um entrave ao desenvolvimento econômico.

Para Faoro (1995, p. 736), a administração patrimonialista – que apresenta marcas evidentes até hoje difíceis de erradicar no Brasil, tais como a corrupção e o nepotismo – tem como característica marcante a grande capacidade de adaptação da elite para permanecer no estamento detentor do mando administrativo:

Característico principal, o de maior relevância econômica e cultural, será a do predomínio, junto ao foco superior de poder, do quadro administrativo, o estamento que, de aristocrático, se burocratiza progressivamente, em mudança de

¹⁷ Sobre as profundas raízes do patrimonialismo na formação do Estado brasileiro, ver também Schwartz (2011, p. 253 e ss.).

acomodação não estrutural. O domínio tradicional se configura no patrimonialismo, quando aparece o estado-maior de comando do chefe, junto à casa real, que se estende sobre o largo território, subordinando muitas unidades políticas.

Com modelo copiado do exército prussiano pelos principais países europeus no século XIX, a administração burocrática chegou tardiamente ao Brasil, durante o regime do Estado Novo de Getúlio Vargas. Em 1936, a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes, criou o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP). A partir de então, a nítida separação entre público e privado, Estado e mercado, tornou-se diretamente ligada ao desenvolvimento do capitalismo industrial no País (PEREIRA; SPINK, 1999, p. 241).

Não mais havendo a apropriação característica do patrimonialismo, fomentou-se o desenvolvimento econômico, já que a arrecadação tributária passou a ser feita em nome do Estado e não mais em nome do soberano ou do servidor, como ocorria no modelo patrimonialista. Buscou-se, com isso, maior transparência no uso da coisa pública.

A administração burocrática, descrita por Weber (1997, p. 173-178) como forma pura em razão de não ser rigorosamente encontrada na aplicação prática, recebe tal denominação por efetivar o exercício administrativo por intermédio de expedientes escritos, possuir um corpo de funcionários estáveis e profissionalizados (a burocracia¹⁸) e fazer funcionar a dominação com base no “estatuto”, legislação aprovada e

¹⁸ Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção - dois traços inerentes à administração patrimonialista -, os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional (PEREIRA; SPINK, 1999, p. 26).

sancionada de maneira genérica e impessoal conforme as regras do direito positivo, o que dá legitimidade ao exercício do poder sob uma forma que pressupõe a vontade de obedecer por parte dos administrados. Estes deverão pesar as consequências entre atender a legislação e usufruir das vantagens do sistema ou desobedecê-la e submeter-se às sanções correspondentes.

Ao mesmo tempo que é exercida pela lei por meio de regras gerais e abstratas (*per leges*), a dominação racional é também limitada pela lei, devendo o mandatário respeitar o ordenamento jurídico (governo *sub lege*), ambas características dos chamados Estados constitucionais, também denominados Estados de Direito¹⁹.

Tais características, contudo, antes de se traduzirem em vantagem, acabam por sufocar qualquer instituição em que a burocracia passa a ser autorreferenciada, ou seja, torna-se a própria razão de sua existência. Tal fato acaba por contaminar o sentido do termo burocracia que se reflete na compreensão do senso comum, “isto é, o clima de rotina, de rigidez, de opressão e de irresponsabilidade que caracteriza as

¹⁹ Conforme Bobbio (1992, p. 148): A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado “constitucionalismo”). Por separação dos poderes, entendo – em sentido lato – não apenas a separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos situados no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos nas várias formas de autogoverno, que vão da descentralização político-administrativa até o federalismo. O segundo processo foi o que deu lugar à figura – verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado – do Estado de direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam (ainda que frequentemente com certa margem de discricionariedade) suas decisões. Ele corresponde àquele processo de transformação do poder tradicional, fundado em relações pessoais e patrimoniais, num poder legal e racional, essencialmente impessoal, processo que foi descrito com muita penetração por Weber.

organizações que provocam nosso descontentamento” (CROZIER, 1981, p. 6).

Como forma de atender à contínua demanda por serviços públicos e numa tentativa de promover a “desburocratização”, foi editado o Decreto-Lei 200/1967 ainda durante o regime militar, na chamada segunda reforma administrativa idealizada por Hélio Beltrão e Nazaré Teixeira Dias e conduzida por Amaral Peixoto. Trazia esse decreto-lei uma série de inovações, como a descentralização e a terceirização, dava maior autonomia à administração indireta, e atribuía diversos serviços públicos à iniciativa privada, para “retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado” (PEREIRA; SPINK, 1999, p. 244).

Ainda segundo Pereira (1999), seja em razão do populismo dos anos 50, ou do nacionalismo do período militar, aliados às elites nacionais que tanto usufruíram em proveito próprio, na esteira das amplas modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 200, de 1967, agravou-se ainda mais o endividamento do País e a crise fiscal se fez sentir no Brasil após o fracasso do Plano Cruzado, em 1987.

Apesar das críticas, a burocracia representou grande avanço para a época. A prática administrativa burocrática se faz por expedientes escritos para permitir seu controle *a posteriori*. Forma-se um corpo de funcionários estáveis e profissionalizados para atuar com base na legislação sancionada conforme as regras do direito positivo, e o exercício do poder pressupõe a obediência à legislação por parte de administradores e administrados (dominação racional-legal). Tais características, descritas por Weber (1997, p. 173-178), proporcionam, dentre outras vantagens, maior intensidade e extensão no serviço

público, precisão, continuidade, disciplina, rigor, confiança, e calculabilidade para o governante e para os cidadãos²⁰.

A subordinação e o controle que a hierarquia e a impessoalidade proporcionam acabam, contudo, por gerar círculos viciosos que imobilizam a burocracia, reforçando a necessidade de mais subordinação e controle. São identificados quatro traços característicos essenciais nesses círculos viciosos: o desenvolvimento de regras impessoais, que descrevem nos mínimos detalhes as funções e condutas dos servidores; a centralização das decisões nas mãos dos ocupantes de cargos “políticos”, o que acaba por gerar disputas internas na organização; o isolamento de cada categoria hierárquica, com pressão do grupo sobre o indivíduo, justamente em razão do desenvolvimento das regras impessoais; e o desenvolvimento de relações paralelas de poder em torno das zonas de incerteza geradas pelas dificuldades na interpretação muito centralizada (CROZIER, 1981, p. 274/281; CROZIER, 1963, p. 230/236).

A centralização e a falta de confiança são reforçadas pela dificuldade de comunicação entre as camadas hierárquicas, protagonizando aquilo que se denomina “o impossível diálogo entre o cego e o mudo”:

Os serviços centrais de concepção (os cegos) ausentes dos espaços da produção, não conhecem os imprevistos que aí surgem e, portanto, não podem levá-los em consideração na concepção.

²⁰ A razão decisiva que explica o progresso da organização burocrática tem sido sempre sua superioridade técnica sobre qualquer outra organização. [...] Especialmente no que toca à organização da administração da justiça, tal estrutura cria a base para a organização de um direito sistematizado e racional fundado em “leis”, tal como criado em sua maior perfeição técnica pela época imperial romana (WEBER, 1997, p. 716-752).

Aqueles que estão no espaço da produção (os mudos) conhecem as incertezas, mas não têm a possibilidade de se fazer ouvir e, menos ainda, de intervir na concepção dos processos (LOJKINE, 2002, p. 119-120).

Às dificuldades culturais e organizacionais, que demandam maior flexibilidade para a adaptação da administração às constantes transformações da sociedade, somam-se as limitações de natureza econômica, não menos importantes.

A partir da crise do petróleo, em 1973, o modelo burocrático do Estado de providência começou a apresentar sinais de esgotamento, passando a receber críticas cada vez mais exacerbadas em todo o planeta, pela excessiva carga de despesas públicas e das respectivas receitas que acarretava, exigindo, conseqüentemente, um sacrifício cada vez maior do contribuinte.

No Brasil, as empresas estatais, criadas a partir da reforma de 1967 para promover desenvolvimento, revelaram-se incapazes de enfrentar esses desafios. Abrucio (*apud* PEREIRA; SPINK, 1999, p. 178) descreve alguns dos inúmeros fatores que conduziram à crise do modelo do *welfare state*²¹, bem como as diversas formas de sua eclosão ao redor do mundo:

Foi nesse contexto de escassez de recursos públicos, enfraquecimento do poder estatal e avanço de uma ideologia privatizante que o

²¹ “Gordillo (1977, p. 73) conceitua Estado de bem-estar (Estado social ou welfare state) como sendo aquele que *intervém ativamente a favor dos cidadãos especialmente dos menos poderosos, os quais necessitam de sua ajuda. Seu campo de ação é especialmente econômico, a fim de obter a ‘liberdade da necessidade’*, em oposição à forma anteriormente consagrada (o Estado liberal) fundada no direito de propriedade, onde o interesse geral consistia na liberdade de cada um obter o que melhor lhe aprouvesse com seu próprio esforço.” (SILVA, 2002, p. 37)

modelo burocrático entrou em profunda crise. Não obstante, é importante lembrar que esse processo não ocorreu nem no mesmo momento histórico nem da mesma forma nos diversos países. Mais do que isso, deram-se respostas diferenciadas a problemas muito parecidos. Contaram para isso a tradição administrativa, as regras do sistema político, o grau de centralização existente e a força do consenso pós-*Welfare State* presente em cada nação.

Além da crise econômica, as modificações da estrutura social no período pós-1968 completam as causas da “fissura cultural” do Estado-providência, assim enumeradas por Rosanvallon (1997, p. 30-32):

1. relativização da procura de igualdade frente à procura de segurança através de um Estado-protetor, já que a cada dia se apresentam novas urgências (riscos tecnológicos, ambientais, violência urbana etc.);
2. descompasso entre o crescimento da produção e o ritmo das despesas públicas;
3. desproporcionalidade entre o inchaço dos ‘descontos obrigatórios’ e a redução das desigualdades, seu reflexo esperado – com a ampliação do universo dos contribuintes, os pobres acabam pagando a maior parte do custo social pela falta de um critério justo de distribuição;
4. direcionamento de benefícios, pelos programas sociais mais importantes, especialmente às classes médias, deixando muitas vezes ao desamparo os que realmente necessitam;
5. surgimento de novos meios de proteção social, alheios ao Estado, como decorrência do ‘Estado clientelista’ apontado no item anterior.

A causa inicial dessa ruptura, ainda segundo o sociólogo francês, reside na inquestionável dificuldade em se promover a redução da desigualdade dentro do sistema capitalista. Considerando não ser

mais possível a ampliação dos descontos obrigatórios, de modo a abranger todas as responsabilidades imputadas ao Estado-providência, o autor apresenta em forma de questionamento o problema central: “há um limite sociológico para o desenvolvimento do Estado-providência e para o grau de redistribuição que o seu financiamento implica?” (ROSANVALLON, 1997, p. 15).

Quanto maior o espectro de ação do Estado, maior deve ser o aparato burocrático, o que determina aumento das despesas e, conseqüentemente, a necessidade de controle sobre o seu funcionamento, por tornar-se, em decorrência, presa fácil das práticas de *rent-seeking*²², assim entendidas como novas formas de apropriação da *res publica* praticadas por particulares em proveito próprio, já que facilmente conseguem seus intentos pelo fato de disporem de informações que não são controladas pelo poder público (PRZEWORSKI, 1999, p. 43).

Sendo os recursos públicos por natureza limitados, fica evidente a saturação fiscal enquanto a máquina estatal se mostra insuficiente à demanda crescente. A resposta para esse problema passa então obrigatoriamente por uma ampla reformulação de ordem econômica, pois, como Rosanvallon (1997, p. 35) acrescenta:

[...] o Estado-providência total (100%) de descontos obrigatórios não conduziria, paradoxalmente, a uma socialização transparente, mas, ao contrário, a uma opacificação generalizada e absoluta das relações sociais; não conduziria a uma solidariedade completa, mas a

²² “Práticas de *rent seeking*, ou oportunismo na administração pública: seja através de contratos incompletos pela falta de informações da administração na sua elaboração, seja pela impossibilidade de se monitorarem os resultados, igualmente por não ter a administração acesso aos dados necessários”. (SILVA, 2002, p. 63)

uma situação disfarçada de guerra de todos contra todos.

A ideia do modelo gerencial de administração apresenta-se fundada num sistema de dominação racional-legal, ou seja, em conformidade com o Estado de Direito e utiliza-se da estrutura criada pela administração burocrática, muito embora em diferentes graus de acordo com o setor em que é aplicado. Por isso mesmo, a reforma administrativa vem sempre acompanhada da correspondente reforma legislativa.

Da mesma forma que as inovações tecnológicas afetaram desde as relações de trabalho até as familiares, as transformações no setor público dos últimos anos do século XX transbordaram fronteiras e afetaram toda a sociedade, com a mudança de comportamentos, culturas e costumes e, como resultado disso, viu-se, em todo o mundo, a superação do Estado nacional e da forma burocrática de administração.

2.3 GESTÃO PÚBLICA E NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após uma fase de intenso crescimento denominada no Brasil de “milagre econômico”, a crise inaugurada com a primeira grande escassez mundial de petróleo refletiu-se nas administrações públicas ao redor do mundo. Sob a influência de Margaret Thatcher, na Inglaterra (a partir de 1979), e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos (a partir de 1980), os organismos econômicos internacionais (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e, posteriormente, a Organização Mundial

do Comércio), vieram a exigir políticas de austeridade econômica e equilíbrio fiscal como forma de controlar os altos índices de inflação provocados pelo descompasso entre a arrecadação e os gastos públicos (SADER, 1996, p. 86; ROSANVALLON, 1997, p. 43).

Medauar (2007, p. 38) descreve uma aproximação cada vez maior entre o direito administrativo e a ciência da administração, numa relação interdisciplinar que objetiva aprimorar o serviço e buscar um atendimento adequado às crescentes necessidades cada vez mais diversificadas da população.

A administração gerencial veio a ser construída no Brasil a partir do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, com a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 173/95, encaminhada pelo governo ao Congresso Nacional em 23 de agosto de 1995, com o intuito de “aperfeiçoar e atualizar os dispositivos constitucionais sobre a administração pública” (BRASIL, 1995, p. 9).

Entre as características da chamada nova administração pública, estão elencadas: a desconcentração com passagem do poder decisório para os níveis políticos regionais e locais; a descentralização administrativa com delegação de autoridade e de serviços públicos; a criação de organizações com poucos níveis hierárquicos e mais flexíveis; uma confiança limitada com controle *a posteriori* dos resultados; e a administração voltada para o atendimento ao cidadão, que passa a ser visto como um consumidor cada vez mais exigente dos serviços públicos (PEREIRA, 1999, p. 243).

Em todo o planeta, as administrações são chamadas a prestar contas e apresentar resultados. É, novamente, Medauar (2007, p. 28)

quem descreve as principais transformações com relação à política organizacional da chamada nova administração pública:

- a) modelos organizacionais com menos graus hierárquicos, menos chefias, mas cada qual com mais poder de decisão;
- b) desconcentração e descentralização para conferir poder de decisão a escalões hierárquicos inferiores ou setores locais;
- c) eliminação de superposição de órgãos com atribuições semelhantes;
- d) redução drástica dos cargos em comissão;
- e) aplicação rigorosa da exigência de concurso público para investidura em cargo, função e emprego público;
- f) treinamento e reciclagem constante dos servidores públicos;
- g) instituição de carreiras, em todas as funções, com avaliação verdadeira de mérito;
- h) redução enérgica de exigências de papéis e documentos inúteis;
- i) implantação de controle de resultados e de gestão.

Essas mudanças, que passam a ocorrer nas administrações públicas ao redor do mundo todo a partir da década de 1980, são sintetizadas por Gordillo (1977, p. 39) em três novos princípios para a administração pública, resultantes da prevalência da ordem democrática e do sufrágio universal:

- **consenso e adesão** – pressupondo *uma liderança fundada no consentimento dos liderados ou particulares* e exigindo a adesão não só do administrado como também do funcionário que executará a decisão administrativa, tal princípio surge como resultado imediato da fabulosa difusão dos meios de comunicação de massa e do poder da opinião pública;
- **motivação ou explicação** dos atos decisórios como exigência política, consequência direta do princípio anterior; ou seja, tem o

consensualismo como *base essencial do conceito democrático do exercício de poder*; e

- **participação da sociedade nas decisões administrativas**, por meio de uma *gestão tripartida dos serviços públicos*, integrada pelo poder administrativo, pelos usuários e pelas entidades prestadoras do serviço público, reunidos em comissões ou através de outros meios de consulta, tal como o orçamento participativo.

Tais princípios, aliados às respectivas transformações constitucionais e legais viabilizadas com o amadurecimento das democracias, pretendem melhorar as condições de trabalho dos servidores públicos e aumentar o acesso da população aos seus serviços. Somente a renovação de quadros e o estímulo ao desenvolvimento profissional com o uso das novas ferramentas tecnológicas podem garantir o respeito da sociedade aos servidores e a certeza de que seu trabalho é necessário, possibilitada a correta aferição dos resultados.

Ao tratar da gestão pública por resultados, Trosa (2001, p. 27) apresenta vários exemplos de como isso pode se dar: conhecendo os custos e os níveis de serviços prestados aos cidadãos; definindo as margens de produtividade para melhor preparar as futuras ações; descentralizando as responsabilidades e delegando poderes; e adaptando melhor as qualificações e competências para os cargos a serem preenchidos.

Dentre os principais pontos diferenciais da administração gerencial em relação à burocrática, estão: a confiança limitada que é depositada no gestor público, que goza de relativa autonomia para alcançar as metas, pré-fixadas e controladas a posteriori através dos resultados, em oposição à administração burocrática, que controla todos

os procedimentos de compras e contratações, como consequência da desconfiança absoluta no administrador; e a orientação centrada no atendimento ao cidadão, que passa a ser visto como cliente, numa visão nitidamente mercadológica, em oposição à administração burocrática, que, como se viu, frequentemente é acusada de ser autorreferente (PEREIRA; SPINK, 1999, p. 29-30).

Pereira (*apud* PEREIRA; SPINK, 1999, p. 243) assim resume as características fundamentais da nova administração pública:

- a) descentralização do ponto de vista político, transferindo-se recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
- b) descentralização administrativa [desconcentração], através da delegação de autoridade aos administradores públicos, transformados em gerentes cada vez mais autônomos;
- c) organizações com poucos níveis hierárquicos, ao invés de piramidais;
- d) organizações flexíveis, em lugar de unitárias e monolíticas, nas quais as idéias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar;
- e) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total;
- f) controle a posteriori, em substituição ao controle rígido do passo a passo dos processos administrativos; e
- g) administração voltada para o atendimento ao cidadão, não mais autorreferida.

Além de propiciar o ajuste fiscal ao Estado e devolver-lhe a capacidade de definir e implementar políticas, a descentralização e a desestatização tendem a transferir as esferas decisórias para níveis locais, com a supressão de normas e a delegação de tarefas à iniciativa privada através do sistema de gestão. Segundo Moraes (2007, p. 131), “a Reforma Administrativa é uma atitude de gestão, pois deve ser

permanente, respondendo automaticamente à última crise produzida na sociedade”. Mais que isso, para reformar a administração é preciso intervir na “dimensão cultural” (CROZIER, 1981, p. 73), para quebrar os círculos viciosos e superar o legado paralisante da burocracia, o que exige investimento em recursos humanos fazendo com que as pessoas envolvidas no processo adquiram novas capacidades para, ao lado dos avanços técnicos e legislativos, fazer frente aos progressos econômicos e mudanças culturais na sociedade.

Assim, todo o processo de reforma administrativa deve propiciar, segundo os defensores da administração gerencial, um maior controle dos resultados, por permitir a participação direta dos cidadãos. E, para além das alterações legislativas, são justamente as novas ferramentas tecnológicas que tornam isso possível ao criar soluções cada vez mais sofisticadas a partir dos anos 1990.

Ainda que o progresso da tecnologia não seja capaz de alterar, por si só, a cultura e a organização da administração pública, as mudanças promovidas pela chamada “era da informação” (CASTELLS, 1999) irão afetar irreversivelmente toda a sociedade, e na sua esteira, também a forma como os governos se relacionam com ela.

2.3.1 Reforma Administrativa: a EC 19/98 e o Princípio da Eficiência

Dentro da perspectiva de reestruturar o aparelho de Estado, foi elaborada a PEC n.º 173/95, encaminhada pelo governo ao Congresso

Nacional em 23 de agosto de 1995, com o intuito de “aperfeiçoar e atualizar os dispositivos constitucionais sobre a administração pública” (BRASIL, 1995). Para tratar de temas relevantes, tais como, a estabilidade do servidor público, a permissão da pluralidade de regimes jurídicos de admissão de servidores e a fixação de tetos de remuneração, juntamente com a PEC n.º 173/95, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Estado, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado²³ em 21 de setembro de 1995.

A partir de então, o assunto da reforma do Estado passou a ser tratado como prioridade pelo governo, não só como condição para a consolidação do ajuste fiscal em curso na economia para torná-la competitiva diante do capitalismo globalizado e proporcionar a retomada do desenvolvimento, mas, principalmente, com o argumento de assegurar o melhor e mais eficaz atendimento às necessidades dos cidadãos. Spink (*apud* PEREIRA; SPINK, 1999, p. 149) enumera dezesseis diferentes áreas de atuação em que isso é possível:

1. atribuições e atividades do estado administrativo;
2. planejamento nacional, estabelecimento de programas, indicadores de desempenho;
3. organização e estrutura da máquina governamental;
4. constituições, **accountability**, direito à informação;
5. formulação de políticas públicas;
6. execução de programas;

²³ Sob a presidência do Ministro Chefe da Casa Civil, Clóvis Carvalho; sendo Membros: Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado; Paulo Paiva, Ministro do Trabalho; Pedro Malan, Ministro da Fazenda; José Serra, Ministro do Planejamento e Orçamento; e General Benedito Onofre Bezerra Leonel, Ministro Chefe do Estado Maior das Forças Armadas (BRASIL, 1995).

7. elaboração de orçamento público e administração financeira;
8. emprego público, práticas e condições;
9. regulamentação, salvaguardas e práticas públicas;
10. preservação e manutenção do capital público;
11. serviços gerais – consistência, desempenho, padronização;
12. empresas públicas – impacto na economia e retorno do investimento;
13. práticas de gestão pública – organização e métodos, desburocratização, eficiência e qualidade;
14. ética pública – honestidade, profissionalismo, anticorrupção;
15. participação do público – voluntarismo, atendimento de reclamações;
16. institucionalização da reforma – planejamento e desenvolvimento, treinamento, agências e escolas.

Também o Plano Diretor da Reforma do Estado se refere à sua reconstrução como “forma de resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas”, e apresenta cinco providências que considera inadiáveis (BRASIL, 1995, p. 8):

1. ajustamento fiscal duradouro;
2. reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional;
3. reforma da previdência social;
4. inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e
5. reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua ‘governança’, ou seja, sua capacidade de implementar políticas públicas.

A reforma do Estado²⁴ abrange, portanto, não apenas a organização do Executivo, como também atinge os demais poderes, as finanças públicas e todo o sistema normativo. Todas essas áreas foram objeto de inovações legislativas e constitucionais, com quebra de monopólios e abertura de mercado em setores estratégicos como as telecomunicações, reestruturação da previdência social, desregulamentação da economia, dentre outros.

A principal delas, no que diz respeito à administração pública direta, consistiu na aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 19, promulgada em 04/06/1998, que introduziu a noção de eficiência na Constituição da República.

A eficiência administrativa está definida no Plano Diretor (BRASIL, 1995) como sendo “a busca de uma relação ótima entre qualidade e custo dos serviços colocados à disposição do público”. Com tal objetivo, foi incluído no *caput* do art. 37 pela Emenda Constitucional n. 19/98 o princípio da eficiência junto à relação dos princípios constitucionais expressos, norteadores da atividade administrativa.

Para Ferraz Jr. (2007, p. 373), com base em Arendt, numa visão contemporânea o Direito é visto como um comando que produz uma imposição que conduz a fins determinados, numa relação em que a

²⁴ “Tal movimento de reforma do Estado, que teve início na Inglaterra em 1979 e nos Estados Unidos em 1980, com a ascensão dos governos conservadores de Thatcher e Reagan, respectivamente, espalhando-se a partir desses países para a Nova Zelândia, Austrália, Suécia e, então, praticamente para todo o mundo capitalista, assumindo caráter hegemônico apenas com variantes de intensidade, de acordo com a realidade de cada país, é facilmente identificado com as idéias ditas neoliberais de Friedrich von HAYEK e Milton FRIEDMAN, por ter sido aplicado juntamente com uma política econômica que considera *qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, (...) como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.*” (SILVA, 2002, p. 50)

eficiência é um valor utilitário que impõe à norma a produção de efeitos (sua eficácia). Assim, a eficácia, no sentido utilitário, adquire condição prospectiva, tanto que a norma sem eficácia perde razão de ser. Nesse sentido é que a eficiência passa a pautar as transformações do Estado.

Medauar (2007, p. 127; 2003, p. 242) liga o princípio à ideia de resultado rápido e preciso na satisfação das necessidades da população: “Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções”. Já Inocêncio Mártires Coelho (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 969) associa o princípio introduzido pela Emenda n. 19/98 ao empenho dos gestores da coisa pública para a satisfação das múltiplas necessidades sociais; “numa palavra, que pratiquem a ‘boa administração’”.

O fato é que o administrador deve apresentar bons resultados ao exercer suas funções. Esse compromisso, de que os serviços públicos essenciais prestados à população surtam o efeito desejado, é que se pretende assegurar com o princípio incluído na Constituição:

Assim, o *princípio da eficiência* é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social (MORAES, 2010, p. 333).

Moraes (2007, p. 215) identifica várias facetas: se “a eficiência como postulado significa o dever de escolher o meio menos custoso”,

por outro lado, “a eficiência significa o dever de promover de modo satisfatório os fins atribuídos à Administração”, aspecto que autoriza, inclusive, o seu uso como limite à discricionariedade no controle da administração pública.

Assim, com a tendência majoritária de se associar o conceito de eficiência ao resultado da atividade administrativa, Moreira Neto (2008, p. 136-137) faz a seguinte advertência:

A expressão *resultado*, embora oriunda das ciências administrativas, não deve ser tomada como mera transposição de um conceito econômico, mas, com muito maior amplitude, ser *coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos*. Assim é que, não obstante *legítimo* o planejamento e *legítima* a execução de uma política pública, deve ser também *legítimo* o resultado, o que vale dizer: o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente garantir uma utilização *eficiente* por parte de seus destinatários, tal como *razoavelmente estaria nas expectativas* de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos.

Silva (2008, p. 671), por sua vez, alerta que o conceito de eficiência não é jurídico, mas econômico, e que a dificuldade reside justamente em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica:

Numa ideia muito geral, *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência [...] orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe a menor custo.

Considerando que a satisfação dos direitos fundamentais sociais exige postura interventora e positiva do Estado, cabe aqui o alerta de Rosa e Marcellino Jr. (2009, p. 176):

A nova lógica, com a consequente e inevitável subordinação do Direito ao econômico, estabelece que as normas constitucionais, que declaram e garantem Direitos Fundamentais, passem a ser interpretadas sob a égide da relação *custo-benefício*, sem os atributos universais diferenciadores do direito de propriedade. [...] O Direito, nessa perspectiva, passa a ser reduzido a mero 'instrumental' do econômico.

De acordo com Robl Filho (2012, p. 170), a implantação do princípio pela Emenda Constitucional n. 19/98 segundo o modelo de gestão gerencial deve atender ao interesse da população – que os serviços públicos possuam qualidade e sejam prestados da forma mais eficiente possível:

Essa questão fica clara na discussão sobre a prestação jurisdicional. Nenhum litigante quer apenas uma tutela jurisdicional rápida. Por outro lado, a gestão do tempo do processo é variável importante na atuação jurisdicional. A prestação jurisprudencial muito morosa incentiva que litigantes com direitos não procurem a jurisdição e que pessoas e grupos utilizem dessa tendência para violarem direitos.

Claro que todos esperam por serviços públicos que funcionem: uma educação universal para os filhos, uma saúde pública de qualidade, uma Justiça célere e eficaz. O alerta, que vale também para esse trabalho, é para que não haja uma hegemonia do poder econômico sobre os demais valores que compõem o interesse público:

A eficiência, especialmente após sua positivação constitucional, é habilmente trabalhada para ir além da administração pública. Quer-se,

efetivamente, atingir a sociedade e individualmente os sujeitos – e a eficiência no aparato Estatal seria, também, de função propagandística para fazer os incautos pensarem na ação eficiente como *via única* (MARCELLINO JR., 2009, p. 197).

Especialmente tratando-se de um monopólio estatal como é a administração da Justiça, não se pode perder de vista que a questão do custo x benefício afeta também as partes:

Assim é que quanto menor for o custo (das partes e social), o tempo do processo, bem assim for potencializada a visibilidade das sanções (prevenção geral e especial, positiva e negativa), para efeito do cumprimento das normas jurídicas, mais eficiente será, do ponto de vista econômico, o Sistema Judicial (ROSA, 2009, p. 78).

Advertência semelhante é feita por Jamin (2011, p. 11), para quem a noção de eficiência aplicada à Justiça implica o relacionamento entre meios e fim, refutando a ideia de menor custo mesmo que se reconheçam os estreitos limites impostos pelos orçamentos públicos: “ainda que usemos um discurso que tenha menos em conta o direito que a gestão, o debate não pode ser transferido para a tendência da análise econômica”.

Como a noção de interesse público é fundamental na formação das políticas públicas que serão vistas a seguir, uma vez que a simples eleição não pode garantir que um governante estará a serviço do interesse geral, reforça-se aqui a ideia de dupla legitimação do poder político, na forma defendida por Rosanvallon (2008), não apenas pela representatividade, mas também pelos resultados da boa gestão, pela proximidade com os cidadãos e pela reflexividade das suas aspirações.

2.4 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A GESTÃO DOS TRIBUNAIS

A atividade administrativa é exercida pelo Poder Judiciário, dentro do sistema de divisão do poder descrito por Montesquieu²⁵, também chamado de “freios e contrapesos”²⁶, no qual ainda exerce atividade regulatória, que seria típica do Legislativo, ao dispor sobre as matérias que lhe dizem respeito diretamente.

Mais que isso: com a chamada judicialização das relações sociais, o Poder Judiciário torna-se um novo espaço da cidadania, chamado a todo instante para promover a concretização dos direitos, e precisa atender uma verdadeira explosão de demandas. Abreu (2011, p. 39/247) entende que:

A judicialização das relações sociais, processo universal e sedimentado nas democracias consolidadas, chega ao Brasil muito recentemente com a criação e institucionalização progressiva dos juizados especiais cíveis e criminais, expondo

²⁵ “Desejaria verificar, em todos os governos moderados que conhecemos, qual é a distribuição dos três poderes e daí calcular os graus de liberdade que cada um pode fruir” (MONTESQUIEU, 1979, p. 166).

²⁶ “Reflete a ideia central de todo sistema democrático de governo, ideia que frequentemente aparece sob a fórmula de *check and balances*: isto é, que o poder, para não degenerar, nunca deve ser deixado sem controle, e que, igualmente, quem tem o poder de controle não deve ser irresponsável no exercício de tal poder” (CAPPELETTI, 1989, p. 89). Daí, a lição de Ferreira Filho (1999, p. 131): “A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável, em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. A divisão impede o arbítrio ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois, um *sistema de freios e contrapesos*, sob o qual pode vicejar a liberdade individual.”.

o Judiciário a um novo território de relações sociais conflagradas, sem nenhum tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores sociais emergentes, a exigir democratização do acesso à justiça.

Assim, para a consecução de seus objetivos, o Judiciário precisa executar todas as atividades-meio que sejam necessárias à prestação da jurisdição, tais como a realização de concursos, contratação e treinamento dos servidores, execução de obras e compra de materiais de consumo. Isso passa a exigir inúmeras licitações e contratações e a manutenção de toda uma máquina administrativa, proporcional ao tamanho da máquina judiciária.

Para Mello (2006, p. 33), o que ocorre é apenas uma predominância da atividade típica em cada poder, sempre misturada com outras funções, como acontece quando o executivo regula ou o legislativo julga, ainda que atipicamente²⁷. Esse fenômeno, muito

²⁷ Com efeito, ninguém duvida que o Poder Legislativo, além dos atos tipicamente seus, quais os de fazer leis, pratica atos notoriamente administrativos, isto é, que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente na ordem jurídica (por exemplo, quando realiza licitações ou quando promove seus servidores) e que o Poder Judiciário, de fora parte proceder a julgamentos, como é de sua específica atribuição, pratica estes mesmos atos administrativos a que se fez referência. Acresce que, para alguns, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, atividade posta a cargo do Legislativo, é exercício de função jurisdicional, irreversível por outro Poder, de sorte que o referido corpo orgânico, além de atos administrativos, e de par com os que lhe concernem normalmente, também praticaria atos jurisdicionais. Outrossim, conforme opinião de muitos, o Judiciário exerceria atos de natureza legislativa, quais os seus regimentos internos, pois neles se reproduziriam as mesmas características das leis: generalidade e abstração assim como o atributo de inovarem inicialmente na ordem jurídica, ou seja, de inaugurarem direitos e deveres fundados unicamente na Constituição, tal como decorre com as leis. De seu turno, o Poder Executivo expede regulamentos, atos que materialmente são similares às leis e, na Europa, muitos destes regulamentos inovam inicialmente na ordem jurídica, tal como fazem as leis. É certo, ainda, que o Executivo também decide controvérsias. É o que faz, *exempli gratia*, nos processos que tramitem perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica destinados a

comum no Brasil, é tido como um avanço na teoria clássica da tripartição dos poderes²⁸:

[...] nem toda a atividade desenvolvida pelo Judiciário se qualifica como jurisdicional. Aliás, a tripartição clássica dos ‘Poderes do Estado’ não obedece, no direito positivo, à rigidez com a qual fora idealizada. O Executivo frequentemente legisla (Const., arts. 68 e 84, inc. vi), o Legislativo é chamado a julgar e o Judiciário tem outras funções, além da jurisdicional. Tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 158).

Assegurada sua autonomia administrativa e financeira pelo art. 96 da Constituição brasileira, o Poder Judiciário ganha força, agilidade e responsabilidade social, colocando-se em pé de igualdade com os demais poderes para que possa exercer as mais variadas atividades administrativas necessárias ao bom funcionamento da Justiça, o que, em última análise, consiste num dever constitucional²⁹.

É corrente nos Tribunais que a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, prevista nos arts. 93 e 99 da Constituição Federal para garantir a independência da sua atuação, essencial à ordem democrática, possibilita inclusive o bloqueio das contas públicas, não

apurar e reprimir os comportamentos empresariais incursos em “abuso de poder econômico” ou nos processos de questionamento tributário submetidos aos chamados “Conselhos de Contribuintes” (MELLO, 2006, p. 33-34).

²⁸ A universalização do esquema da separação decorreu, como fenômeno histórico, do prestígio da França e também da Inglaterra, tendo efeito multiplicador gradativo até incorporar-se à própria noção ocidental de Constituição. Essa circunstância justificaria a sua sobrevivência às variações de regimes até hoje. Na atual realidade estatal, a divisão dos poderes tem peculiaridades que precisam ser sublinhadas. Nas democracias ocidentais, é considerado princípio fundamental, mas não é concretizada nos moldes clássicos. De regra, somente a independência dos juízes é estritamente observada (ABREU, 2011, p. 92).

²⁹ Sobre o assunto, ver Schuch (2012).

permite que o Executivo e o Legislativo o submetam “à penúria da carência sistemática de recursos e à inviabilização dos projetos orientados ao aperfeiçoamento e à ampliação do atendimento ao cidadão” sem que haja violação à ordem constitucional (SCHUCH, 2006, p. 121).

Mais uma vez cumpre ressaltar a importância do consagrado modelo de *checks and balances* para o bom funcionamento do Poder Judiciário juntamente com as demais funções de Estado:

As garantias do art. 96 da Constituição visam essencialmente a estabelecer a independência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes. Mas se é absoluta essa independência no que respeita ao desempenho de suas funções, não se pode dizer o mesmo no tocante à organização do Poder Judiciário, a qual depende freqüentemente do Poder Executivo ou do Legislativo, quando não de ambos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 163).

Com isso, deve ser ampliada a noção de organização judiciária prevista nos arts. 22, XVII; 48, IX; e 125, §1º, da Constituição da República. Já não se restringe mais a tratar apenas da carreira da magistratura, do duplo grau de jurisdição, da composição dos tribunais, da divisão judiciária e épocas para o trabalho forense. Com uma maior amplitude, o Judiciário passa a exercer essa sua autonomia dentro dos limites legais, com a elaboração, a aprovação, a execução e o controle de estratégias e políticas públicas.

Ainda assim, existem enormes dificuldades para a administração da Justiça no Brasil. Todos reconhecem que a estrutura judicial, cujas raízes ainda estão solidamente fincadas no século XIX, carece de novos conceitos e novos princípios adequados à dinâmica da

sociedade da informação. É comum ouvir-se que o Judiciário brasileiro “não estava preparado” para o papel que viria a assumir com a Constituição da República promulgada em outubro de 1988, a qual enumerou toda uma ordem de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos.

Hoje está arraigada no senso comum a concepção de que o sistema judiciário brasileiro é lento e caro e que isso representa um gargalo ao desenvolvimento do País (BARRAL, 2006, p. 29). A resposta a tal entendimento demanda instituições jurídicas com credibilidade, capazes de proporcionar regras claras e tratamento equitativo aos cidadãos.

São visíveis os altíssimos índices de congestionamento (relação entre o número de processos pendentes de julgamento no início do ano, o ingresso de novas demandas e o número de decisões proferidas no exercício), o que se traduz em anos e anos à espera de uma sentença e da concretização dessa decisão. Pesquisas de opinião pública confirmam essa percepção de que “há evidente descompasso entre o Poder Judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea” (DALLARI, 2008, p. 8). Um exemplo disso é a divulgação periódica do “Índice de confiança na Justiça” pela Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV, 2009), que visa justamente avaliar a percepção pública do desempenho dos Tribunais.

Essa evidente fragilidade abre espaço para um amplo debate social acerca da forma de administração do Poder Judiciário, o que indica o amadurecimento do espaço democrático e a proximidade com a

população pelo reconhecimento da importância da sua opinião. Algum tempo atrás esse tipo de crítica seria impensável³⁰.

Tamanha transformação é consequência das reformas constitucionais iniciadas na década de 1990, durante os oito anos do governo Fernando Henrique Cardoso, com continuidade na gestão Lula da Silva, período que coincide com a explosão das demandas e o “agigantamento” do Judiciário brasileiro, o que se passou a chamar de “judicialização da política”, cujo principal reflexo é o esgotamento do chamado *welfare state*, o Estado do bem-estar social (VIANNA *et al.*, 1999, p. 51).

Contudo, a preocupação exclusiva com a questão do acesso à Justiça, sem o correspondente cuidado com a efetiva resolução dos processos, gerou o fenômeno de inflação jurisdicional que cria um novo paradoxo denunciado por Rosa (2009, p. 82):

De qualquer forma, uma extrema facilitação de acesso à Justiça pode implicar na explosão de litigância, com enormes custos para os envolvidos e principalmente para o Estado. Uma efetiva, rápida e barata entrega da prestação jurisdicional, paradoxalmente, pode fomentar o recurso à Jurisdição e retirar os incentivos de acordos, prejudicando o desempenho do Sistema Judicial. A instauração da instância não deve ser fomentada

³⁰ “Não se desconhece a existência de significativo distanciamento entre o padrão de qualidade exigível e aquele oferecido pelo serviço judiciário brasileiro, problema esse que ultrapassa a compreensível angústia dos jurisdicionados e de seus representantes para afetar, direta e acentuadamente, o espírito dos órgãos responsáveis pela jurisdição: os juízes” (DIAS, 2004, p. 7). “Apesar de se poder criticar os critérios metodológicos, os dados fornecidos pelo Banco Mundial implicam numa visibilidade da situação atual. Desde o critério da AED os dados apontam uma ineficiência do modelo Brasileiro e Português em face da elevada burocracia, custos orçamentários, excesso de recursos e instâncias, os quais geram custo e tempo demasiados” (ROSA, 2009, p. 74).

para toda e qualquer situação. Deve haver filtros sociais, a saber, meios de resolução de conflitos que evitem a corrida jurisdicional. Neste pensar, as formas alternativas de resolução de conflitos ganham corpo, justamente por diminuírem os “custos de transação”, mantendo-a, de regra, na esfera privada dos concernidos.

Essa inflação judicial acaba por gerar burocratização, além de ineficiência, e reforçar o autoritarismo, em razão da impessoalidade, pois deixa-se de lidar com pessoas para tratar apenas com papel, ou, pior, apenas com números: “o governo burocrático, o governo anônimo do burocrata, não é menos despótico porque ‘ninguém’ o exerce. Ao contrário, é ainda mais assustador porque não se pode dirigir a palavra a esse ‘ninguém’ nem reivindicar o que quer que seja” (ARENDDT, 2009, p. 149).

Um bom exemplo disso são os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Tidos como o grande êxito na simplificação e agilização dos processos de menor complexidade, por causa da grande procura provocada pela sua eficiência, acabaram sendo engessados pelo formalismo e pela burocratização — “o fracasso do sucesso”, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (2009) —, e precisam ser recuperados.

Nallini (2006, p. 174) lembra que o caótico fluxo de papéis é incompreensível para quem não está habituado aos trabalhos do Judiciário:

A lógica da burocracia judiciária nunca subsistiria numa empresa submetida a programas de qualidade total, ou mesmo à tradicional organização e método. O Judiciário brasileiro não resiste a uma análise da relação custo/benefício.

É preciso também atentar para uma mudança de mentalidade com o abandono de velhas práticas. Ainda existe no Brasil “a convicção de que as leis não precisam ser obedecidas sempre nem devem ser aplicadas com muito rigor, o que contrasta com algumas atitudes de exagerado legalismo” (DALLARI, 2008, p. 3). Na visão de Barral (2005, p. 48), o sistema jurídico deve contribuir para o processo de desenvolvimento. Para isso, o País precisa desenvolver instituições jurídicas que tenham credibilidade, que assegurem tratamento equitativo aos cidadãos, dando-lhes segurança e excluindo privilégios.

Na análise de Sen (2005, p. 26), existe uma interdependência entre o desenvolvimento econômico, social e político. Dentro dos novos desafios a serem enfrentados pelo Estado brasileiro, deve ser apurada a relação existente entre o desenvolvimento e a atuação da atividade jurisdicional:

o progresso do desenvolvimento político, especialmente na forma do surgimento e da consolidação da democracia, não apenas requer disposições jurídicas relativas à eleição e à supervisão da independência e da neutralidade do processo, mas depende também da proteção judicial da dissidência e da garantia de uma política aberta e pluralista. A independência do Judiciário é obviamente um pré-requisito para gerar confiança no processo democrático multipartidário e encorajar as pessoas a participar livremente, e sem medo, do processo democrático.

Na visão crítica de Chang (2004, p. 141), a retórica do “Judiciário independente” não basta. É necessário apresentar resultados justos e que sejam compatíveis com a expectativa da sociedade:

[...] é preciso compreender a qualidade do Judiciário não apenas no que se refere à independência política, e sim em algumas dimensões: o

profissionalismo dos funcionários judiciais, a qualidade de seus julgamentos (não apenas do ponto de vista estreito do “império da lei”, mas também a partir de um ponto de vista societário mais amplo) e o custo da administração do sistema.

Entra em cena, então, a busca da eficiência no Judiciário. Entende-se como tal a necessidade de alocar os recursos da melhor maneira para a consecução dos fins estabelecidos, numa visão nitidamente pragmática. Tornou-se pacífico o entendimento de que os juízes, como agentes públicos que são, submetem-se ao princípio da eficiência previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República e, por isso, devem apresentar resultados compatíveis com os meios que lhes são disponibilizados.

Para fazer uma leitura do atual estágio das reformas que nos últimos anos vêm transformando a administração da Justiça no Brasil, deve-se observar ainda o contexto de amadurecimento da democracia e das instituições republicanas, o que, passados mais de 20 anos, marca a maturidade da atual ordem constitucional³¹.

³¹ “O protagonismo do Judiciário, assim, é menos o resultado desejado por esse Poder, e sim um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância geral – e não apenas brasileira – de uma restauração das relações entre o Estado e a Sociedade, em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo. As novas demandas, contudo, chegam a um Judiciário ainda sob forte influência do princípio da separação dos Poderes e de uma adesão ao direito sob a forma de códigos” (VIANNA, 1997, p. 12). “A pauta de temas que tem passado por apreciação judicial tem sido das mais expressivas. Muitas das questões que alteraram a vida política, social, cultural e econômica do País nos últimos tempos tiveram a chancela do Judiciário. Foi dessa forma que foi liberada a pesquisa com células-tronco; que foi proibido o cigarro em avião; que foi proibido o nepotismo nos três poderes; que se tornou gratuita a distribuição do coquetel contra o vírus da Aids; que se regulamentou o direito de greve dos servidores públicos; que se regulou a demarcação de reservas indígenas; que os partidos políticos se tornaram detentores dos mandatos de seus eleitos. Enfim, a lista dos feitos do protagonismo judicial é extensa e ampliada constantemente” (SADEK, 2012, p. 398).

Com a consolidação do *welfare state* no Brasil no período da redemocratização, acontece uma profunda transformação da atuação do Poder Judiciário³², o que evidencia a inadaptação de suas estruturas e a urgência da sua adequação.

Construída no contexto da reforma administrativa iniciada nos anos 1990 e fruto do intenso debate nacional travado em torno da necessidade de controle externo do Poder Judiciário, a Reforma do Judiciário³³ foi implantada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004 e começou a ser colocada em prática com a instalação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), previsto no art. 103-B da Constituição, criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. Pontua Nallini (2006, p. 161) que, “se a Reforma do Judiciário não representou a profunda transformação estrutural da Justiça brasileira, ao menos sinalizou a urgência das aspirações populares”.

³² “A emergência do *welfare state* promove uma alteração significativa no próprio exercício da função jurisdicional. Anteriormente marcado, pelo menos formalmente, por alguns caracteres que acentuam a neutralidade política, de um lado, e a consequente tarefa de garantia dos direitos individuais, de outro (espaço público *versus* espaço privado), o Judiciário vê emergir diante de si um cenário normativo desestabilizador do equilíbrio sistêmico anterior. A enxurrada legislativa de que se faz acompanhar o Estado-providência, com a proliferação normativa dos direitos sociais, alcança o sistema judicial enredado nas próprias vestes conceituais do liberalismo individual em que opera a dogmática jurídica e sobre o qual se erigiram alguns dos principais e mais fundamentais direitos humanos” (RIBEIRO, 2002, p. 41).

³³ “A reforma do judiciário foi estabelecida como prioritária logo no início do primeiro mandato do governo Lula. Em 2003, o Ministério da Justiça criou a Secretaria de Reforma do Judiciário, sendo promulgada no final de 2004 a emenda n. 45 - reforma do judiciário. Em verdade, o que fez o governo Lula foi estabelecer consensos políticos com os legisladores para aprovar a PEC n. 96/92, conforme a redação final formulada pela deputada Zulaiê Cobra de São Paulo. A maior parte dessa redação final da PEC n. 96/92 foi aprovada em 2004” (ROBL FILHO, 2012, p. 205).

Falar em CNJ é falar em Reforma do Judiciário. Nas palavras de Falcão (2009b, p. 64), ex-integrante do Conselho: “só a reforma da Justiça o legitima”. Para Abreu (2011, p. 97), a ideia de criar um Conselho foi trazida de outros países europeus e latino-americanos, onde o Judiciário está altamente vinculado ao Executivo e ao Legislativo, enquanto no Brasil é um poder autônomo, “por isso, a melhor vocação do Conselho Nacional de Justiça é tornar-se uma instância de reflexão e planejamento para o Judiciário” (ABREU, 2011, p. 98).

Como órgão administrativo, o CNJ se presta a permitir o *accountability*³⁴ dos agentes estatais ligados ao Poder Judiciário, aumentando a visibilidade de Juízes, Tribunais, e dos chamados serviços auxiliares, como prestadores de serviço notarial e de registro que atuam por delegação:

Com mais informações sobre orçamento, quantidade de processos apresentados e julgados, estrutura administrativa e tantos outros dados fornecidos pelo CNJ, a população e grupos da sociedade civil podem discutir a atuação do poder judiciário questionando se a independência judicial institucional está sendo bem utilizada para prestar uma jurisdição adequada e célere aos cidadãos, assim como possibilita analisar importantes elementos de *accountability* comportamental judicial (ROBL FILHO, 2012, p. 219).

Contudo, em razão de seu pouco tempo de funcionamento, o Conselho ainda precisa definir seu lugar no cenário político-democrático brasileiro, e suas ações variam de acordo com o ocupante da presidência

³⁴ *Accountability* é entendido como referência às formas de controle dos resultados e responsabilização dos administradores. Ver Przeworski, 1999.

do Supremo Tribunal Federal (STF). Dispõe o Conselho sobre matérias tão diversas como organização judiciária (atribuições da corregedoria, preenchimento de serventias judiciais e extrajudiciais), punições administrativas, mobilidade funcional (promoções e remoções), controle da função jurisdicional (prisão processual, busca e apreensão e interceptação telefônica), remuneração (vencimentos e adicionais), uso de veículos oficiais, licenças, férias e plantão judicial³⁵.

Na esfera administrativa, o CNJ produz resultados ambíguos. Se, por um lado, sua atuação é pedagógica e moralizadora ao corrigir velhas práticas e impedir o controle do Judiciário pelas oligarquias regionais (como ao determinar o preenchimento por concurso das vagas nos cartórios extrajudiciais, ao proibir o nepotismo nos tribunais ou ao limitar as interceptações telefônicas), por outro lado, é excessivamente centralizadora, o que engessa a estrutura e sufoca a extensa capilaridade e a renovação constante, que são justamente a maior riqueza do Judiciário.

A excessiva centralização e a valorização dos tribunais superiores em detrimento da Justiça de primeiro grau é um aspecto constantemente criticado por aqueles que estudam a Reforma do Judiciário. Os tribunais, principalmente os superiores, possuem amplo acesso à informação e conhecem muito bem as crônicas deficiências da Justiça de primeiro grau. Isso, porém, não se tem traduzido em mudanças significativas, ao menos até agora:

³⁵ A respeito, ver Fragale Filho (2010). Outro bom exemplo disso é a recente discussão travada em torno da determinação do CNJ aos cartórios de registro civil de todo o País para que efetuem o registro do casamento entre pessoas do mesmo sexo (FOLHA DE SÃO PAULO, 2013).

Uma análise ampla da Reforma permite observar, ainda, que foi dada maior atenção para a cúpula e não para a base do Poder Judiciário, ou seja, para a primeira instância, que sofre a maior cobrança da população pela morosidade processual, ponto principal da reclamação contra o Judiciário. Os mecanismos de concentração de poder na cúpula, tais como a súmula vinculante, foram privilegiados, tirando a força das decisões judiciais de primeira instância, geralmente mais independentes, pois proferidas por magistrados recrutados por concurso público (SOUZA, 2005, p. 52).

Além disso, com o fenômeno denominado “protagonismo do vértice” por Vianna *et al.* (1997, p. 47), verifica-se, especialmente no contexto da reforma constitucional que ampliou o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) e o levou a ditar as diretrizes interpretativas e jurisprudenciais, a concessão de efeitos vinculantes às súmulas dos tribunais superiores, o que acaba por converter o restante da magistratura nacional em uma vasta burocracia sob um comando centralizado, principalmente nas mãos de seu presidente.

O primeiro presidente do CNJ foi o Ministro Nelson Jobim (2004-2006). Dono de uma extensa carreira política e um dos grandes idealizadores da Emenda 45, Jobim iniciou o programa “Justiça em Números”, com um levantamento de dados da realidade nacional até então desconhecida, preocupado com a transparência do serviço judiciário perante a população. Com a Lei n. 11.143/2005, regulamentou o teto salarial do funcionalismo, dando efetividade à determinação contida na Reforma Administrativa desde 1998. Para atender à forte pressão da sociedade (e da própria magistratura, através da Associação dos Magistrados Brasileiros), o CNJ, sob sua presidência, atacou o nepotismo no Judiciário na Resolução n. 7 (que seria atualizada pelas

Resoluções n. 9 e 21), passo inicial para vedá-lo em toda a administração pública pela Súmula Vinculante n. 13, de 21 de agosto de 2008³⁶.

Sucedeu-lhe a Ministra Ellen Gracie Northfleet (2006-2008), primeira mulher a integrar a Suprema Corte, indicada por Fernando Henrique Cardoso e oriunda da Justiça Federal. Ellen Gracie deu continuidade ao amplo levantamento de informações com o programa “Justiça em Números” e fortaleceu a estatística e a informatização do Judiciário. Atenta às vantagens das formas alternativas de solução de conflitos como meio de pacificação social e de entrega rápida da prestação jurisdicional, promoveu uma mobilização nacional em prol da conciliação.

Empossado na presidência em 2008, com mandato até abril de 2010, o Ministro Gilmar Mendes deu início à fase do planejamento e da gestão estratégica, obrigatórios nos tribunais (FALCÃO, 2009d). Homem de opiniões fortes e muitas vezes controvertidas, dono de uma sólida formação acadêmica, e com marcante atuação na Advocacia-Geral da União, Gilmar Mendes, em sua gestão, mostrou grande disposição para falar com a imprensa, e percorreu o País promovendo as políticas públicas e metas estabelecidas pelo CNJ para o Poder Judiciário.

³⁶ Súmula Vinculante n. 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Oriundo da magistratura de carreira, o Ministro César Peluso (2010-2012) foi eleito com a promessa de mudanças na forma de atuação do Conselho, mas, em sua gestão, a principal discussão com a sociedade foi travada pela Corregedora do Conselho, Ministra Eliana Calmon, no tocante à atuação disciplinar do órgão, concluindo o julgamento da ADI 4638³⁷ pela competência concorrente do CNJ com as corregedorias dos tribunais.

Numa curta passagem na presidência da Suprema Corte, de abril a novembro de 2012, o Ministro Ayres Britto dedicou todos os esforços ao julgamento da Ação Penal 470³⁸, que se notabilizou por envolver políticos da alta hierarquia do partido do governo, angariando assim um grau de credibilidade até então inédito para o Judiciário brasileiro. Sem tempo hábil para implantar novas políticas de gestão no âmbito do CNJ, cuidou ainda de chamar a atenção da sociedade por meio de audiências públicas para relevantes questões judicializadas, que vão desde a liberdade de imprensa ao uso de células-tronco embrionárias.

Eleito para um mandato de dois anos, ainda na esteira do julgamento da Ação Penal 470, da qual foi o relator, o Ministro Joaquim Barbosa é oriundo do Ministério Público Federal, possui sólida formação acadêmica e goza de altíssimos índices de popularidade e credibilidade que o credenciariam a implantar mudanças profundas na gestão da Justiça brasileira.

Porém, por conta de sua incisiva atuação na relatoria da mencionada Ação Penal 470, em que figuravam como réus eminentes

³⁷ Brasil (2012a).

³⁸ Brasil (2013a).

lideranças do partido do governo, e também em razão de inúmeras críticas que vem fazendo a várias instituições do País, acabou isolando-se³⁹ na presidência do STF, sem interlocução com o Executivo, cuja maioria no Congresso Nacional, por sua vez, deixou à margem da tramitação propostas importantes para o funcionamento do Poder Judiciário, tal o projeto da Lei Orgânica da Magistratura, atualmente regrada pela Lei Complementar 35, de 1979, estatuto defasado e oriundo de uma ordem constitucional não democrática.

Na análise de Sadek (2012, p. 401), o desempenho das diferentes presidências na Suprema Corte “é um exemplo do significado das características individuais, de como elas impõem peculiaridades, de como podem acelerar ou retardar processos de construção institucional”. E acrescenta: “Quanto maior a exposição, maiores os riscos, mais contundentes as objeções”.

Com todas essas dificuldades, o CNJ tenta promover a gestão do Poder Judiciário e ocupar seu espaço no cenário republicano, assoberbado pelos mesmos desafios que afetam os tribunais que pretende regular: excesso de atribuições que acarretam uma avalanche de demandas para uma estrutura incipiente, excesso de despesas com déficit de controle e transparência.

O Poder Judiciário brasileiro, apesar de ser considerado um poder único, com abrangência nacional, nunca tinha promovido um programa de planejamento administrativo que integrasse todos os 97 tribunais do País. Para Nallini (2006, p. 284), “a inexistência de um órgão diretivo único do Judiciário impediu a elaboração de uma teoria brasileira da Justiça”. Já Dallari (2008, p. 79) afirma que, a partir de

³⁹ Estadão (2013a).

1988, as cúpulas dos tribunais ficaram sem nenhuma coordenação administrativa, o que ensejou justamente a criação do órgão de controle da atuação administrativa e financeira pela Emenda n. 45/2004.

Cumprе salientar as importantes diferenças regionais resultantes da extensão quase continental do País. Dentre todos os 11.835 integrantes dos 27 tribunais estaduais, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no centro econômico do Brasil, possui 2.521 magistrados e movimentada 37% dos processos do País, razão pela qual pleiteia tratamento diferenciado, já que concentra a maior carga de trabalho entre os juizes de primeiro grau. Enquanto isso, algumas regiões do Norte do País – como, por exemplo, Roraima, que, em 2011, contabilizava apenas 48 magistrados, dos quais 37 juizes de primeiro grau – ainda não contam com banda larga de acesso à internet, o acesso é extremamente complicado e demandam de fato uma atenção especial da Justiça por conta de conflitos agrários (BRASIL, 2012b).

Não bastasse a dificuldade para administrar tamanhas desigualdades sem uma política nacional de planejamento, os Tribunais, ao longo dos anos, adotaram uma política de total ausência de comunicação e de troca de experiências. Para usar uma metáfora corrente em Brasília, os Tribunais são como “ilhas cercadas de tubarões” (BRANDÃO, 2006), em que os investimentos e projetos não são compartilhados, e chegam a ser mantidos em segredo para assegurar sua “novidade”.

Tornou-se usual atribuir os problemas do Judiciário à falta de infraestrutura material no âmbito da burocracia judiciária, como a falta de juizes e funcionários, a estrutura precária dos cartórios e a insuficiência dos recursos financeiros, sem, contudo, apontarem-se

soluções. Na verdade, o âmbito organizacional é um aspecto que demanda tratamento adequado de parte dos administradores públicos por força da autonomia administrativa e financeira outorgada constitucionalmente ao Judiciário.

Na análise de Schuch (2012, p. 260), não se pode mais admitir a administração baseada no empirismo e no improviso, ou na eventual habilidade inata do administrador do momento. O Poder Judiciário precisa aprender a “trabalhar com dados estatísticos, a gerar esses dados, interpretá-los e utilizá-los no plano administrativo, visando à qualidade das decisões gerenciais, dada a compreensão dos seus reflexos diretos na eficiência da atividade-fim – a jurisdição”.

Mais que uma superação do modelo burocrático, as transformações do Estado estão a exigir uma gestão estratégica dos serviços públicos, que seja capaz de processar as informações disponíveis e atuar planejando e corrigindo o rumo de forma flexível e coordenada na tomada de decisões. É a lógica do *feedback* descrita por Wiener (1993, p. 33), consistente na capacidade de poder ajustar a conduta futura em função do desempenho pretérito⁴⁰.

Lojkin (2002, p. 238), faz um estudo sociológico sobre o impacto da informatização nas relações de trabalho em que destaca duas tendências antagônicas: ver os trabalhadores de forma limitada, como “peças vivas” da engrenagem, ou como profissionais dotados de capacidade reflexiva para interagir e aprimorar o sistema. Tal premissa aplica-se indistintamente a toda forma de atividade humana, e não pode ser diferente com a administração pública, incluídos os Tribunais:

⁴⁰ Sobre o uso da estatística na gestão do Poder Judiciário, ver Figueiredo (2012, p. 15 e ss.).

A administração pública, dessa forma, tem envidado esforços no sentido de modelar sua estrutura e seus processos para uma realidade mais dinâmica, em que respostas rápidas às novas tendências e antecipação às reivindicações dos cidadãos geram confiabilidade e são sinônimos de eficiência e eficácia da coisa pública. O Poder Judiciário tem estado atento a esse contexto e vem estabelecendo esforços para suas dificuldades internas e externas, fazendo-se presente nesse cenário como um ator ativo do processo de mudanças sociais (GRANGEIA, 2011, p. 13).

Para que isso aconteça, uma ferramenta essencial tem sido o programa Justiça em Números do CNJ, disponibilizando informações acerca do trabalho judicial em todo o País. Como afirma Santolim (2007, p. 90), “o acesso aos meios eletrônicos de divulgação se torna uma forma de coleta de elementos acerca de uma estrutura de governo, em qualquer nível”.

Com as Resoluções 4/2005, 15/2006, 49/2007 e 76/2009, do sistema de estatísticas do Poder Judiciário, a justiça brasileira ingressa definitivamente na fase da “jurimetria”⁴¹.

Ainda nessa direção, foram editados, a partir de 2009, os “Pactos de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano” – em que foram enumerados pontos considerados essenciais para um sistema judicial mais acessível, ágil e efetivo –, firmados inicialmente pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do STF, pelo Presidente

⁴¹ Em 1949, Lee Loevinger publicou seu artigo intitulado “Jurimetrics – The next step forward”, que passou a ser incluído no movimento denominado “jurisprudência experimental”, cuja proposta era aplicar à experiência jurídica, os métodos de investigação próprios das ciências naturais. Anunciava o pioneiro artigo do cientista “a tentativa de utilização de métodos científicos no âmbito do Direito, e muito especialmente na aplicação da tecnologia da automação e da elaboração eletrônica” (PAULA, 2009, p. 81).

Luiz Inácio Lula da Silva, e pelo Senador José Sarney, Presidente do Congresso Nacional.

Nesse contexto também foram fixadas, em 16 de fevereiro de 2009 – durante o 2º Encontro Nacional do Judiciário, realizado em Belo Horizonte, com a presença dos presidentes dos 91 tribunais do País –, as “10 metas nacionais de nivelamento” a serem alcançadas pelos órgãos do Poder Judiciário⁴², revistas e reeditadas anualmente desde então.

Completando essa regulamentação, o CNJ publicou a Resolução CNJ n. 70/2009, que institui em seu art. 1º o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, no qual consta, como missão, “realizar justiça” e, como visão de futuro, ser “reconhecido pela sociedade como efetivo instrumento de justiça, equidade e promoção da paz social”; e a Resolução CNJ n. 76/2009, que cria o Sistema de Estatística do Poder Judiciário, atribuindo aos Tribunais, em seu art. 4º, a responsabilidade de fornecer os dados que irão alimentar o programa “Justiça em Números”.

⁴² São as metas de 2009: “1. Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial. 2. Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores). 3. Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet). 4. Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos. 5. Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias. 6. Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas. 7. Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça. 8. Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud). 9. Implantar núcleo de controle interno. 10. Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias” (CNJ, 2009).

Dando continuidade à política de planejamento estratégico⁴³, durante o 3º Encontro Nacional do Judiciário, realizado em São Paulo em 26 de fevereiro de 2010, após um balanço das metas de 2009, foram divulgadas mais 10 metas prioritárias para 2010, boa parte delas de caráter estatístico e econômico:

Meta Prioritária 1: Julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal;

Meta Prioritária 2: Julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31/12/2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31/12/2007;

Meta Prioritária 3: Reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais (referência: acervo em 31/12/2009);

Meta Prioritária 4: Lavrar e publicar todos os acórdãos em até 10 dias após a sessão de julgamento;

Meta Prioritária 5: Implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º grau;

Meta Prioritária 6: Reduzir em pelo menos 2% o consumo per capita (magistrados, servidores, terceirizados e estagiários) com energia, telefone, papel, água e combustível (ano de referência: 2009);

Meta Prioritária 7: Disponibilizar mensalmente a produtividade dos magistrados no portal do

⁴³ As metas nacionais para o judiciário em 2012 e 2013 foram fixadas no V Encontro Nacional do Judiciário. Nesse encontro, foram estabelecidas cinco metas nacionais: i) julgar uma quantidade maior de processos de conhecimento do que distribuídos em 2012 e também assim proceder em 2013, ii) porcentagem dos processos distribuídos que devem ser julgadas nos diversos ramos do judiciário, iii) disponibilizar na internet para consulta pública o andamento dos processos e decisões judiciais, iv) estabelecer núcleo de cooperação judiciária e juiz de cooperação, e v) implantar sistema eletrônico para consulta aos valores de custas e emissão de guia (BRASIL, 2011).

tribunal, em especial a quantidade de julgamentos com e sem resolução de mérito e homologatórios de acordos, subdivididos por competência;

Meta Prioritária 8: Promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas, para 50% dos magistrados, priorizando-se o ensino à distância;

Meta Prioritária 9: Ampliar para 2 Mbps a velocidade dos links entre o Tribunal e 100% das unidades judiciárias instaladas na capital e, no mínimo, 20% das unidades do interior;

Meta Prioritária 10: Realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário, inclusive cartas precatórias e de ordem (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Com isso, busca-se promover políticas públicas⁴⁴ para concretizar aquilo que a Emenda Constitucional n. 45/2004 determinou ao acrescentar ao art. 5º da Constituição o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁴⁵.

⁴⁴ “A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados” (BUCCI, 2002, p. 259).

⁴⁵ Para uma conceituação de prazos razoáveis para a tramitação, “a Corte Europeia dos Direitos do Homem estabeleceu três critérios que, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser considerados para seu estabelecimento, quais sejam: a complexidade do problema; o comportamento das partes e de seus procuradores, no processo civil, ou da acusação e da defesa no processo penal; e a atuação do órgão judicante” (DIAS, 2004, p. 5-6). Ver também Calhao (2010, p. 156-164). Outra referência obrigatória é a pesquisa “Análise da gestão e funcionamento dos Cartórios Judiciais” elaborada pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), juntamente com o CEPEJ e a Fundação Getúlio Vargas, que, ao medir o tempo despendido para a prestação jurisdicional, chama a atenção para os “tempos mortos” na burocracia judiciária (BRASIL, 2007). Sobre gestão do tempo no Judiciário Francês, ver o Relatório Magendie (2004), *Célérité et qualité de la justice: La gestion du temps dans le procès*. Ver ainda sobre o tema a pesquisa de Ruschel (2010), *Processos Penais: tempos e influências*.

É dessa maneira que o princípio da eficiência chega aos Tribunais, para promover a celeridade e a eficácia do processo. Na mesma esteira, o raciocínio de Calhao (2010, p. 24): “a Emenda Constitucional n. 45/2004 encarregou-se do novo desenho constitucional, em que a gestão de tribunais e de processos foi incorporada para proporcionar ao jurisdicionado real satisfação, além de promover a credibilidade da justiça”.

Considerar os tribunais como organizações prestadoras de serviços públicos essenciais, implica dotá-los de elementos técnico-administrativos que permitam a modernização e racionalização de sua gestão, com a sua inserção num contexto organizacional, com a melhoria da estrutura e método de trabalho através da renovação de recursos humanos e materiais e com planejamento e avaliação de resultados, conforme proposto por Fix-Fierro⁴⁶ (2003, p. 131 e ss.).

Mais que prestadores de serviços públicos, por dever imposto pela Constituição, no inciso XXXV do art. 5º, os Tribunais estão obrigados a fornecer a prestação jurisdicional.

Ademais, é evidente que um Judiciário rápido e eficiente favorece o aporte de investimentos no País, já que o custo das operações financeiras leva em conta obrigatoriamente o tempo de tramitação dos processos. Calhao (2010, p. 37) acrescenta a inegável influência da atuação da Justiça no setor econômico:

⁴⁶ No mesmo sentido: “Os formuladores de políticas públicas de todo o mundo concordam que a reforma judiciária e, em consequência, a dotação de eficiência aos tribunais têm uma importância capital a fim de melhorar as capacidades institucionais do governo dos Estados nacionais. Nesse ritmo, o Brasil adotou a reforma do Poder Judiciário e, por meio das ECs ns. 19/1998 e 45/2004, adotou expressamente os princípios da eficiência e razoável duração do processo, com o objetivo de dotar a justiça brasileira de um novo instrumental jurídico coaduno às transformações examinadas” (CALHAO, 2010, p. 45).

A *confiança pública* apresenta um fator de importância para a economia e a movimentação dos mercados e investimentos, já que uma justiça desacreditada interfere no bom andamento dos fluxos de capitais em trânsito no mercado. [...] Também uma insatisfatória performance da justiça leva a comprometer os investimentos para o fomento da inovação, atrasando o desenvolvimento tecnológico do país. [...] O chamado custo de oportunidade e eficiência do Judiciário é um fator de altíssima relevância no tangente à transnacionalização do capital.

Evidentemente, nenhuma grande empresa ou governo irá investir recursos de monta num lugar onde os direitos de propriedade não são respeitados, ou não há previsibilidade dos julgamentos judiciais. Isso permite a análise de perspectivas antagônicas sobre como interpretar o princípio da eficiência, que, como adverte Rosa (2009, p. 78), tende sempre a fazer prevalecer uma visão econômica sobre o aspecto social.

Por isso a importância de estabelecer políticas públicas de âmbito nacional do Poder Judiciário brasileiro, única maneira de combater a imagem de lentidão e ineficiência tão arraigada no senso comum da população. Essa imagem afeta não só a credibilidade econômica, mas o mais importante: a confiança dos cidadãos a quem se destina o serviço público, em última análise.

Para resgatar essa confiança, Nallini (2006, p. 163) defende a necessidade de modernizar a estrutura de primeiro grau e de trabalhar a nova administração pública nos cartórios e serventias, introduzindo ferramentas que venham a melhorar a eficiência do sistema, enfim, “dotar a Justiça de mecanismos de agilidade, convertê-la em serviço

estatal com eficiência comparável à de qualquer atividade reconhecidamente prestigiada pelo êxito de seu funcionamento”.

Surge em cena a figura do juiz gestor. Os juízes precisam buscar constantemente um melhor aproveitamento do aparato criado pelo sistema, convertendo-se em engenheiros sociais e coordenadores de equipes multidisciplinares, os “guardiões de promessas”, mencionados por Garapon (2001, p. 45) quando descreve a emigração do espaço simbólico da democracia do Estado para a Justiça.

Acontece que grande parte dos juízes, juristas⁴⁷ e mesmo setores do governo⁴⁸ ainda consideram que sua função é apenas julgar e que a atividade administrativa não faz parte de suas obrigações. Prova disso é que 99% dos 1.288 entrevistados na 1ª Pesquisa sobre Condições de Trabalho dos Juízes, feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros (2009, p. 54), desconhece o percentual do orçamento dos Tribunais que é destinado às suas unidades judiciais, o que demonstra falta de transparência e de informação. Para os dirigentes da AMB, não há como pretender um funcionamento eficiente da Justiça se o juiz que administra a vara sequer conhece os recursos por ele utilizados (SADEK, 2012, p. 403).

Apresenta-se aqui um conflito entre a cômoda reprodução do modelo já esgotado e a mudança de atitude, com o protagonismo dos juízes responsáveis pelas políticas públicas do Judiciário perante a sociedade. Ainda que não tenha o poder de ordenar as despesas, o juiz

⁴⁷ Madalena (2013), por exemplo, defende a retirada das atividades administrativas das atribuições dos juízes. Streck (2013) vai além, apontando a perda de qualidade das decisões e os riscos decorrentes da delegação de atos decisórios.

⁴⁸ Vasconcelos (2013).

de primeiro grau também deve participar desse processo de realimentação ou *feedback*:

A ciência da administração se alicerça em quatro grandes colunas: planejamento, execução, controle e coordenação. O exercício de atividade humana, seja individual ou em parceria, em instituição pública ou privada, depende sempre desses elementos. O juiz também depende desses quatro elementos de administração. Por exemplo: a) planeja a sua pauta de audiências e julgamentos; b) executa essas atividades planejadas; c) durante a execução, faz o devido controle para que tudo ocorra conforme planejado; e, por fim, d) coordena todas essas operações, principalmente quanto às correções e alterações de curso, a fim de que a prática de sua atividade principal – prestação jurisdicional – se opere com pleno êxito (MADALENA; OLIVEIRA, 2008, p. 130).

Nestes tempos em que a discussão acerca da gestão do Judiciário toma corpo, com o incentivo do CNJ e de entidades como a Associação dos Magistrados Brasileiros, muitas propostas apontam para esse protagonismo. Bezerra (2012, p. 179) defende o papel ativo das Escolas da Magistratura como fator de mudança de mentalidade:

O Judiciário precisa de juízes que mudem a realidade existente a partir das ferramentas que têm à disposição deles, sem esperar que a solução parta da cúpula do Poder Judiciário, ou de outros poderes. O primeiro passo a ser dado é no sentido da mudança de mentalidade do juiz, para que ele possa ousar, utilizando, sobretudo, a criatividade no âmbito em que trabalha, vislumbrando o processo sob o ângulo dos ‘consumidores’ da prestação jurisdicional. Como se dará essa mudança de mentalidade? A educação é a resposta.

Tal preocupação tem de fato suas razões: nem os cursos de Direito nem as Escolas de Magistratura costumam prestigiar a ciência da administração em suas grades curriculares. Apesar disso, tais habilidades são exigidas dos magistrados que podem até se sair bem se o movimento de processos estiver num patamar razoável, o que “certamente deixou de ser [acontecer] com a progressiva complexidade e com a extraordinária multiplicação na demanda pelos serviços do judiciário” (SADEK, 2012, p. 404).

Silva, Ruschel e Rover (2010, p. 30) observam que mais da metade das metas anuais estabelecidas pelo CNJ para 2009 e 2010 estão ligadas ao governo eletrônico, este entendido como a intercomunicação entre os mais diversos agentes no processo de adaptação à via digital, superando as barreiras de ordem material, financeira, geográfica ou hierárquica na prestação dos serviços públicos.

Outros, como Wiedemann Neto (2012, p. 81), recomendam o uso de metodologias oriundas da ciência da administração, a exemplo do *business intelligence*⁴⁹, para munir os magistrados de relatórios gerenciais das unidades em que atuam:

Além de relatórios apresentados na forma de tabelas, os dados poderiam ser estratificados em gráficos de vários formatos, cuja visualização mais amigável facilita a análise e decisão a respeito. Alguns desses indicadores deveriam ser individuados pelo Tribunal para fornecer aos

⁴⁹ *Business intelligence* é um termo atual, utilizado para referir um conjunto de tecnologias da informação (plataformas, aplicações e processos) cuja finalidade é facilitar a tomada de decisão em todos os níveis de uma organização. O BI deve ser usado para o controle do conjunto de metas (projetado/realizado) com o uso de indicadores de gestão. Também deve objetivar a análise do tempo dos processos, comparando as variáveis dos tipos internos ao processo com os elementos da infraestrutura, do menor ao maior nível organizacional do Judiciário (SILVA; RUSCHEL; ROVER, 2010, p. 33).

magistrados dados úteis à administração de seu trabalho. Entre eles, poderíamos destacar a taxa de congestionamento de cada gabinete, a carga de trabalho de cada gabinete e a taxa de recorribilidade de cada gabinete (interna e externa).

Calhao (2010, p. 61) também defende “a reengenharia dos processos de trabalho e o emprego da tecnologia da informação” como indispensáveis à administração da Justiça. Aponta como ferramenta nessa reengenharia a informatização do processo judicial, possibilitada pela Lei 11.419/2006, que simplifica os atos e a transmissão de peças processuais e implanta o diário da justiça eletrônico e a assinatura eletrônica, sob coordenação do CNJ, “mais que uma instância para censurar ou fiscalizar atos administrativos, revela-se em importante órgão de administração judiciária, alinhado com as diretrizes da moderna administração pública”.

Trazer eficiência à atividade Judicial, na visão de Nallini (2012, p. 459), adquire caráter de urgência, como modo de recuperar a legitimidade: “sem esse passo, a deslegitimação virá mais rapidamente e derivada de uma constatação singela: Justiça que não funciona é descartável. Não compensa o que nela se investe”. A esse alerta acrescenta o autor: “Por isso as novas tecnologias da comunicação e da informação devem ser consideradas em seu enorme potencial de transformação do sistema judicial”.

Ainda existe uma forte resistência diante do novo, com significativa inadaptação às novas ferramentas como processo virtual, audiências gravadas, chaves eletrônicas, bancos de dados, bloqueios de bens e valores pela internet, alvarás virtuais e outras inovações que não param de surgir. Porém a informatização, que está presente hoje em

todas as atividades humanas, chegou definitivamente ao Poder Judiciário, não só para facilitar-lhe o trabalho, mas para transformá-lo profunda e irreversivelmente, como se passa a analisar.

2.5 INFORMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA E PROCESSO ELETRÔNICO

Como mencionado, a utilização do processo eletrônico, possibilitada pela Lei 11.419/2006, ainda que tardia e lentamente⁵⁰, está transformando o modo de ser e de agir da Justiça no Brasil. Na apreciação de Olivo (2001, p. 23), de todos os avanços tecnológicos do século XX, nenhum teve tanto impacto para a administração pública como a chamada Tecnologia da Informação.

Para esta pesquisa, adquire fundamental importância acompanhar o estágio atual de informatização dos serviços públicos e, principalmente, as perspectivas geradas pela informatização da Justiça, dada sua relevância para o exercício da cidadania, de seus reflexos na economia em geral e no Direito de Propriedade Intelectual em particular.

As questões que possam surgir desse processo certamente demandarão solução, não apenas pelo Judiciário, mas pelos demais

⁵⁰ Por mais incrível que pareça, em pleno século XXI, com exceção de algumas raras ilhas de modernidade, o sistema judiciário brasileiro ainda apresenta um nível paupérrimo de informatização. Em um momento da história em que crianças de tenra idade realizam pesquisas escolares pela rede mundial de computadores, nossos autos processuais ainda são amarrados em capas de cartolina com linhas provavelmente semelhantes àquelas com que Pero Vaz de Caminha amarrou a carta que endereçou ao rei de Portugal [...] (CARDOSO *apud* Prefácio a ALMEIDA FILHO, 2010).

órgãos de controle. Por isso, os partícipes e, mais que tudo, os responsáveis pelas políticas públicas, devem estar preparados para apresentar a solução necessária, no momento certo, para que a inovação e o conhecimento sejam disseminados sem trazer prejuízo ao interesse público nem ofensa aos direitos individuais dos autores.

O ciberespaço – também chamado de ‘rede’ – é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores através da internet. O termo, cunhado por Lévy (2000, p. 17), especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo, afetando todas as relações sociais⁵¹.

Trosa (2001, p. 39) considera que a utilização da internet pelo serviço público ainda não se traduz em redes internacionais de conhecimento, tampouco em intercâmbio de informações que possam ser mobilizadas instantaneamente pelo poder público. Isso evidencia uma enorme defasagem na capacidade de reação diante da “sociedade ou economia do conhecimento” entre o setor público e as grandes empresas privadas.

Considerando que informação é poder, o impacto desse novo espaço de comunicação e difusão do conhecimento adquire dimensão revolucionária⁵², além de mudar a racionalidade na administração pública com novas possibilidades e perspectivas. Para Crozier (1970, p.

⁵¹ Já o neologismo *cibercultura* “especifica o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais) de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço” (LÉVY, 2000, p. 17).

⁵² A respeito, ver Castells (1999).

65/76), os computadores tocam diretamente o problema da comunicação – problema central no planejamento e no relatório das atividades.

Além de facilitar o cotidiano do cidadão, usuário dos serviços públicos, e de reduzir os custos administrativos, a aplicação da tecnologia à administração pública, em especial o uso da *internet*, segundo Paula (2009, p. 17) “alcança predicados dispostos em princípios constitucionais, tais como a eficiência e publicidade, outrora relegados aos textos normativos, permitindo acesso rápido a serviços e informações em âmbito municipal, estadual e federal, superando a arraigada inoperância na gestão da coisa pública”.

Santolim (2007, p. 87) aponta como principais objetivos pretendidos com o uso das tecnologias da informação no ambiente de reforma do Estado: cortar custos, aumentar a eficiência, atender as demandas dos cidadãos, melhorar o relacionamento com a sociedade e facilitar o desenvolvimento econômico.

Porém, diante de toda a potencialidade daqueles recursos, espera-se muito mais. Na medida em que a comunicação com os usuários passa a ser instantânea, interativa, e acessível a qualquer um e de qualquer lugar, pretende-se também que a administração pública não seja apenas agilizada pelas novas tecnologias, mas “profundamente transformada por elas” (MARQUES, 2009, p. 17).

Um bom exemplo disso é o caso da apresentação das declarações de imposto de renda no Brasil. Em 1997, quando a Receita Federal inaugurou esse serviço, houve dúvida acerca da sua legalidade, mas, mesmo assim, em torno de 500 mil contribuintes optaram pelo uso da rede na entrega da declaração (OLIVO, 2001, p. 30).

No ano de 1999, dos 11 milhões de contribuintes que apresentaram declarações, 60% utilizaram a internet. Já em 2011, todas as declarações de imposto de renda, num total de mais de 24 milhões de contribuintes, foram enviadas pela internet e, pela primeira vez, não foram aceitas declarações que não em meio eletrônico, marcando o fim da declaração em papel.⁵³

Esse fato demonstra a eficiência e a segurança do sistema Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO)⁵⁴ – que gera um considerável patrimônio intangível para o país e hoje atua, inclusive, em diversos países e nos mais variados segmentos, da gestão de recursos humanos ao comércio exterior, do planejamento à arrecadação e controle externo das contas públicas.

Como se vê, depois de tantos anos de operação, está reconhecida a confiabilidade do sistema com a utilização da internet para efeitos de declaração de imposto de renda e acompanhamento da liberação dos lotes de restituição, incorporado ao cotidiano dos contribuintes brasileiros (OLIVO, 2001, p. 31) e, no exterior, apontado como referência, por ser um dos únicos modelos que permite a apuração de um volume tão grande de dados com o pagamento da restituição do imposto pago a maior no mesmo ano/exercício em que é feita a declaração.

⁵³ Brasil (2013b).

⁵⁴ O Serpro é uma empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda. Foi criada no dia 1º de dezembro de 1964, pela Lei nº 4.516, com o objetivo de modernizar e dar agilidade a setores estratégicos da Administração Pública brasileira. A empresa, cujo negócio é a prestação de serviços em Tecnologia da Informação e Comunicações para o setor público, é considerada uma das maiores organizações públicas de TI no mundo (BRASIL, 2013c).

A informatização do serviço público permite, acima de tudo, maior colaboração entre os agentes envolvidos, ao facilitar a comunicação entre usuários e serviços fisicamente distantes. Por isso, para Marques (2009, p. 32), a avaliação da informatização da administração pública deve ir muito além da simples adoção da máquina informacional:

Passa por saber se ela é mais ou menos colaborativa, se está mais próxima ou mais distante de um modelo em rede, como utiliza as TIC para modernizar a sua organização, qual o valor acrescentado que dela tiram o cidadão e as empresas. O indicador principal não deverá ser apenas o de ter mais ou menos serviços *on-line* (se essa contabilidade for feita de uma forma tradicional). Deveria ser a capacidade de os oferecer de um modo mais ou menos integrado.

Nesse contexto, destaca-se o atual estágio da informatização no Poder Judiciário do Brasil. Todos os 91 Tribunais brasileiros encontram-se conectados à rede mundial de computadores e possuem sistema de consulta processual *on-line* através dela. Significativa também é a implantação da numeração única dos processos para todo o País, como mostra a pesquisa de Silva, Ruschel e Rover (2010, p. 34-36).

Para que essa estrutura gigantesca funcione, torna-se necessária uma máquina informacional proporcionalmente grande. Isso somente é possível com a adoção de sofisticados programas de computador, cujas possibilidades não param de surgir e de crescer a cada dia, pois é crescente o número de órgãos jurisdicionais que utilizam o processo

eletrônico no Brasil, apesar da resistência dos operadores⁵⁵ de seu apego ao uso do papel.

Nallini (2012, p. 458) cita inúmeras possibilidades do uso da tecnologia de informação no âmbito do Poder Judiciário: bancos de dados, distribuição eletrônica, acompanhamento virtual do fluxo e trâmite dos processos, peticionamento eletrônico, troca de votos *on line*, juizado virtual, diário da justiça eletrônico, intercomunicação dos tribunais em rede, interrogatórios por videoconferência (viabilizados com a alteração do art. 185 do Código de Processo Penal pela Lei 11.900/2009), leilões virtuais, bloqueios de contas com penhoras *on line*, certificação digital e assinaturas eletrônicas. E conclui: “Existe uma potencialidade imensa na proliferação dos usos da tecnologia eletrônica – entre outras tecnologias – para conferir ao Judiciário performance compatível com as urgências e expectativas sociais”.

De todos esses aspectos, o processo eletrônico é não só o mais importante, mas também o mais promissor, pelas possibilidades de mudança que cria na forma de prestação do serviço judicial e, mesmo, de transformação da Justiça. Almeida Filho (2010, p. 48) enfatiza: “a informatização do processo faz parte do denominado *Pacote Republicano*, de reformas infraconstitucionais do processo, com o fim de garantir celeridade no conflito de interesses”. Destaca-se aqui a busca de celeridade e a razoável duração do processo.

⁵⁵ A jurisprudência se mostrou refratária à prática de atos processuais através de e-mail, em especial o STJ, por não considerá-lo similar ao fac-símile. Diversos recursos deixaram de ser conhecidos por decisões que afirmavam não haver similitude entre ambos. Ocorre, contudo, que tanto o fax quanto o e-mail são formas de transmissão de dados eletrônicos, através de canais de telecomunicações (ALMEIDA FILHO, 2010, p. 26).

Diante das inúmeras designações utilizadas, como *processo virtual* ou *processo digital*, opta-se pelo uso da categoria *processo eletrônico*, forma adotada pela Lei 11.419/2006 e assim definida por Rover (2008, p. 1):

Como espécie, o processo eletrônico designaria a total informatização de um conjunto mínimo e significativo de ações e, por consequência, de documentos organizados em uma forma determinada e diversificada de fluxos que garantisse a esses documentos, individual e em conjunto, autenticidade, integridade e temporalidade.

Ainda que se indique como marco inicial a chamada Lei do Fax – Lei 9800/1999⁵⁶, a regulamentação do uso do meio eletrônico para a tramitação de processos na Justiça brasileira somente se iniciou com o uso do Sistema de Processo eletrônico (e-Proc) pelos Juizados Especiais da Justiça Federal, a partir do Projeto de Lei 5828/2001 elaborado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), que se transformou na Lei 11.419/2006 (KRAMMES, 2010, p. 73).

Mesmo questionando a obrigatoriedade de sua adoção no âmbito dos Juizados Especiais Federais, Almeida Filho (2010, p. 21) reconhece o pioneirismo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na informatização judicial quando determinou que todos os feitos processados nos Juizados tramitassem de forma eletrônica, numa postura ousada ao não permitir às partes o uso do processo convencional antes mesmo do advento da Lei 11.419.

⁵⁶ Para Almeida Filho (2010, p. 26), a Lei 9800/1999 transformou-se em verdadeira chicana processual a fim de se ganhar mais cinco dias, diante da necessidade do protocolo do original no referido prazo.

De fato, tal possibilidade surgiu somente com a Lei 10.259/2001 que, ao criar os Juizados Especiais Federais, admitiu, no §2º do art. 8º, a intimação das partes e a recepção de petições por meio eletrônico, e, em consequência, facultou aos órgãos do Poder Judiciário desenvolver sistemas eletrônicos com esse objetivo (ALVIM; CABRAL JR., 2008, p. 40).

A partir de então, intensificou-se a transição do processo de papel para o processo eletrônico e o desenvolvimento dos sistemas informacionais para dar o suporte necessário a essa nova forma de trabalho dentro da Justiça.

Pinheiro (2010, p. 284) também aponta a Lei n. 11.419/2006 como marco regulatório da informatização judicial, por abranger todas as fases para implantação do processo judicial informatizado em todos os graus e órgãos do Poder Judiciário no Brasil e validar, no art. 11, todo e qualquer ato processual realizado por meio eletrônico. Acrescente-se ainda a digitalização do processo no âmbito do Tribunal de Contas da União, regulamentada pela Portaria n. 189/2007 e também, no STF, a Resolução 417/2009 que prevê, a partir de 31 de janeiro de 2010, que todos os atos e peças somente sejam recebidos por meio eletrônico.

Para Atheniense (2010, p. 26), a informatização da Justiça é de um “caminho obrigatório” e irreversível, que pode ser resumido em três fases gerais:

- um primeiro momento, com o uso de dispositivos, como planilhas eletrônicas, bancos de dados e editores de textos, muitas vezes de propriedade dos próprios juízes e serventuários, para melhorar a produtividade;
- a segunda fase, com automatização de algumas rotinas e criação de sistemas de controle do andamento processual, implantados pelos

Tribunais, que passam a contar com suas próprias estruturas de informática, incluídos não apenas o parque de equipamentos mas também o pessoal especializado;

- a terceira fase, que começa a ser implantada na maior parte dos Tribunais, é a chamada “virtualização” do processo, com a adoção do processo eletrônico, em que todo ou quase todo o processo passa para a forma digital, com o abandono, aos poucos, do processo em papel.

Atheniense (2010, p. 27) acrescenta que, a partir da segunda fase, os equipamentos vêm a ser fornecidos exclusivamente pelo Judiciário, de forma a permitir maior controle e segurança da informação. Com isso, ganha força nos Tribunais uma interpretação equivocada de que informatizar o Judiciário significa comprar novos e avançados computadores e periféricos. Na verdade, como alerta o autor, é preciso capacitar pessoas, criar fluxos de trabalho, estudar formas de otimização e gerar indicadores para modelos de gestão que apresentam resultados. O computador nunca será a solução para os problemas da Justiça, mas apenas um instrumento para permitir que isso seja buscado.

Reforçando a ideia de que é preciso melhorar a gestão do Poder Judiciário, o que se tem observado é a implantação da informatização de uma forma desordenada nos diversos ramos da Justiça (ATHENIENSE, 2010, p. 81). A já mencionada autonomia administrativa e orçamentária acaba por criar subdivisões internas no Poder Judiciário, como as Justiças dos 26 Estados federados mais a do Distrito Federal com seus respectivos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Turmas Recursais; a Justiça Federal, coordenada pelo Conselho de Justiça Federal, e integrada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelos 5 Tribunais Regionais Federais, com sede em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo,

Porto Alegre e Recife⁵⁷ e seus respectivos Juizados Especiais e Turmas Recursais; a Justiça do Trabalho, dirigida pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, com o Tribunal Superior do Trabalho e mais 24 Tribunais Regionais do Trabalho por todo o País; a Justiça Eleitoral, com o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais; a Justiça Militar integrada pelas Justiças Militares dos Estados, e o CNJ⁵⁸. Todos possuem seus próprios sistemas informatizados, e a dificuldade de comunicação decorrente da falta de padronização entre esses sistemas já é chamada de “Babel eletrônica” (ARONNE, 2011).

A existência de sistemas distintos dentro de uma mesma Administração Pública, sem que entre eles ocorra tráfego de dados, elemento essencial em se tratando da prestação de serviços públicos em “rede”, acaba por gerar dificuldades enormes para a interoperabilidade desses sistemas, principalmente da parte de seus principais usuários: os advogados.

Para Atheniense (2010, p. 82), essa pluralidade de sistemas, resultado de buscas isoladas que nem sempre cumprem o papel a que se destinam, exigirá um esforço maior de cada usuário, demandando tempo maior para sua total implantação:

A conclusão a que chegamos é de que haverá uma grande cizânia entre as regras implantadas nos primeiros anos, o que ensejará aos jurisdicionados enorme dificuldade, exigindo cautela para monitorar os procedimentos que serão

⁵⁷ Mais 4 Tribunais Regionais Federais são criados pela PEC 544/2002, aprovada pela Câmara dos Deputados em 05 de junho de 2013 (BRASIL, 2013d). Contudo, tal instalação está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal (ESTADÃO, 2013b).

⁵⁸ O CNJ dispõe de seu próprio sistema, o Processo Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (e-CNJ) pelo qual todos os procedimentos administrativos, disciplinares e internos são autuados, movimentados e julgados (BRASIL, 2013e).

gradativamente implantados em cada órgão do Poder Judiciário. Haverá tribunais sem nenhuma informatização, outros com sistemas precários e, ainda aqueles, com sistemas de última geração, em pleno funcionamento. Infelizmente, caberá ao usuário atualizar-se e treinar para usar cada um desses sistemas.

Sobre esses diferentes sistemas, é preciso um conhecimento mais detalhado. O sistema computacional e-Proc – aquele primeiramente utilizado pela Justiça Federal, em seus Juizados Especiais e Turmas Recursais – é assim descrito por Bollmann (2004, p. 51-52):

- a) entrada de dados: feita com digitalização de imagens com uso de ‘scanner’ de alta velocidade, digitação de dados pelos operadores do sistema (servidores do Judiciário), gravação da audiência em arquivos anexos ao processo, sem redução a termo, e assinaturas digitais;
- b) armazenamento de dados: informações guardadas em duas formas: a primeira, em arquivos no formato do gerenciador da base de dados (gerenciador de banco de dados relacional “*open source*”), e a segunda, usada para as imagens digitalizadas, em arquivos formato PDF;
- c) pauta diária e distribuição: há, para o sistema, uma distribuição realizada para fins de apreciação da liminar e, posteriormente, um remanejamento realizado a partir da pauta diária – neste sistema, ao iniciar o dia, é gerada uma relação das audiências que serão realizadas com distribuição automática, sem vinculação com dados anteriores;
- d) audiência: realizada sem redução a termo dos depoimentos, mas com gravação em arquivos de áudio digitais; a sentença é assinada digitalmente pelo magistrado, recebendo, então, um código que a autentica;
- e) as comunicações de atos processuais são realizadas mediante “*e-mails*”.

Atento à necessidade de padronização dos sistemas informacionais, ao constatar as diferentes iniciativas promovidas pelos Tribunais Estaduais, o CNJ investiu no sistema Processo Judicial Digital (Projudi)⁵⁹. Segundo o CNJ, 19 dos 27 estados brasileiros aderiram ao sistema, que tem como premissa gerenciar e controlar de forma eletrônica os trâmites de processos judiciais nos Tribunais, com a redução de tempo e custos de tramitação.

O CNJ optou pelo uso de *software* livre, distribuindo o sistema gratuitamente a todos os interessados, o que deveria conferir mais agilidade à sua implantação. Atheniense (2010, p. 87) observa, porém, que a centralização do desenvolvimento e o uso de arquiteturas de sistema diferentes em cada Estado acabaram por atrasar a expansão do sistema, pelo que defende a maior participação dos Tribunais Estaduais no processo de criação. Por outro lado, precisariam eles abrir mão de certa parcela de sua autonomia em favor de um sistema único.

Como resposta, a partir de 2011 um novo sistema para a automação do Judiciário passou a ser desenvolvido pelo CNJ em parceria com os tribunais, o PJe⁶⁰. Lançado oficialmente em 21 de junho de 2011 pelo Ministro Cezar Peluso, o PJe parte da experiência de diversos tribunais brasileiros e com sua colaboração, e pretende permitir o acompanhamento processual, independentemente de o processo tramitar na Justiça Federal, na Justiça dos Estados, na Justiça Militar dos Estados e na Justiça do Trabalho. Informa o CNJ que:

⁵⁹ Para mais informações sobre o Projudi, acesse: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/projudi>>.

⁶⁰ Para mais informações sobre o PJe, acesse: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/processo-judicial-eletronico-pje>>.

pretende convergir os esforços dos tribunais brasileiros para a adoção de uma solução única, gratuita para os próprios tribunais e atenta para requisitos importantes de segurança e de interoperabilidade, racionalizando gastos com elaboração e aquisição de softwares e permitindo o emprego desses valores financeiros e de pessoal em atividades mais dirigidas à finalidade do Judiciário: resolver os conflitos.

A implantação desse novo sistema desenvolvido internamente iniciou-se em 05 de dezembro de 2011 pela Justiça do Trabalho (PJe/JT)⁶¹ na Vara do Trabalho de Navegantes/SC sob coordenação do Ministro João Oreste Dalazen. Seu emprego abrange atualmente vários tribunais regionais em boa parte dos Estados. Pretende “muito mais do que um simples sistema de tramitação eletrônica de processos judiciais”, integrar todas as Varas do Trabalho do País, com os Tribunais Regionais do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Saindo dos modelos públicos e centralizados desenvolvidos pelo CNJ, um caso de sucesso é o Sistema de Automação do Judiciário (SAJ)⁶², *software* corporativo desenvolvido pela empresa Softplan/Poligraph, adotado atualmente pelas Justiças Estaduais de oito Estados brasileiros: Acre, Alagoas, Amazonas, Ceará, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e São Paulo. O SAJ, em desenvolvimento desde 1997, no início, como *software* de gestão do TJSC, responde hoje por mais de 60% do movimento de processos da justiça comum.

⁶¹ Para mais informações sobre o PJe/JT, acesse: <<http://www.csjt.jus.br/apresentacao>>.

⁶² Para mais informações sobre o SAJ, acesse : <http://www.softplan.com.br/saj/saj_tour.jsf>.

Considerado uma das ferramentas de gestão de processos judiciais mais avançadas em utilização no Brasil, o SAJ também foi pioneiro na implantação do processo eletrônico, antes mesmo do advento da Lei n. 11.419/2006, com a instalação da 10ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Campo Grande, pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul (KRAMMES, 2010, p. 74).

É descrito como um *software* de gestão com escopo bastante amplo e principal finalidade no acompanhamento e a automatização de procedimentos relativos aos processos judiciais dentro de fóruns, tribunais, juizados especiais e demais órgãos auxiliares da Justiça. Madalena e Oliveira (2008, p. 174) o inserem na categoria dos ERPs (*Enterprise Resource Planning*), que identifica sistemas de informação que têm como objetivo a integração de todos os setores de uma organização:

As rotinas disponibilizadas pelo sistema iniciam no cadastro inicial dos dados das pessoas envolvidas e na consequente distribuição do processo para o julgador competente, e terminam no seu arquivamento definitivo. A gestão das informações relativas às ações judiciais ocorre de forma integrada em todo o caminho percorrido até a solução final do litígio. Dessa forma, são geridas as principais atividades desenvolvidas nos cartórios judiciais, gabinetes de magistrados, centrais de mandados, setores de expedição de certidões e correspondências, contadorias e entre outros setores de fóruns e tribunais que sejam responsáveis diretamente pela gestão dos processos judiciais. Todo o trâmite processual existente na esfera da Justiça Estadual é controlado pelo sistema.

Suas funcionalidades vão desde o cadastro, distribuição, andamento processual, agendamento e controle de audiências, emissão e

controle de expedientes e mandados, carga eletrônica de processos, emissão e controle de Aviso de Recebimento (AR), controle de pendências e prazos, publicações e cadastro de objetos. De acordo com Krammes (2010, p. 70):

O SAJ oferece aos órgãos judicantes rotinas de gestão que iniciam no cadastro de dados básicos, passando pela análise, distribuição e julgamento do processo, e terminando no arquivamento dos feitos. A função do sistema é controlar todo o trâmite processual da Justiça Estadual, bem como a integração com outras instituições, tais como procuradorias e Ministério Público. As funcionalidades disponibilizadas abrangem todas as atividades de gestão processual desenvolvidas nos cartórios ou secretarias judiciais, gabinetes de magistrados, centrais de mandados, setores de expedição de certidões e correspondências, contadorias, dentre outros.

A sofisticação e a customização das respostas oferecidas pelo SAJ são compatíveis com a sua forma de desenvolvimento: uma empresa privada, altamente especializada e dotada de um corpo técnico específico, atende mediante contrato as demandas de seu cliente público. Realmente torna-se difícil imaginar que uma solução tão específica para as demandas de uma Justiça com diferenças regionais tão grandes pudesse ser criada dentro de um órgão centralizado como o CNJ. Não obstante, no VII Encontro Nacional do Judiciário, realizado em 18 e 19/11 em Belém/PA, o Presidente do CNJ, Ministro Joaquim Barbosa “conclamou os presidentes dos tribunais a adotarem o PJe”.⁶³

Ainda que se reconheça que o desenvolvimento de programas de computador não é uma função específica do Poder Judiciário, e que

⁶³ Para mais informações, acesse : <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27022:ministro-joaquim-barbosa-conclama-presidentes-de-tribunais-a-adotarem-o-pje>.

seu dever é prestar à sociedade uma Justiça célere e de qualidade, a terceirização do desenvolvimento dos programas destinados à informatização da Justiça apresenta-se como questão polêmica.

A titularidade das criações decorrentes desse processo de informatização é um problema que será enfrentado no próximo capítulo, mas cabe aqui observar desde logo que as consequências da falta de uma gestão adequada das criações obtidas com a informatização do Judiciário já se fazem sentir. É visível a falta de uma política pública que coordene a área de *software* no Poder Judiciário brasileiro, o que se traduz na existência de soluções diversas para problemas semelhantes, e no lento processo de informatização da Justiça, não obstante a dimensão continental do País.

A única diretriz existente está contida na Resolução 90, de 29 de setembro de 2009, do CNJ, que permite a contratação do desenvolvimento dos sistemas de informação, apenas ressalvando que nesse caso o Tribunal deverá fazer constar no instrumento contratual cláusula que assegure a Propriedade Intelectual à pessoa de direito público contratante.⁶⁴

⁶⁴ Art. 4º O Tribunal deve desenvolver ou contratar o desenvolvimento de sistemas de informação obedecendo aos requisitos estabelecidos nesta Resolução e ao disposto na [Lei nº 11.419/2006](#).

Parágrafo único. Optando pela contratação, o Tribunal deverá fazer constar no instrumento contratual cláusula que determine que a propriedade intelectual dos códigos-fonte é da pessoa de direito público contratante, inclusive os referentes ao fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, manutenção e atualizações.

Art. 5º Na contratação de sistemas de informação em que a propriedade intelectual não é da pessoa de direito público contratante, o Tribunal deverá fazer constar no instrumento contratual cláusula que determine o depósito do código-fonte junto à autoridade brasileira que controla a propriedade intelectual de softwares para garantia da continuidade dos serviços em caso de rescisão contratual ou encerramento das atividades da contratada.

Pode-se questionar ainda acerca da titularidade da alteração, melhoria, ou customização sobre o programa de código aberto (público) que venha a ser feito por empresa particular contratada para isso, diante do art. 5º da Lei 9.609/1998: “Os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário.”

Outro problema que surge é a necessária integração do sistema. Se cada órgão da Justiça criar uma solução específica, haverá seguramente um desperdício de esforços, com perda de informações.

Krammes (2010, p. 14) destaca a importância da integração dos mais variados agentes operadores para que as atividades sejam executadas de forma otimizada, envolvendo cartórios, gabinetes, advogados, procuradorias e os incontáveis órgãos partícipes:

O processo judicial eletrônico é o meio ideal para que esta integração aconteça. E mais, é por meio dele que boas práticas de tramitação poderão ser estabelecidas, no sentido de tornar o processo mais ágil e seguro. Mas antes deve ser feito um mapeamento das tarefas realizadas por operador do direito. A gestão automatizada do processo só é possível com o estabelecimento de padrões procedimentais que ofereçam agilidade e, principalmente, garantam, ao mesmo tempo, a plena validade jurídica dos atos.

Mais um ponto crucial diretamente modificado pelo modelo de processo eletrônico, diz respeito à segurança dos dados e a confiabilidade do sistema. Para Madalena e Oliveira (2008, p. 175), a utilização de um sistema integrado na operacionalização dos processos judiciais assegura a segurança dos dados alimentados no sistema e sua disponibilidade para os usuários e demais setores da administração:

Ao operar sobre uma base de dados única ou sobre várias bases integradas, é possível controlar, em tempo real, todos os passos realizados em cada processo pelos mais diversos agentes, garantindo a integridade da informação nos diversos setores. A partir da utilização de um sistema ERP também é possível melhorar os procedimentos internos, através de estudos estatísticos que indiquem os gargalos do andamento processual.

A confiabilidade do sistema diz respeito ainda à forma de transmissão dos dados, sua autenticação e armazenamento dos autos digitalizados de forma a garantir a segurança dos atos processuais (ATHENIENSE, 2010, p. 107).

Por isso, a criação do Diário da Justiça eletrônico, possibilitada pelo art. 4º da Lei 11.419/2006, constitui outra providência da maior importância. Alvim (2008, p. 30) lembra que, no Estado de Santa Catarina, mesmo antes da Lei do Processo Eletrônico, o Diário da Justiça eletrônico, em substituição à versão impressa, já fazia a divulgação na internet de atos processuais e administrativos do Poder Judiciário.

Sobre a experiência do Diário da Justiça Eletrônico de Santa Catarina (DJESC), Toniazzi (2008) informa que, desde 01/09/2003, já circulava uma versão eletrônica do Diário da Justiça. Sua adoção pelo TJSC, pela Resolução n. 08/2006, de 7 de junho de 2006, eliminou a versão em papel, substituindo-a por um documento assinado digitalmente que preenche os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da ICP-Brasil. Ressalte-se que a publicidade instantânea dos atos processuais eliminou um importante gargalo que atrasava o andamento dos processos.

Cabe aqui registrar um aspecto paralelo observado em consequência da adoção do Diário da Justiça eletrônico. Além de permitir o acesso gratuito a todos os jurisdicionados e interessados, essa substituição implica a economia de milhares de toneladas de papel por ano e a conseqüente preservação do meio-ambiente, pois cada tonelada de papel corresponde à supressão de aproximadamente 20 árvores. Trata-se de mais uma ferramenta oriunda da administração pública que se traduz em economia imediata, considerados os gastos em material agora desnecessários. Como mensurar tal criação em termos de propriedade intelectual? O site da Softplan⁶⁵ informa que, apenas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foram economizados mais de R\$ 5 milhões anuais com a implantação do Diário da Justiça eletrônico e 17 toneladas de papel poupadas por dia!

Mais que isso, o maior ganho é de credibilidade. Almeida Filho (2010, p. 183) afirma que além de reduzir os custos e alcançar maior celeridade, a realização das intimações através do Diário da Justiça eletrônico confere credibilidade aos atos com a certificação digital nos autos eletrônicos, uma vez que os Tribunais ainda negam confiabilidade às informações lançadas pela internet, como se vê no seguinte julgado:

É possível reconhecer a existência de justa causa no descumprimento de prazo recursal no caso em que o recorrente tenha considerado como termo inicial do prazo a data indicada equivocadamente pelo Tribunal em seu sistema de acompanhamento processual disponibilizado na internet. O artigo 183, §§ 1º e 2º, do CPC determina o afastamento do rigor na contagem dos prazos processuais quando o descumprimento se der por justa causa. Nesse contexto, o equívoco nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos

⁶⁵ Softplan/Poligraph (2013).

tribunais configura a justa causa prevista no referido artigo, o que autoriza a prática posterior do ato sem prejuízo da parte, uma vez que, nesse caso, o descumprimento do prazo decorre diretamente de erro do Judiciário. Ademais, a alegação de que os dados disponibilizados pelos Tribunais na internet são meramente informativos e não substituem a publicação oficial não impede o reconhecimento da justa causa no descumprimento do prazo recursal pela parte. Além disso, a confiabilidade das informações prestadas por meio eletrônico é essencial à preservação da boa-fé objetiva, que deve orientar a relação entre o poder público e os cidadãos. Precedentes citados: REsp 960.280-RS, DJe 14/6/2011, e REsp 1.186.276-RS, DJe 3/2/2011 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.324.432-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 17/12/2012).

Isso aponta para a urgente necessidade de melhoria na qualidade das informações fornecidas por parte dos Tribunais. Krammes (2010, p. 67) considera “um tanto quanto irreal”, que órgãos do Poder Judiciário não se responsabilizem pelos andamentos processuais publicados em suas páginas oficiais na internet, em atos praticados *interna corporis* e de sua inteira responsabilidade.

Outra situação inusitada envolvendo o Diário da Justiça eletrônico, que mostra bem o grau de resistência à adoção das novas tecnologias na Justiça é a propositura, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 3875 junto ao STF⁶⁶ contra a adoção do serviço no Tribunal de Justiça de Sergipe. Alega o órgão classista que o

⁶⁶ Para acompanhamento da ADIn n. 3875, acesse: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2499993>>.

abandono da forma impressa em papel para a intimação dos atos processuais fere o princípio constitucional da publicidade, o que não deixa de chamar a atenção, pois, como afirma Paula (2009, p. 40), a informação quando disponibilizada na internet, torna-se acessível à população gratuitamente. O processo, que está sob relatoria da Ministra Rosa Weber, ainda aguarda julgamento.

2.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

Ainda que surjam novos problemas decorrentes da implantação do Processo Eletrônico, tais como a necessária participação dos setores envolvidos na definição das estratégias e políticas públicas⁶⁷, ou mesmo a importantíssima preocupação com a saúde dos usuários em função da ergonomia e das transformações no modo de trabalho⁶⁸, cabe aqui repisar que a passagem do processo físico de papel para o meio eletrônico se mostra um caminho irreversível e inevitável.

Algumas dessas dificuldades hoje enfrentadas no processo de informatização irão parecer risíveis em alguns anos, quando não será compreensível que os usuários tivessem que se deslocar por enormes distâncias simplesmente para ter vista de um processo, ou mesmo para fotocopiar documentos. Krammes (2010, p. 78) afirma que, além da economia de tempo e de recursos, já se começa a perceber a melhora no

⁶⁷ Como a OAB está fazendo na implantação do PJe/JT: Brasil (2013f) e OAB (2013).

⁶⁸ Ver estudo realizado entre os servidores do TJSC em Ribeiro (2009).

ambiente de trabalho dos servidores da Justiça, que não ficarão mais sufocados por materiais obsoletos e toneladas de papéis empoeirados.

Não é mais possível existir, em pleno século XXI, numa sociedade totalmente influenciada e transformada pelas tecnologias da informação, um Poder Judiciário que continue trabalhando com ritos e formalidades como se estivesse no século XIX. Não há mais espaço para horas de espera no balcão, para o sumiço de processos ou a sonegação de documentos, como tantas vezes já se viu⁶⁹.

O grande risco, porém, é de que antes de produzir uma efetiva mudança de mentalidade, a informatização do processo se resuma a uma “burocratização efficientista”, com impessoalização dos agentes e a inevitável perda de qualidade das decisões, com as injustiças que inevitavelmente poderia ocasionar, como denuncia a crítica de Streck (2013).

Por isso, o maior ganho a ser garantido se dá no campo da visibilidade e da credibilidade da Justiça. Ao escrever, ainda nos anos 1950, sobre as possibilidades decorrentes da informatização, Wiener (1993, p. 156) já dizia que “a máquina não tem favoritismos”, vendo o

⁶⁹ Com a adoção do processo virtual, evita-se, sempre que possível, o atendimento de balcão do cartório/secretaria e a locomoção de advogado entre seu escritório e o fórum para dar cumprimento a seu mandato, porque todas as informações estarão disponíveis na rede mundial informatizada. Citem-se, como exemplos: petição inicial e complementar, defesa/contestação, recurso, sentença, acórdão e cópias de documentos e dos atos e termos que compõem, em suma, o processo judicial virtual. Os documentos originais fotocopiados por sistema eletrônico ficam depositados no arquivo geral do fórum para eventual exame, e aqueles mantidos em poder da parte, poderão posteriormente ser requisitados pela autoridade judiciária, contanto que a lei imponha severas sanções pecuniárias contra quem praticar ato de chicana, não exibindo, por exemplo, o original requisitado ou, exibindo-o, não corresponda ao que tenha sido fotocopiado e usado na postulação judicial (MADALENA; OLIVEIRA, 2008, p. 39).

processo judicial como um jogo em que os litigantes se enfrentam com regras predeterminadas.

Nesse momento, em que, no dizer de Atheniense (2010, p. 105), paga-se um alto preço por viver um período de transição, é preciso ir além de informatizar a burocracia para quebrar barreiras culturais e promover o gerenciamento da Justiça brasileira, que lida com milhões e milhões de processos.

Para promover a eficácia da Justiça, urge aperfeiçoar os meios sem perder de vista os fins. Ainda que a máquina informacional venha a ser cada vez mais utilizada, e o será, não se pode jamais esquecer que o objetivo é levar a Justiça às pessoas.

Jamin (2011, p.10) assegura que, no espaço público, não se discute mais a legitimidade política da instituição judicial, mas sua legitimidade técnica. Se as palavras que dominam o discurso sobre o Judiciário são de gestão, modernização, capacidade, eficiência, desempenho, qualidade, celeridade ou, até mesmo, em referência a uma “empresa judicial”, a questão da eficácia remete simplesmente a “produzir o efeito desejado”. E complementa: a questão dos custos não pode ficar fora do debate.

Por isso, é preciso reconhecer o processo judicial como um tipo de processo de negócio de que é possível automatizar grande parte dos atos, como defende Krammes (2010, p. 112). A criação de programas de computador⁷⁰ que produzam soluções racionais para a automação de rotinas judiciárias não irá definir soluções jurídicas para as demandas

⁷⁰ Embora não caiba aos governos e Estados a criação da tecnologia, a maneira como eles reagem ou interagem com a tecnologia será de fundamental importância para a inclusão ou exclusão de uma dada sociedade no atual mundo competitivo, marcado pela existência de avançadas tecnologias (SODRÉ, 2011, p. 131).

judiciais – o que continuará sendo um trabalho intelectual humano e exclusivo dos juízes.

Ferraz Jr. (2007, p. 263) e Torres (2004, p. 185) salientam que o Estado, como pessoa jurídica de direito público, ao se colocar na posição de usuário e comprador de *softwares*, e também fazendo uso de seu papel regulador da atividade econômica (GRAU, 2010, p. 97), exerce importante influência no mercado dos programas de computador.

Assim, a questão que se passa a estudar no próximo capítulo está ligada diretamente ao tratamento a ser dado pelo Estado a esses programas de computador, criados dentro do Poder Judiciário ou sob sua encomenda. Trata-se de um valioso ativo intangível que, a exemplo de todo o patrimônio público, merece receber atenção adequada.

CAPÍTULO III: PROPRIEDADE INTELECTUAL NO SETOR PÚBLICO

Nas atividades do Estado, os bens e as coisas têm singular importância não só pelo que representam para a riqueza pública, constituindo patrimônio do Estado, mas ainda como meios de que dispõe a administração para atingir os seus fins. Tudo quanto se apresenta, portanto, como valor econômico se compreende na categoria dos bens, em seu sentido jurídico (CAVALCANTI, 1960, p. 313).

Inicia-se o terceiro capítulo com uma leitura acerca da dominialidade pública, com o objetivo de classificar o patrimônio público intangível. Para isso, a criação da Agência do Patrimônio Imaterial do Estado (APIE), da França, é apresentada como sendo uma maneira exitosa de se valorizar o patrimônio público constituído pelas criações, marcas, obras e patentes oriundas da administração pública. A seguir, o caso francês é contraposto a algumas situações, que pretendem demonstrar a necessidade do devido cuidado com o patrimônio público intangível nas três esferas do Estado brasileiro. Além da situação dos programas de computador utilizados pelo Poder Judiciário, são apresentados o caso da Urna Eletrônica, envolvendo o Tribunal Superior Eleitoral; a ADIn 3059, tratando de lei que impõe o uso de *software* livre pela administração pública do estado do Rio Grande do Sul; a reimpressão de material bibliográfico pelo Senado Federal; e a Lei de Inovação, tratando de pesquisa acadêmica.

3.1 MUDANÇAS TAMBÉM NO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Partindo da premissa que o *software* é um objeto passível de proteção estatal pelo direito da propriedade intelectual, é possível reconhecer a importância desse tipo de ferramenta no serviço público, em especial no serviço judicial. Para encontrar o tratamento adequado a ser dado aos programas de computador criados pelo Estado ou por encomenda deste para uso no Poder Judiciário, torna-se necessário fazer a classificação adequada de seu espaço no patrimônio público.

O problema não é recente. Manso (1985, p. VII), ainda na apresentação do seu “A informática e os direitos intelectuais”, afirma que o que motivou sua pesquisa foi “saber se o construtor de um programa encomendado por uma autarquia estadual, que teve muito sucesso em sua aplicação no Estado encomendante, poderia ser vendido para outros Estados, ou outros Municípios ou para terceiros, em geral, sem necessidade de anuência daquela autarquia que o encomendara”, e alertando sobre a “confusão” reinante sobre o assunto, visto que o direito positivo brasileiro concentra-se em normas relativas à propriedade material.

A exemplo do que acontece com a propriedade privada (cap. I), e com a própria administração pública (cap. II), a noção de patrimônio público também se encontra sob intensa transformação. Por isso, e ainda parafraseando Manso (1985, p. X), este trabalho não pretende encerrar a questão, cuja disciplina é dinâmica e em constante mutação, como é

próprio da informática. Assim, quando da sua apresentação, “já estará carente de atualização e quando essa atualização for feita, estará, ela também, precisando de nova e sempre outra, indefinidamente”.

Marques Neto (2009, p. 70) afirma que a noção de patrimônio público é muito recente, tendo chegado somente após a Revolução Francesa, quando a pessoa do soberano, e o patrimonialismo que acompanha essa forma de dominação, foi substituído pela ideia abstrata de Estado (ou de Nação), representada pela pessoa jurídica estatal: “a relação do titular do patrimônio público deixa de se dar com a abstração do povo (representado pela pessoa física do príncipe) e passa a se organizar em torno de um domínio único, titularizado pela pessoa do Estado”.⁷¹

Tradicionalmente, os bens públicos são assim entendidos em razão da sua titularidade, ou seja, por pertencerem às pessoas de Direito Público ou que estejam afetados à prestação de um serviço público, entendendo-se por domínio público o conjunto de todos os bens públicos, que abrange tanto móveis como imóveis, sejam de uso comum de todos ou de uso exclusivo da administração (MELLO, 2006, p. 880).

A questão da titularidade do Estado acarreta a inviabilidade de sua apropriação por particular mediante propriedade (JUSTEN FILHO, 2009b, p. 900) e, por conseguinte, a sujeição a um regime jurídico diferenciado daquele estabelecido para a propriedade em geral no Código Civil, com características que lhe são peculiares, tais como a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade.

Ao tratar desse corpo de regras específico que lhe dá autonomia, repelindo o direito privado, Cretella Jr. (1998, p 293) define

⁷¹ No mesmo sentido, Morand-Deviller (2010, p. 13 e ss.).

a dominialidade pública como um regime jurídico especial, formado pelos princípios informativos setoriais, que protege determinados bens da administração considerados particularmente necessários ao público ou aos serviços públicos.

Outro critério de diferenciação é o da finalidade. Fontes (1997, p. 11) esclarece que, enquanto no Direito Civil a propriedade tem na vontade do indivíduo seu elemento volitivo principal, para a Administração Pública a finalidade é o essencial.

Já Pereira (1998, p. 280) relata que se a propriedade consiste num direito exclusivo do proprietário de impedir que qualquer pessoa que não ele faça uso da coisa, nos bens públicos esse uso só se concilia com a satisfação do interesse público a que estes bens estão dedicados.

Daí também decorre o poder de estabelecer limitações administrativas gerais à propriedade, como criar regime especial de domínio em relação a algumas espécies de bens, tais como aqueles situados no subsolo, nas águas, nas florestas, etc. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1072).

Toda a doutrina do domínio eminente sobre a qual se desenvolveu o conceito de dominialidade pública trata do poder soberano do Estado sobre seu território, em face da propriedade privada (CAVALCANTI, 1960, p. 320), e está intimamente ligada à ideia de soberania nacional⁷², que igualmente remete à questão da titularidade do domínio.

⁷² O *domínio eminente* é o poder político pelo qual o Estado submete à sua vontade todas as coisas de seu território. É uma das manifestações da Soberania interna; não é direito de propriedade. Como expressão da Soberania Nacional não encontra limites senão no ordenamento jurídico-constitucional estabelecido pelo próprio Estado. Esse domínio alcança não só os bens pertencentes às entidades públicas,

Seria o domínio eminente um verdadeiro Direito Público real sobre todo o território, inclusive sobre os cidadãos e seus bens, para os quais somente seria transferido o domínio particular, em virtude de uma concessão soberana atribuindo a cada bem particular o domínio útil, precário e revogável, sempre sujeito às limitações estatais (BACELLAR FILHO, 2007, p. 144) – uma ascendência geral do poder público sobre todas as coisas dentro de seu território, especialmente imóveis, numa relação mais próxima de autoridade do que de propriedade, numa clara herança do absolutismo de Estado (MARQUES NETO, 2009, p. 79).

A evolução da sociedade impõe ao Direito a necessidade de estudar a matéria sob óticas diferentes.

Para Moreira Neto (2002, p. 331), não obstante o aspecto político do domínio eminente, sua manifestação só se justifica em estrita submissão à lei e ao interesse público.

Por considerar alguns pressupostos das concepções tradicionais incompatíveis com a ordem constitucional, Justen Filho (2009b, p. 902-903), por exemplo, rejeita a concepção do domínio eminente para afirmar que o patrimônio público possui função instrumental para o desempenho da função pública e defende uma concepção norteada pelos direitos fundamentais, orientada para assegurar a conservação da natureza, a diversidade biológica e o uso sustentável dos recursos naturais.

Já a posição defendida por Marques Neto (2009, p. 385 e ss.), e em boa parte encampada por esta tese, defende o uso do patrimônio

como propriedade privada e as coisas inapropriáveis de interesse público (MEIRELLES, 1989, p. 424).

público dentro do contexto econômico e sob a ótica do investimento público:

[...] à luz do princípio da economicidade, a gestão dos bens públicos não deve descurar do fato de que, quaisquer que sejam as finalidades às quais estão consagrados estes bens, eles constituem patrimônio (público), ou seja, ativos econômicos titularizados pelo poder público e que, portanto, devem ser geridos ao lume da racionalidade econômica, o que não implica dizer que em prejuízo das finalidades coletivas às quais são destinados, nem que tal gestão possa ser feita à margem da lei. Por isso, nosso entendimento de que a existência de bens públicos dominicais não empregados na geração de receitas para o poder público (para além de representar desatenção ao dever de observância da função social) importa em violação ao princípio constitucional da eficiência. Como também ocorrerá com a descuidada administração destes bens que acarrete a sua depreciação ou facilite o uso não retribuído dos mesmos por alguns indivíduos (MARQUES NETO, 2009, p. 282).

É nessa ótica, de uma administração pública marcada pela questão econômica e fortemente influenciada pelas transformações sentidas pela sociedade em função da adoção massiva das novas tecnologias da informação, que se desenvolve esta pesquisa.

Assim, por considerar os programas de computador desenvolvidos pela administração, ou por sua encomenda, como parte integrante do patrimônio público, já que são resultado direto de investimento público e se destinam à execução da atividade-fim, como se viu no capítulo anterior, é que se passa a investigar as classificações estabelecidas para os bens públicos.

3.2 CLASSIFICAÇÕES PARA OS BENS PÚBLICOS

O primeiro critério para classificação é estabelecido diretamente pela legislação: a titularidade. De acordo com o art. 98 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), os bens públicos são aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Trata-se de uma dominialidade estabelecida por critério subjetivo ou civilista⁷³.

A classificação do Direito Positivo prossegue com a subdivisão, no art. 99 do Código Civil, em bens públicos de uso comum do povo (inciso I); de uso especial, destinados a um serviço da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive de suas autarquias (inciso II); e dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público (inciso III).

Essa tríplice divisão está longe de ser unânime e, de acordo com Cretella Jr. (1998, p. 294), não corresponde à nomenclatura usada em outros países, como o direito germânico e o italiano, que os classificam como bens do domínio público, bens do patrimônio indisponível e bens do patrimônio disponível⁷⁴.

⁷³ Numa conceituação genérica, bens públicos são os bens que pertencem às pessoas públicas. A ideia de pertencibilidade pública é inerente aos bens públicos, constituindo-lhes o traço específico (CRETELLA JR., 1984, p. 11) .

⁷⁴ O assunto é difícil, porque a terminologia dos bens públicos é um dos pontos mais obscuros desta parte do direito administrativo e, no Brasil, nunca obedeceu a um critério muito preciso, isto talvez em virtude do abandono em que ficou o direito administrativo das coisas, sem sistematização, e mesmo sem qualquer referência expressa dos escritores especializados nesta parte do direito administrativo (CRETELLA JR., 1998, p. 294).

Prosseguindo, o *parágrafo único* do mesmo art. 99 do Código Civil considera dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado; mas o §1º do art. 173 da Constituição de 1988, que estabelece a sujeição das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias ao regime jurídico próprio das empresas privadas, portanto remete seu patrimônio ao domínio privado.

Veja-se que, pela classificação em razão da funcionalidade, por um critério objetivo ou publicista, o patrimônio da administração indireta não integra o patrimônio público⁷⁵. Para Cretella Jr. (1984, p. 19), tal critério é falho, observando que diversos serviços públicos destinados ao interesse coletivo também podem ser instalados em edifícios particulares.

Rivero (1981, p. 531) já apontava para a desagregação da noção tradicional de afetação⁷⁶ do estabelecimento público pelo critério funcional, em razão do aparecimento de novas categorias de pessoas públicas.

⁷⁵ Apesar das respeitáveis decisões em contrário do Supremo Tribunal Federal no RE 220.906-9/DF (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e do STJ REsp. 55.565/ES (INFRAERO). Nesse sentido, ver Ataliba (1994).

⁷⁶ Afetação é a manifestação solene de vontade do poder público em virtude da qual uma coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade. Afetação é a sujeição de uma propriedade ao regime especial do domínio público, pela utilidade a que essa coisa se destina. É o ato que consagra a coisa à produção efetiva da utilidade pública. Afetação é o fato ou ato que determina a utilização da coisa a um fim público. [...] Desafetação, desdestinação, desinvestimento, desconsagração é o fato ou a manifestação de vontade solene do Poder Público pela qual um bem do domínio público é subtraído à dominialidade pública para ser incorporado ao domínio privado do Estado ou do particular. Desafetar um bem, portanto, é subtrair do seu destino o uso público, fazendo-o sair do domínio público para ingressar “no domínio privado” do Estado ou do particular (CRETELLA JR., 1998, p. 296-297).

Dessa forma, é possível afirmar que a legislação brasileira não fornece a solução necessária para o problema, pois a afetação e suas consequências não bastam para caracterizar o chamado regime jurídico dos bens públicos⁷⁷. Marques Neto (2009, p. 172) também chama a atenção para a necessidade de relativizar esses critérios, contrabalançando-os, e verificando a imprescindibilidade do bem para o serviço público para aquilatar sua sujeição ao regime de direito público, como na hipótese legal da reversibilidade dos bens do patrimônio da concessionária necessários à continuidade do serviço⁷⁸ (MARQUES NETO, 2009, p. 183).

Cavalcanti (1960, p. 316) fazia, com base na doutrina alemã, distinção entre bens dominicais, cujo destino é servir ao uso público, direta ou indiretamente, e os bens patrimoniais, “utilizados pelo Estado como meio econômico de obter a satisfação da necessidade pública”.

Para o autor, essa posição, tida como mais moderna, não pressupõe uma dupla personalidade do Estado, mas apenas a destinação dos bens, ou seja, sua afetação. Assim, a propriedade pública deve ser regida segundo a natureza da relação jurídica. É isso que diferencia as

⁷⁷ Observe-se que sequer a questão da nomenclatura fica devidamente esclarecida, optando-se neste trabalho pela forma “patrimônio público” para designar o conjunto de bens públicos e não “domínio público” como comumente utilizado em Direito Administrativo, para não confundir com o regime que caracteriza a disponibilidade das criações e bens imateriais. Meirelles (1989, p. 424) esclarece qualquer confusão conceitual: “A expressão ‘domínio público’ ora significa o poder que o Estado exerce sobre os bens próprios e alheios, ora designa a condição desses bens. A mesma expressão pode ainda ser tomada como o conjunto de bens destinados ao uso público (direto ou indireto – geral ou especial – *uti singuli* ou *uti universi*), como pode designar o regime a que se subordina esse complexo de coisas afetadas de interesse público.”

⁷⁸ Não é demais lembrar o exemplo de Mello (2006, p. 725), no caso de falência da concessionária: “os credores não se poderiam saciar no acervo requerido para prestação do serviço”.

coisas comuns destinadas ao uso comum, das outras destinadas aos serviços públicos:

Esta afetação pode se referir ou ao uso comum, ou simplesmente a um serviço público, e pode decorrer ou de mera circunstância de fato ou de uma determinação legal ou administrativa. A consequência dessa destinação é precisamente acobertar esses bens com os privilégios e característicos especiais dos bens públicos. Constituem eles propriedade administrativa, sujeita a um regime jurídico peculiar; os demais constituem o patrimônio privado do Estado, de todo em todo semelhante ao domínio particular, regendo-se pelo regime jurídico da propriedade privada (CAVALCANTI, 1960, p. 355).

Também Cretella Jr. (1984, p. 12) admite um escalonamento da dominialidade com a existência de uma zona fronteira entre o patrimônio público e o privado, comparando como exemplo o dinheiro usado para pagar o funcionalismo com os terrenos de marinha ou as terras devolutas, todos com natureza dominical, “mas de regimes jurídicos inconfundíveis”. Por isso, apesar de defender a existência de um regime jurídico dos bens públicos, reconhece a diferença entre o patrimônio público e o patrimônio privado da administração, afirmando que “o regime da dominialidade não deve ser considerado, entretanto, como molde uniformemente aplicável a qualquer dependência do domínio público, oferecendo diversidade e graduação de particularismo” (CRETILLA JR., 1984, p. 14).

Já numa leitura mais recente, Justen Filho (2009b, p. 906) contesta a coexistência de uma órbita patrimonial pública com bens objeto de propriedade privada regida pelo direito civil por ser incompatível com a ordem jurídica brasileira e gerar uma série de

problemas conceituais. Com base em Morand-Deviller (2010, p. 18), considera válido o uso de tal diferenciação, trazida do sistema anglo-saxão, para orientar novas metodologias de gestão, mas o admite apenas com função meramente pedagógica.

Considerando que, em princípio, todos os bens públicos são indisponíveis, Moreira Neto (2002, p. 335), quanto à disponibilidade, classifica os bens em absolutamente indisponíveis – aqueles de uso comum e os de uso especial vinculados a interesse público caracterizado e atual – e os relativamente indisponíveis – os bens públicos dominicais aptos a receber destinação estatal que atenda a um interesse público genérico e às exigências da lei.

A questão da disponibilidade dos bens públicos é tão antiga quanto polêmica.

Enquanto o critério da titularidade inscrito no Código Civil permite identificar os bens públicos em sentido próprio, Marques Neto (2009 p. 158 e 236) alerta para a existência de “bens públicos em sentido impróprio”, por força da doutrina das *essential facilities* oriunda dos Estados Unidos⁷⁹, com projeção no campo da propriedade intelectual e da proteção da concorrência, temas cada vez mais presentes no Direito brasileiro.

De acordo com o autor, esse patrimônio público “em sentido impróprio” pode abranger tanto os bens das fundações que

⁷⁹ A teoria das *essential facilities*, construída originariamente nos Estados Unidos, onde foi aplicada pela primeira vez em 1912, no caso Terminal Railroad, justifica a existência, em favor das prestadoras de serviços de interesse público, do direito subjetivo ao uso da infraestrutura pertencente ou controlada por terceiros. A tese foi acolhida pelo art. 73, da Lei Geral de Telecomunicações que garante às prestadoras de telecomunicações de interesse coletivo o direito subjetivo ao uso compartilhado da infraestrutura alheia (BACELLAR FILHO, 2007, p. 159).

desempenham finalidades públicas, como bens públicos administrados por entidades privadas, das concessionárias e delegatárias de serviços públicos, mesmo que não sejam integrantes da administração pública. Em nome da fruição de necessidades coletivas, admite-se a constrição de alguns aspectos do direito de propriedade sobre infraestruturas consideradas essenciais para a coletividade (MARQUES NETO, p. 158-159).

Ainda que não seja objeto do presente trabalho aprofundar essa abordagem, muito pertinente é a observação de Bacellar Filho (2007, p. 160): “Para proteger o exercício de novas liberdades – como a liberdade de acesso nas indústrias de rede – o Direito contemporâneo tem sido desafiado a reinterpretar as teorias funcionalistas, colocando em destaque o papel social a ser cumprido pela propriedade”.

Dessa forma, o Direito cria novas respostas para as novas situações apresentadas pela dinâmica social e econômica à questão da dominialidade pública.

Um exemplo desse tipo de solução são as Organizações Sociais. Criadas pela Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, possibilitam a passagem de atividades da administração para pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos legais⁸⁰.

A mencionada lei prevê a cessão, às Organizações Sociais, de recursos orçamentários, pessoal, e bens públicos móveis ou imóveis, necessários à consecução das finalidades públicas estabelecidas num

⁸⁰ Sobre as Organizações Sociais, ver Silva (2002, p. 167-182).

contrato de gestão. Em tais casos, por evidente, os bens não perdem a característica de públicos.

Interpretando a Lei das Organizações Sociais, Marques Neto (2009, p. 194) afirma que o §3º do art. 12 implica a conferência à Organização Social do direito de uso privativo (e não exclusivo) do bem público outorgado com a permissão de uso.

A dificuldade, para Marques Neto (2009, p. 195), reside nos bens que venham a ser adquiridos diretamente pela Organização Social para aplicação no serviço público:

Estes bens, pelo critério subjetivo, incorporar-se-iam ao patrimônio da OS e, portanto, integrariam o domínio de ente privado, sendo bens privados. O regime da Lei 9637/98 não parece indicar que seja possível considerar estes bens também como públicos, mesmo pelo critério funcional. Primeiro, porque a referida norma faz referência ao instituto da reversão estritamente para os bens originalmente públicos que sejam objeto de permissão de uso (artigo 16, §2º). É bem verdade que a lei prevê (artigo 10) a hipótese de bloqueio de todos os bens da OS e que após o ‘término da ação’ os bens sequestrados permaneçam sobre gestão e depósito do Poder público, que deverá ‘velar pela continuidade das atividades sociais da entidade’.

Ainda no caso das Organizações Sociais, o STF, no julgamento da ADI 1923-DF⁸¹, com relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tratando da constitucionalidade do mencionado §3º do art. 12 da Lei 9.637/1998, em voto-vista do Ministro Luiz Fux, ressaltou a importância de que os contratos a ser celebrados pela Organização Social com

⁸¹ Para acompanhamento da ADI 1923/DF, acesse:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1923&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

terceiros envolvendo recursos públicos, sejam realizados de acordo com os princípios do caput do art. 37 da Constituição da República, e nos termos de regulamento próprio a ser editado por cada entidade, afastando qualquer interpretação capaz de restringir o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, da aplicação de verbas públicas.

Avançando no sentido de flexibilização do patrimônio público no Direito brasileiro, outro exemplo é o caso das Parcerias Público-Privadas criadas com base na Lei 11.079/2004. Nos termos da Portaria n. 614/2006 da Secretaria do Tesouro Nacional, desde que o órgão administrativo tenha assumido contratualmente algum risco de demanda, de construção ou de disponibilidade, os ativos contabilizados na sociedade criada com esse propósito específico deverão ser também registrados nos balanços do ente público, como se fossem de bens pertencentes à administração (MARQUES NETO, 2009, p. 192).

Como se vê, muito se avançou na doutrina e legislação quanto às formas de utilização gratuita ou retribuída desde sua regulação pelo art. 103 do Código Civil.

O uso privativo de bens públicos por particulares pode ser outorgado pela Administração Pública por meio de licença ou de concessão. Caetano (2008, p. 938) ensina que, seja qual for a denominação legal para tais casos, sempre terá natureza de licença e não de concessão:

Com efeito, importa não confundir as chamadas concessões de uso privativo com as concessões de exploração do domínio, mediante as quais a Administração transfere para outrem os seus direitos de gestão de uma parcela do domínio público, com todos os poderes inerentes (por ex.,

concessões mineiras, concessão de um porto marítimo, de uma ponte, de uma autoestrada): as concessões de uso privativo respeitam apenas a utilização, não implicam gestão.

A diferenciação da nomenclatura é feita pela doutrina, levando em conta apenas o que diz respeito à precariedade ou contratualidade da cessão, e da extensão dos direitos concedidos ao particular.

Cessão de uso é, pois, a transferência do uso de certo bem de um órgão para outro da administração, por tempo certo ou indeterminado. Como medida de colaboração entre os órgãos públicos, não é remunerada e dispensa autorização legislativa; formalizando-se por termo, não opera transferência de propriedade e dispensa registros externos (MEIRELLES, 1989, p. 434).

Entende-se por autorização de uso o ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual a administração consente, a título precário, que o particular se utilize transitariamente de bem público com exclusividade (MEIRELLES, 1989, p. 432; CRETELLA JR., 1998, p. 314; JUSTEN FILHO, 2009b, p. 935; MARQUES NETO, 2009, p. 336). Caracteriza-se essa autorização por sua precariedade, em geral por curto espaço de tempo, podendo ser gratuita ou onerosa; não cria dever de utilização, só faculdade e dispensa licitação e autorização legislativa porque não se destina a interesse público, desde que seja respeitada a ampla publicidade. Indica-se como exemplo a ocupação de prédios públicos temporariamente por particulares, em razão de algum evento, ou mesmo por se encontrarem desabrigados por alguma catástrofe.

Já a permissão de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a administração faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse

público (CRETELLA JR., 1998, p. 315; JUSTEN FILHO, 2009b, p. 937; MOREIRA NETO, 2002, p. 341). Também é denominada de uso anormal do bem público, porque se distingue da afetação do bem ou de sua destinação principal, como no caso de uso privativo sobre bens de uso comum do povo. Como se destina à consecução de uma finalidade pública, depende de licitação e obriga o uso pelo permissionário⁸². São exemplos citados na doutrina, a cessão de espaço em feiras, mercados públicos, box em rodoviárias, etc.

Marques Neto (2009, p. 346) lembra que a permissão encontra respaldo no direito positivo, no art. 22 da Lei n. 9.636/1998, que, ao prever a possibilidade de permissão de uso de áreas dominicais da União, estabelece quatro características atinentes à permissão: (i) o caráter precário da permissão; (ii) o fato de ser empregada para usos não perenes; (iii) sua aptidão para usos não relacionados a interesses públicos cuja tutela caiba ao poder público; e (iv) o fato de ser outorgada com alguma margem de discricionariedade.

Acrescenta-se ainda às hipóteses de permissão, a cessão de bem através de contrato de gestão, na forma prevista no art. 12, §3º da já mencionada Lei 9.637/98, que trata das Organizações Sociais.

Concessão de uso é o contrato administrativo em que a administração faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme sua destinação (MEIRELLES, 1989, p. 435;

⁸² Meirelles (1989, p. 433) via a permissão como ato negocial: “Ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público”.

CRETELLA JR., 1998, p. 315; JUSTEN FILHO, 2009b, p. 939). Exige licitação, prazo determinado, sempre para utilidade pública, de forma onerosa, com remuneração, fiscalização, e demais condições estabelecidas no edital e na Lei n. 8.666/1993.

Para Marques Neto (2009, p. 352), a concessão do direito de uso de bem pode ter duas grandes finalidades: servir de instrumento do poder público para ver implementada e disponibilizada uma utilidade de interesse geral e coletivo ou servir de instrumento para dar uso a bens do acervo patrimonial do Estado não utilizados, gerando assim receitas com a remuneração dada pelo particular.

Com relação à primeira situação, exemplifica-se com a Concessão Especial para Fins de Moradia, prevista no art. 4º, V, h, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), disciplinado pela Medida Provisória 2.220/01 e Lei 11.481/2007, e a Concessão Florestal criada pela Lei 11.284/2006, art. 3º, VII, que trata de delegação onerosa do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo por conta e risco do concessionário e por prazo determinado.

No tocante à segunda hipótese, considerando errônea a designação de “locação” constante no Decreto-Lei 9.760/1946, Moreira Neto (2002, p. 342) afirma que a Administração não pode locar os bens sob seu domínio e gestão e, por isso, considera a concessão de uso como a única modalidade contratual geradora de direitos pessoais de que pode se valer a administração para obter renda pela utilização de bens públicos por particulares.

Acrescenta-se aqui ainda outro instrumento de fomento público que é a concessão de direito real de uso, disciplinada pelo Decreto-Lei n. 271/1967, que prevê no art. 7º:

[a possibilidade de] concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Moreira Neto (2002, p. 343) aponta como vantagens desse modelo sua eficácia *erga omnes* e negociabilidade ao permitir que os particulares possam dar melhor utilização a imóveis rústicos dominicais, sem que ocorra perda do caráter de patrimônio público e ainda com possibilidade de que alcancem valorização.

Um instituto com origem no Direito Privado que merece menção é o aforamento ou enfiteuse pública, constituído com base no art. 678 do Código Civil de 1916. Pelo aforamento, o senhorio (no caso, a administração) atribui o domínio útil do imóvel ao foreiro, mediante pagamento de uma quantia anual denominada foro, reservando-se a preferência no caso de venda, sobre a qual o senhorio ainda tem direito ao recebimento de um laudêmio sobre o valor da alienação, fixado na lei ou no contrato.

Em 1988, o art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias extinguiu a enfiteuse sobre imóveis urbanos, facultando aos foreiros a aquisição do domínio direto. Persiste, porém, para imóveis

rurais e terrenos de marinha, por expressa previsão do §3º do mencionado dispositivo.

Já o Código Civil de 2002 vedou a constituição de novos aforamentos particulares, ressaltando expressamente, no art. 2.038, os aforamentos públicos, como previsto no art. 4º, §2º, inc. II, da Lei n. 9.636/1998, para realização de projetos urbanísticos e viabilização do desempenho das atividades necessárias à regularização de bens públicos federais por terceiros, com remuneração que pode vir a ser obtida com a “venda do domínio útil ou pleno dos lotes resultantes de projetos urbanísticos que tenham executado” (JUSTEN FILHO, 2009b, p. 945).

Constata-se que o patrimônio público é muito amplo, e diferentes, os bens públicos e suas respectivas formas de uso, como as terras devolutas (art. 20, II, e art. 26, IV da CF); os terrenos de marinha (art. 20, VIII, da CF); as ilhas dominicais (art. 20, III e IV da CF); a plataforma continental (art. 20, V, da CF); as águas públicas (art. 20, III, da CF; e o antigo Código de Águas – Decreto 24.643 de 10/07/1934), que inclui todos os acrescidos aos terrenos de marinha, margens de rios e lagos, e os reservados 15 metros das correntes navegáveis; o mar territorial de 12 a 200 milhas (cujo uso é regulamentado na Lei 8.617/1993); as terras até 150km da imensa fronteira nacional (art. 20, §2º, da CF, e Lei 6.634/1979); e as terras indígenas, consideradas de uso especial (art. 20, XI, da CF).

Seria possível expandir ainda muito essa relação meramente exemplificativa, mas não há como querer exaurir a lista no âmbito deste trabalho. O que se pretende é tão somente chamar a atenção para a existência de uma também ampla gama de bens públicos intangíveis, na

qual se incluem os programas de computador criados para uso no serviço público, como o Judiciário.

Sua classificação, como bens de uso especial ou dominical, dependerá da afetação que lhes for dada. Trata-se de um detalhe importante, pois, como já se viu, a afetação de um bem a um dado destino público acarreta sua inalienabilidade nos termos do art. 100 do Código Civil: “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação na forma que a lei determinar”.

Assim, excluídos dos bens de uso comum e de uso especial, os bens patrimoniais ou dominicais constituiriam o domínio privado do Estado. Ainda que tratando de ordem constitucional anterior, Cretella Jr. (1984, p. 137) admite a existência de bens patrimoniais disponíveis do Estado, sujeitos ao regime jurídico de direito comum com as derrogações necessárias, decorrentes do interesse público envolvido:

Bens disponíveis, bens do patrimônio disponível, bens patrimoniais disponíveis, bens do patrimônio fiscal ou bens dominicais são os que podem ser vendidos, permutados ou explorados economicamente, do mesmo modo que os bens privados, desde que a operação beneficie o Estado e sejam obedecidos certos requisitos prescritos em lei. Não é necessário enumerar, nem exemplificativamente, nem taxativamente, os *bens disponíveis do Estado*, porque em qualquer enumeração se confundiriam com os bens suscetíveis de apropriação por parte dos particulares, como dinheiro, títulos, valores, bens móveis e imóveis (CRETELLA JR., 1984, p. 138-139).

A forma determinada pela legislação é o rito da alienação estabelecido pelo art. 17 da Lei 8.666/93. Portanto, se os bens afetados

não podem ser alienados, os demais se encontram no comércio, sujeitos às regras de direito privado e de direito público. (GONÇALVES, 2003, p. 267).

À mesma conclusão chega Carvalho Filho (2009, p. 1085) quando afirma que não se trata de inalienabilidade, mas de alienabilidade condicionada: “como se pode caracterizar os bens públicos com a marca da inalienabilidade, se a própria Lei n. 8.666/1993 (o Estatuto de Contratos e Licitações) destina capítulo no qual se regula, entre os arts. 17 a 19, exatamente **as alienações de bens públicos móveis e imóveis?**”.

De fato, é viável a alienação dos bens públicos, desde que preenchidos os seguintes requisitos formais: a) a desafetação, para o caso de bens de uso comum ou especial (art. 100, do Código Civil); b) a autorização legislativa (art. 17, I, da Lei 8.666/1993); c) a avaliação econômica do bem; d) o procedimento licitatório para a escolha do comprador (art. 37, XXI, da Constituição).

Para Cretella Jr. (1984, p. 401- 402), cada espécie de bem público é afetada por uma carga de inalienabilidade, desde os bens de uso comum, com carga máxima, passando pelos bens de uso especial, de carga média, até os bens dominicais, com carga mínima de inalienabilidade:

Por sua natureza, é claro, bens existem que não podem perder seus atributos. Não se cogitará, por exemplo, da venda de uma fração do mar territorial ou de uma praia, mas nada impede que estradas públicas ou fortalezas obsoletas, que não mais preencham suas finalidades, sejam desafetadas, visto terem perdido a instrumentalidade, causa de sua existência. Perderão, nesses casos, por força de lei, seus

atributos públicos, sujeitando-se a regime jurídico privado.

Considerando que a proteção do patrimônio público está cada vez mais ligada à proteção do meio ambiente, Morand-Deville (2010, p. 162) afirma que a ideia de inalienabilidade é equivocada e tem com base a “*loi fondamentale du 22 Royaume*”, do Édito de Moulins, de 1566, quando, na realidade, trata-se de uma alienabilidade condicionada.

Marques Neto (2009, p. 313) também defende o regime de alienabilidade condicionada e traz outros argumentos para admitir o bem público como objeto de relações econômicas, advogando a viabilização da exploração econômica desse acervo patrimonial: a vedação de exploração econômica dos bens públicos não impediu que fossem usados ou apropriados por particulares de forma desregrada e sem retribuição à coletividade. E prossegue, tecendo críticas à classificação dos bens públicos como coisas fora do comércio:

Reiteramos ter sido muito prejudicial a correlação entre bens públicos e coisas fora do comércio. [...] Afastada a correlação existente no passado, foi possível atribuir valor econômico aos bens públicos, os quais, em razão disso, passaram a ser objeto de direitos reais ou obrigacionais constituídos nos moldes do direito público, ainda que consagrados a um uso público e, enquanto tais, inalienáveis (MARQUES NETO, 2009, p. 382).

Com base numa interpretação histórica do Direito Administrativo, Caetano (2008, p. 961) também defende que “se os bens do domínio público estão submetidos a um regime de Direito público e subtraídos ao comércio jurídico privado, os bens do domínio privado

hã de ser os que, ao menos em princípio, estão sujeitos a um regime de Direito privado e inseridos no comércio jurídico correspondente”.

Tal uso do Direito Privado, por certo, obriga-se a estar sempre vinculado à proteção do interesse público que deve sempre nortear o aproveitamento desses bens:

Se existe um regime administrativo do domínio privado para proteger os interesses públicos confiados à pessoa coletiva a que ele pertence, é indispensável tê-los presentes e tomá-los em conta ao preencher as lacunas daquele regime: o Direito privado só se aplicará, como é óbvio, aí onde o interesse público não puder ser posto em cheque com essa aplicação. Em cada caso, portanto, haverá que ponderar os interesses em causa, averiguando se se justifica a aplicação analógica dos preceitos especiais que formam o regime administrativo do domínio privado ou se, pelo contrário, deve antes recorrer-se à lei civil para preencher a lacuna (CAETANO, 2008, p. 963).

Fazendo outra leitura, Marques Neto (2009, p. 222-223) vai além e reconhece a existência de “bens dominicais com uso”, aqueles que, mesmo sem afetação específica, possuem função patrimonial ou financeira, como, por exemplo, bens públicos imóveis, objeto de uso remunerado por particulares, prédios públicos alugados; bens públicos objeto de cessão onerosa como concessão ou permissão de uso; e, ainda, o patrimônio mobiliário do Estado, como as ações das companhias estatais e sociedades de economia mista, com utilização ligada à economicidade e rentabilidade.

Ao defender maior abertura para os entes públicos disporem acerca das formas de uso, acrescenta que tais bens, apesar de servirem a uma finalidade e receberem uma destinação compatível com a utilidade pública, sua função social e o princípio da eficiência, não possuem a

característica da inalienabilidade que decorre da afetação ao uso comum ou especial:

Sem partir para uma avaliação específica da economicidade do emprego de cada tipo destes bens dominicais, temos como certo que em todas estas modalidades há uma destinação de ordem patrimonial que pode, presumidamente, gerar rendas ou receitas e, assim, reverter ao fim e ao cabo para a viabilização das funções administrativas (MARQUES NETO, 2009, p. 224).

Contudo, cumpre ressaltar que tal posição não é pacífica.

Com base na determinação constitucional que veda a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, Justen Filho (2009b, p. 919) defende que, em tais casos, esse patrimônio deveria ser transferido para entidade da administração indireta, autorizada a fazer tal uso desses bens:

Os bens dominicais destinados à exploração econômica deverão obrigatoriamente ser atribuídos a uma pessoa dotada de personalidade jurídica de direito privado. Tal se impõe por força do artigo 173 e §1º da Constituição. Isso significa que os bens, originariamente de titularidade do ente político, serão com ele mantidos enquanto for ocioso. Se houver intenção de promover sua exploração como objeto de atividade econômica, deverá ser constituída entidade administrativa dotada de personalidade jurídica de direito privado a qual será investida ou da mera faculdade de sua exploração ou da sua titularidade.

Ainda que se possa questionar se a exploração econômica dos bens públicos dominicais deve ser feita de forma centralizada pela administração direta em nome da eficiência e do interesse público, ou se é necessária a transferência de tal atividade por descentralização para

entidade administrativa de direito privado, pode-se afirmar com certeza que o aproveitamento racional e adequado dos bens públicos dominicais atende as exigências constitucionais e legais para o patrimônio público.

Acima de tudo, é preciso que a legislação estabeleça a possibilidade do aproveitamento econômico dos bens públicos dominicais que permita a eficiência necessária à gestão desse patrimônio, sem descuidar do interesse público. É o que também defende Caetano (2008, p. 969):

Torna-se, pois, necessário que a lei estabeleça, dentro do domínio privado, regimes jurídicos diferenciados para essas duas categorias de bens: os primeiros carecem de uma proteção mais apertada do que os segundos, como é evidente, enquanto e na medida em que se acharem afetados a uma função de interesse público. É fácil de compreender que a Administração queira, ou deva, alienar bens que só fortuitamente lhe vieram parar às mãos ou que sem dificuldade poderá substituir por outros de igual ou superior rendimento: o que já não se compreende nem aceita é que a lei não imponha restrições à competência dos órgãos administrativos a fim de evitar que estes possam livremente dispor daqueles bens do domínio privado de algum modo necessários à realização dos interesses coletivos.

Essa disponibilidade não implica na sujeição desses bens públicos ao regime de direito privado. Pelo contrário, devem existir normas específicas que permitam o aproveitamento econômico sem que haja prejuízo ao interesse público.

Afinal, é importante lembrar que se está tratando de patrimônio público, de interesse público, e que permanecem em vigor todas as proteções constitucionais e legais inerentes ao regime de direito público, de controle e fiscalização, e em especial os princípios da legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem desconhecer a importância dos demais⁸³.

3.3 O PATRIMÔNIO PÚBLICO INTANGÍVEL

Se a gestão do patrimônio público material, móvel e imóvel, de forma econômica e eficiente produz tantas dúvidas e controvérsias, isso sequer chega a acontecer com o patrimônio público intangível.

Existem normas muito claras para o tratamento econômico dado ao patrimônio público, seja ele móvel ou imóvel, solo ou subsolo, florestas ou águas e até mesmo o espaço aéreo. Muito tem sido publicado a respeito. Contudo, quando se trata do devido cuidado com os ativos intangíveis do patrimônio público, uma lacuna considerável se apresenta, principalmente com relação à propriedade intelectual. Marcas, patentes e quaisquer outras criações tecnológicas, científicas ou mesmo artísticas geradas dentro das atividades governamentais não possuem tratamento específico na legislação.

Mesmo assim, a propriedade imaterial encontra amparo na Constituição da República de 1988, ao assegurar aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, publicá-las e reproduzi-las, no inciso XXVII do art. 5º, e, ao dispor, logo

⁸³ Acrescentem-se às restrições constitucionais mencionadas, ainda outras mais inafastáveis, como consequência do mesmo raciocínio: controle pelo Congresso Nacional (art. 49, X); controle pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV); e controle pelo Ministério Público (art. 127 *caput* c/c art. 129, II). (SILVA, 2002, p. 177).

em seguida, no inciso XXIX do mesmo art., que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

As ideias e criações, como se viu no primeiro capítulo, são uma das formas mais importantes de riqueza na atualidade, e muitos asseguram que o conhecimento será a mercadoria de maior valor no futuro⁸⁴. O assunto, porém, continua sendo negligenciado pela maior parte dos estudiosos do Direito Administrativo. Apesar dos inúmeros volumes publicados tratando da gestão do patrimônio público de forma dedicada e minuciosa⁸⁵, seja tratando dos imóveis públicos, ou preocupando-se com os móveis como equipamentos e a frota do Estado, muito pouco ou quase nada tem sido publicado acerca da existência de bens públicos imateriais.

Em seu Tratado de Direito Administrativo, Cavalcanti (1960, p. 314) evita entrar nesse exame detalhado, mas aponta uma prevalência do critério legal sobre o físico ou natural, quando a legislação da época, o Código Civil de 1916, e o Código de Contabilidade Pública da União (e seu regulamento) de 1922, tratam como se imóveis fossem, para fins de organização dos inventários, os museus, as pinacotecas, as bibliotecas, os observatórios, os laboratórios, os estabelecimentos industriais e agrícolas, com os respectivos aparelhos e instrumentos, as estradas de

⁸⁴ O desafio para o século XXI será administrar, de forma profissional e correta, o conhecimento – e, em especial, a propriedade intelectual – sem o que as empresas que atuam na “nova economia” não obterão o retorno de seus investimentos (GANDELMAN, 2001, p. 235).

⁸⁵ Por exemplo, Debbasch *et al.* (1999), Auby *et al.* (2008), Coutinho (1997) e Coutinho (2005).

ferro com o material rodante necessário ao serviço, os quartéis, as fortalezas desarmadas, as fábricas de pólvora, de artefatos de guerra, os arsenais e demais bens de igual natureza do domínio privado da União.

No Tratado do Domínio Público, de Cretella Jr. (1984, p. 28), não se encontra preocupação com o patrimônio imaterial do Estado: “O domínio é uma parte do patrimônio, compreendendo coisas, bens corpóreos. Os bens incorpóreos dos patrimônios administrativos não integram o domínio”. Para esse autor, bens imateriais sequer seriam considerados bens no sentido específico, constituindo-se os bens ideais por atividades e comportamentos humanos denominados “prestações”, que apenas nessa qualidade se submeteriam ao regime de direito público (CRETILLA JR., 1998, p. 291).

Já o direito português admite que o patrimônio público seja composto por bens imateriais, como apontava Caetano (2008, p. 896) ainda na década de 1980: “o domínio público artificial compreende: o domínio da circulação; o domínio monumental, cultural e artístico; e, ainda, o domínio militar”. Apesar de ser o patrimônio histórico, cultural e artístico considerado bem imóvel pela legislação portuguesa, o autor faz a seguinte ressalva:

Os monumentos nacionais estão na posse do Estado, pertencendo então ao seu domínio público, ou estão na posse doutras pessoas coletivas de direito público ou de particulares. Neste último caso, não é possível admitir a existência de uma propriedade perfeita do particular sobre o imóvel, antes será mais correto dizer que a raiz se transfere para o Estado, ficando ao particular a mera fruição limitada da coisa: é um depositário, um fiduciário do patrimônio artístico nacional, e nada mais (CAETANO, 2008, p. 915).

Também Pereira (2001, p. 131) reconhece que a propriedade pública seja constituída não apenas por coisas corpóreas, mas também por coisas não corpóreas ou incorpóreas. Com base em Afonso Queiró, inclui no patrimônio público incorpóreo, bens imateriais como as obras ou produtos de engenho – obras literárias, artísticas, científicas, as invenções, etc. –, e os direitos como tais.

Na França, a tradição de proteção da propriedade intelectual é muito mais forte, a ponto de Morand-Deville (2010, p. 7), já na introdução ao seu curso de Direito Administrativo de Bens, afirmar que o patrimônio público abrange bens de natureza cultural e imaterial. As coisas imateriais podem receber o estatuto jurídico de bens justamente por serem úteis, o que justifica sua apropriação pelo Estado. Tal proteção encontra amparo no Código de Propriedade Intelectual: obras literárias e artísticas, como um audiovisual produzido pela administração; propriedade industrial, como patentes, marcas, desenhos industriais e *software*; e clientela comercial (MORAND-DEVILLER, 2010, p. 332).

No Brasil, o art. 216 da Constituição da República de 1988 determina que constituem “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, redação ampliada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003, o que faz com que tal patrimônio demande proteção adequada.

Barbosa (2009, p. 108) aponta mecanismos criados para a identificação e preservação desses bens intelectuais, como o Decreto n. 3.551/2000, que criou o registro desse patrimônio da União nos

seguintes livros: a) Livro dos Saberes, englobando conhecimentos, técnicas, processos e modos de saber e fazer enraizados no cotidiano das comunidades; b) Livro das Celebrações, com os rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; c) Livro das Formas de Expressão, com as manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; d) Livro dos Lugares, informando os espaços em que se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

No mesmo sentido se encontra a conceituação de Marques Neto (2009, p. 31) acerca do patrimônio público imaterial, a qual, com base na Constituição brasileira, além do patrimônio cultural (art. 216), abrange o mercado interno (art. 219), o patrimônio histórico (art. 30) e o patrimônio artístico, turístico e paisagístico (art. 24):

Segue que o plexo de bens que integra o seu patrimônio será integrado não apenas pelos prédios, terrenos, imóveis, coisas de seu acervo, mas também por uma infinidade de bens imateriais que pertencem à coletividade e, como tal, passam a ser objeto da propriedade estatal. Bens imateriais que muitas vezes podem se traduzir numa capacidade de uso de um bem material sem com ele se confundir, do que é bom exemplo, já que previsto na Constituição, o potencial de geração de energia elétrica (artigo 20, VIII) (MARQUES NETO, 2009, p. 32).

Da mesma forma, Carvalho Filho (2009, p. 1073) ao tratar do patrimônio público, afirma que a referência a bens de “qualquer natureza” insere bens corpóreos e incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações; da mesma forma que a menção à propriedade “a qualquer título” busca incluir tanto os bens do domínio do Estado na qualidade de proprietário em sentido estrito, quanto

aqueles outros que, de utilização pública, sujeitam-se ao poder de disciplinamento e regulamentação pelo Poder Público.

Barbosa (2009, p. 106) descreve uma tendência das legislações nacionais para promover o controle dos bens imateriais que estejam em regime de domínio público, citando diversos exemplos no exterior, como a base de dados criada pelo Escritório de Patentes dos Estados Unidos (USPTO) com os sinais distintivos das tribos nativas americanas, que compreende até mesmo símbolos Maori em uma lista de marcas não passíveis de registro; o governo indiano que estabeleceu uma biblioteca digital de conhecimento tradicional (TKDL ou *Traditional Knowledge Digital Library*); e o registro de especialidades da medicina tradicional chinesa por escritórios de propriedade intelectual daquele país.

No Brasil, resultado da disposição do art. 216 da Constituição da República protegendo o patrimônio cultural, editou-se, dentre outros, o Decreto n. 4.062/2001 da Presidência da República, que define “cachaça” e “cachaça do Brasil” como indicações geográficas; a Lei nº 11.675, de 19 de maio de 2008, que designa o cupuaçu fruta nacional; e também a Lei 11.929/2003 do estado do Rio Grande do Sul, que institui o churrasco como “prato típico” e o chimarrão como “bebida símbolo”.

Evidente que se trata de medidas protecionistas, que visam proteger não apenas o patrimônio cultural nacional ou regional, mas também o mercado interno e externo para as empresas nacionais diante de recentes casos de apropriação de conhecimentos tradicionais e produtos tipicamente brasileiros, como o açaí e o cupuaçu por empresas estrangeiras⁸⁶.

⁸⁶ Sobre o assunto, ver Rezende e Ribeiro (2009).

Atenta ao problema, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), através do Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore, estabeleceu, em abril de 2006, padrões de mecanismos legais e políticas para a proteção dos conhecimentos tradicionais e do patrimônio genético contra a apropriação indevida e práticas de concorrência desleal⁸⁷.

Barbosa (2009, p. 109) adverte que a transferência do domínio público para o domínio governamental cria custos que podem não só aumentar o preço final dos produtos, mas afetar a eficiência do sistema e restringir a inovação. É válida a advertência, mas também se sabe que não será através da edição de sucessivas leis para proteger cada produto ou conhecimento de forma individual que o problema será resolvido, tanto que há projeto de lei tramitando no Senado para também designar açai fruta nacional⁸⁸, enquanto já foi pedido o registro da marca “rapadura” na Europa.

Mas, além disso, cumpre lembrar que também nesses casos o Estado está exercendo sua função reguladora ordenando os mercados⁸⁹, e seja para tratar de seu próprio patrimônio, seja para regular o uso da

⁸⁷ Para mais informações, acesse: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=59333.

⁸⁸ Para mais informações, acesse: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/86411.pdf>.

⁸⁹ “A ordenação da atividade econômica supõe, no âmbito contratual, a definição de normas que alcançam em dois níveis os agentes econômicos: comportamentos a serem assumidos perante a Administração e comportamentos a serem assumidos perante os demais agentes econômicos. Daí não apenas as normas que conformam, condicionam e direcionam o exercício da atividade econômica pelos seus agentes – relação do agente econômico com o Estado – mas também as que criam direitos e obrigações atribuíveis aos agentes privados nas relações contratuais – relação dos agentes econômicos entre si.” (GRAU, 2010, p. 96)

propriedade pelos cidadãos, encontra-se vinculado ao princípio da legalidade (art. 5º, inc. II, da Constituição).

Daí a necessidade de se estabelecer uma normatização para a matéria, com a fixação de princípios e normas gerais que permitam um tratamento adequado, que respeite tanto o interesse público e o uso racional do patrimônio público como a livre iniciativa e o mercado.

3.3.1 A Agência do Patrimônio Imaterial do Estado (APIE)

Um exemplo pioneiro de cuidado com os ativos intangíveis da Administração Pública se vê na França, a partir de maio de 2006, com a Agência do Patrimônio Imaterial do Estado (*Agence du Patrimoine Immatériel de l'État – APIE*)⁹⁰, vinculada ao Ministério da Economia e do Orçamento, com o fim de valorizar um patrimônio do qual a administração não tirava muito partido até então, e também para incentivar a valorização econômica das criações oriundas do Estado e promover sua gestão.

Sua criação teve por base o relatório intitulado “A Economia do Imaterial”, apresentado por Maurice Lévy e Jean-Pierre Jouyet naquele ano. Baseado no fato de que a propriedade intelectual ocupa um espaço central na economia imaterial, em que as ideias e a inovação são os principais criadores de valor, o relatório recomenda proteger mediante a criação de um organismo governamental específico esses engenhos, e o

⁹⁰ Para mais informações sobre a APIE, acesse: <<http://www.economie.gouv.fr/apie>>.

benefício econômico que possam trazer, a exemplo do que há muito se faz na iniciativa privada, principalmente nas empresas de melhor performance (LÉVY; JOUYET, 2006, p. 22).

Com a edição da Circular de 18 de abril 2007⁹¹, “relativa à gestão dos ativos imateriais do Estado”, ficou determinada a realização do recenseamento dos ativos imateriais relevantes no campo de cada competência ministerial, e o implemento de uma estratégia de valorização do patrimônio imaterial identificado através desse serviço. A administração desses ativos ficou a cargo da APIE e do Ministério da Economia e do Orçamento.

Alguns exemplos dessa nova forma de gestão, apesar de contestados por muitos, começam a apresentar resultados muito além do esperado, como no caso da cessão do uso da marca “Louvre” ao emirado de Abou Dhabi (União dos Emirados Árabes), pela soma de 400 milhões de euros (MORAND-DEVILLER, 2010, p. 333). O museu em construção no Emirado Árabe tem sua inauguração programada para 2015, e além de seu acervo próprio, organizado dentro dos padrões estabelecidos pelo acordo, irá receber obras de arte, exposições especiais e suporte técnico da equipe do Louvre de Paris, mediante pagamento adicional.

Tão polêmica⁹² quanto a comercialização da marca “Louvre”, foi a chamada “franquização” da Université Paris-Sorbonne, que, em

⁹¹ Para mais informações sobre a Circular, acesse:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000822999&fastPos=1&fastReqId=44853267&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>>.

⁹² Mais informações sobre a polêmica, acesse: <<http://sociologias-com.blogspot.com.br/2009/04/la-sorbonne-vendue-en-exclusivite-aux.html>>.

2006, também ganhou uma filial em Abou Dhabi⁹³, criada por um acordo de cooperação internacional entre a prestigiosa universidade francesa e o Ministério do Ensino Superior e da Pesquisa do Emirado de Abou Dabi, além de captar recursos para as áreas da educação e da pesquisa, também contribui efetivamente na difusão da cultura francófona pelo mundo, incrementando o nível cultural com a capacitação de alunos no Oriente Médio. A nova sede da Universidade ainda está em construção, mas já oferece aulas em uma sede provisória, enquanto a matriz recebe 15% das matrículas pagas pelos estudantes.

Ainda tratando de gestão de marcas públicas na França, somente em 2012 foram geradas 130 marcas pelo intenso trabalho da APIE⁹⁴, permitindo assim assegurar novas marcas, prevenindo riscos e racionalizando o seu custo de gestão ao criar um padrão de proteção que dispensa soluções legislativas particularizadas, como se viu no caso das frutas brasileiras⁹⁵.

Para a APIE⁹⁶, uma entidade pública, ao proteger e desenvolver sua marca (ou suas marcas), busca, antes de tudo, dar sentido, legibilidade e visibilidade à sua ação. E também criar um repositório interno de valores, sobre os quais, uma base estratégica garante a consistência de todas as ações e discursos. É ainda uma forma que os governos dispõem de afirmar sua identidade e destacar seus pontos

⁹³ Mais informações sobre a Université Paris-Sorbonne, em Abou Dhabi, acesse: <<http://www.sorbonne.ae/EN/Pages/default.aspx>>.

⁹⁴ APIE (2012, p. 16).

⁹⁵ É sugestivo ainda, o “Caso PetroBrax”, em que foi contratada uma agência de publicidade para alterar a marca da conhecida estatal petrolífera brasileira, que saiu rapidamente de cena devido a repercussão negativa. Ver a respeito: Bittencourt, 2001, p. 163/171.

⁹⁶ Mais informações sobre a(s) marca(s) da APIE, acesse: <<http://www.economie.gouv.fr/apie/marques>>.

fortes. Proteger e reforçar a marca pode ser uma poderosa alavanca para uma administração mais eficiente e aberta às necessidades dos serviços públicos dos cidadãos.

Outra medida bastante comentada é a autorização, pelo Decreto 2009-151, de 10 de fevereiro de 2009⁹⁷, de cobrança pelo uso da imagem dos prestigiosos monumentos franceses na televisão e no cinema, tais como a catedral de Notre Dame, a torre Eiffel, o palácio de Versalhes, o castelo de Chambord, a cidade de Carcassonne, dentre tantos outros, que compõem as memórias não apenas daqueles que os visitam, mas também daqueles que somente os conhecem através das telas do cinema e da televisão.

Para a APIE⁹⁸, trata-se de lugares extremamente conhecidos, cujo prestígio vem não apenas de sua imagem, mas de sua história e dos eventos que testemunharam. Assim, a locação desses espaços para uso do cinema e da televisão através de uma oferta pública coerente revela a valorização do patrimônio imaterial do Estado e se destina a assegurar o interesse público, contrabalançando-o com os interesses privados que muitas vezes possuem condições heterogêneas.

A crítica consiste na inexistência de uma política global de controle das imagens dos monumentos históricos e na quebra de uma antiga tradição de abertura e livre acesso. Isso deve ser contrabalançado com os feitos benéficos de tais medidas, como o incentivo à indústria cinematográfica e os empregos gerados direta e indiretamente com o

⁹⁷ Acesse o Decreto 2009-151 em:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020243699&fastPos=1&fastReqId=1750487489&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>.

⁹⁸ Para mais informações sobre os espaços públicos da APIE, acesse:

<<http://www.economie.gouv.fr/apie/espaces-publics>>.

incentivo ao turismo mediante a oferta de uma bela imagem do patrimônio francês no exterior (TRÉZÉGUET, 2011, p. 107).

Uma vez identificada a necessidade do mercado de abertura dos espaços públicos para uso na indústria cinematográfica, que normalmente ficaria submetida a toda a sorte de exigências burocráticas, analisada a demanda e identificados os lugares destinados à locação, compete à Administração Pública criar as regras para sua utilização e proceder à gestão dessa oferta e dos recursos dela provenientes⁹⁹, prevendo inclusive um calendário para sua utilização, de modo a não banalizar a oferta.

Tratando-se de domínio privado da administração, não há como questionar que referido patrimônio seja passível de exploração econômica, tal como os bens privados da mesma natureza, como defende Morand-Deville (2010, p. 339), com a única diferença de que os bens privados são alienáveis e prescritíveis. Evidentemente tal regime se submete a regras específicas para proteger os interesses da coletividade e os fins públicos.

O objetivo do Decreto 2009-151 é justamente criar uma política interministerial homogênea com centralização por meio de agência ligada ao Ministério da Economia, permitindo a gestão desses recursos imateriais de forma mais eficiente e transparente. Além disso, novas formas de valorização do patrimônio imaterial do Estado foram

⁹⁹ A título de curiosidade, um dia de tomadas externas para um longa metragem no cinema ou em anúncio publicitário pode custar 925 a 1.250 Euros, ao passo que o mesmo período numa locação interna pode chegar a 5.500 Euros. Já para um documentário ou filme de curta metragem, a tomada externa fica por 300 Euros, podendo a locação interna variar de 400 a 1.375 Euros, variando de acordo com as facilidades técnicas oferecidas para a locação, o tamanho da equipe e o espaço efetivamente ocupado. Em 2012 foram efetuadas 494 locações de espaços para filmes pela APIE, contra 333 em 2011 e 48 em 2009 (APIE, 2012, p. 16).

aprovadas para uso na Administração Pública francesa, dentre eles, a cessão, a concessão e a licença de direitos de propriedade intelectual; a participação na criação de direitos de propriedade intelectual ou de bens; oferta ao público ou cessão de informações; a locação ou disposição a título temporário de salas, terrenos ou espaços para a realização de obras audiovisuais; a organização de eventos, como colóquios e conferências; a valorização do *savoir-faire* ou *expertise* dos serviços do Estado, notadamente em matéria de formação, pesquisa e estudos; e a oferta temporária ou venda de espaços e suportes de fim publicitário, de comunicação ou de promoção.

Sandel (2012, p. 190) descreve situação semelhante vivida nos Estados Unidos, anterior até à experiência francesa. Os exemplos variam de anúncios visualizados em carros de polícia e cartilhas escolares, até em hidrantes e trajes usados pelos salva-vidas. Em 2003, o prefeito de Nova York, Michael Bloomberg, inovou no marketing municipal, celebrando um acordo de cinco anos, no valor de US\$ 166 milhões, com a indústria de bebidas Snapple, dando-lhe exclusividade na venda de sucos e água mineral nas escolas públicas da cidade: “os críticos disseram que a Big Apple estava sendo vendida para ser transformada em Big Snapple. Mas o marketing municipal tornava-se um negócio em rápido crescimento, passando de apenas US\$ 10 milhões em 1994 a mais de US\$ 175 milhões em 2002”.

A partir de então, a prefeitura de Nova York incrementou a política de venda de espaço publicitário nas estações de metrô, embrulhando trens inteiros, recobrando colunas, roletas e pisos das estações com anúncios. A renda com anúncios no metrô da cidade aumentou de US\$ 38 milhões em 1997 para US\$ 125 milhões em 2008:

“Em 2009, o Departamento de Transportes Metropolitanos de Nova York vendeu ao Barclays Bank, por US\$ 4 milhões, num prazo de vinte anos, o direito de dar seu nome a uma das mais antigas e movimentadas estações de metrô do Brooklyn” (SANDEL, 2012, p. 190), num caso típico de propriedade intelectual, pois a transação envolveu apenas o nome da estação e não o patrimônio público que continuou com a mesma destinação.

Já no Direito brasileiro, Marques Neto (2009, p. 248-249) defende a exploração econômica dos bens públicos dentro do regime jurídico de utilidades públicas, propondo a existência de diferentes gradações de regimes que variarão conforme o tipo de bem, sua essencialidade, seu domínio ou a espécie de uso ao qual ele é afetado: “impenhorabilidade, inalienabilidade, não oneração e imprescritibilidade devem ser analisadas no plano da gestão, pois elas constituem o que chamamos de atributos dos bens públicos, prejudicando, a nosso ver, condicionantes do modo pelo qual é organizado e gerido o acervo público”.

Para o autor, o princípio da economicidade é amplamente reconhecido e aplicável ao patrimônio público, especialmente tratando-se de bens dominicais, como demonstra: “temos como certo que, em todas estas modalidades, há uma destinação de ordem patrimonial que pode, presumidamente, gerar rendas ou receitas e, assim, reverter ao fim e ao cabo para a viabilização das funções administrativas” (MARQUES NETO, 2009, p. 224).

Dessa forma, a violação da economicidade na gestão dos bens públicos materiais ou imateriais vai frustrar não apenas as finalidades às quais estão consagrados esses bens, mas as próprias finalidades

coletivas e o princípio constitucional da eficiência, o que também ocorreria se a administração descuidasse desses bens de modo que acarretasse a sua depreciação ou que permitisse o uso não retribuído desses bens e sua apropriação indevida por alguns indivíduos¹⁰⁰.

Além disso, Rifkin (2001, p. 44) alerta para a importância crescente do valor dos ativos intangíveis em detrimento do capital imobilizado na nova economia baseada em rede, em que “o capital físico estará migrando continuamente do lado dos ativos no livro-razão para a coluna de despesas, onde eles serão listados como um custo operacional, enquanto as formas intangíveis de capital serão cada vez mais introduzidas na página de ativos”. É esse tipo de patrimônio que se pretende valorizar evitando o desperdício de recursos e a apropriação indevida.

A matéria é bastante polêmica, e a discussão continua em aberto, mesmo porque, no sistema legal brasileiro, ainda não há norma que trate especificamente da propriedade intelectual dentro do setor

¹⁰⁰ “Ao abordar sua concepção de ‘bem público’, os economistas discutem o problema dos *free riders* ou caronas, entendidos como aqueles que mantêm um comportamento oportunista de usufruir da utilidade sem concorrer para sua existência ou permanência. Em se tratando de gestão de bens públicos (sentido jurídico), as consequências negativas dos comportamentos oportunistas vão além do fenômeno do carona.

O fenômeno dos caronas é uma constante na história da gestão dos bens públicos. Quando tratamos os bens de propriedade estatal como bens coletivos, comuns ou difusos, abre-se a possibilidade de fruição desigual das utilidades deles decorrentes, mas não no sentido de uma desigualdade apta a compensar hipossuficiências, mas justamente no sentido contrário.

A história da gestão do patrimônio público demonstra que quanto mais aberta for a fruição do bem, mais se favorece a apropriação privada da utilidade (não no sentido comutativo, de aquisição de propriedade, mas no sentido de fruição desigual, regressiva e patrimonialista por parte dos administrados mais influentes, sagazes ou simplesmente oportunistas).” (MARQUES NETO, 2009, p. 438)

público. Mesmo os autores favoráveis à proposta, como Marques Neto (2009, p. 439), reconhecem algum risco no processo:

Não estaríamos indiretamente transformando tais utilidades em mercadoria e, assim, construindo um modelo excludente e regressivo? Risco sempre há. Contudo, cremos ser possível separar bastante bem o aproveitamento econômico do bem público da mercantilização da função pública.

Por isso, é importante ressaltar que não se está aqui a defender uma nova forma de privatização ou de mercantilização do espaço público, com única finalidade de incrementar as receitas, mas que, no caso brasileiro, haja mais preocupação do Estado com o patrimônio público intangível, principalmente na área da Propriedade Intelectual¹⁰¹, que tem sido amplamente negligenciada e tratada de forma antieconômica pelos órgãos de administração pública em geral.

O que se vê na prática é um verdadeiro desperdício do patrimônio cultural e principalmente das criações oriundas da administração pública¹⁰², seja por seus servidores ou pesquisadores, por contratos, convênios, parcerias ou quaisquer outras formas que permitam a criação de soluções tecnológicas, como no caso dos programas de computador, cada vez mais utilizados na prestação de serviços públicos, a exemplo do serviço judiciário.

¹⁰¹ “Numa sociedade em que a informação assume papel de destaque, tanto para o desenvolvimento econômico, como social e cultural, a Propriedade Intelectual, particularmente o chamado direito autoral, ganha uma importância nunca antes vista. Considerada o produto mais valioso e essencial dentro desta sociedade, acaba por levantar em torno de si as mais importantes discussões.” (ROVER, 2006, p. 33)

¹⁰² “É válido refletir sobre dois tipos de contribuição a inovações tecnológicas, duas espécies de produção. Pelo lado da contribuição – ou seja, a criação de inovações e tecnologias – há atores privados e atores públicos. Entre os inovadores, encontram-se empresas privadas, laboratórios governamentais e instituições acadêmicas sem fins lucrativos. De maneira crescente, as inovações emergem da interação complexa dos três setores.” (SACHS, 2005, p. 25)

3.3.2 A gestão de programas de computador e bancos de dados da administração

Elemento essencial na revolução informacional, o fornecimento de *software* à administração pública possui uma enorme importância econômica e funcional. Olivo (2001, p. 23) chega a afirmar que, entre tantos avanços tecnológicos registrados ao longo do século XX, nenhum teve maior impacto do que os que integram a chamada Tecnologia da Informação.

O avanço permanente dos recursos oferecidos pela informática provoca na administração pública novos contornos a cada momento, a ponto de se identificar claramente a ligação entre a reestruturação do setor público e o uso das novas tecnologias da informação, mediante o oferecimento de serviços à sociedade por meios eletrônicos e a divulgação, também por meios eletrônicos, de informações acerca da estrutura de governo em qualquer nível (SANTOLIM, 2007, p. 88).

Muito mais do que facilitar, a informatização do serviço público dá um novo perfil à administração e permite agilidade no acesso à informação por parte do usuário, do servidor e do gestor público. Além de agregar qualidade e rapidez, facilita a transparência e aumenta a *accountability*, por permitir intercomunicação entre os diversos órgãos governamentais e um controle muito maior dos resultados, o que vem em benefício de todos os envolvidos no processo.

Lupi (1998, p. 25) lembra que, na elaboração do programa de computador por encomenda, o autor precisa definir seu objetivo e traçar os meios necessários para alcançá-lo, levar em conta o tempo necessário, o custo e a qualidade da resposta e, ainda, a confiabilidade e precisão do fruto da tarefa criativa.

O desenvolvimento de *software*, portanto, deve ser visto como fruto de um investimento, do ponto de vista do Estado, e como resultado de um processo criativo complexo, do ponto de vista do desenvolvedor, o que implica que se leve em conta o custo do seu desenvolvimento.

Por isso, o fornecimento de *software* à administração pública mostra-se de importância estratégica para a administração de um país continental como o Brasil, envolvendo inúmeras contratações, compras públicas, prestação de serviços técnicos e projetos de pesquisa e desenvolvimento. Trata-se de produtos e serviços novos para novas necessidades, numa demanda que se modifica e aprimora constantemente¹⁰³.

Por isso, é importante distinguir entre o programa de computador desenvolvido por uma empresa contratada sob encomenda da administração pública, que envolve contrato de prestação de serviços, e a compra de um programa como um produto já pronto, “o chamado *software* de prateleira, que se enquadra como mercadoria e deve atender

¹⁰³ “O processo de digitalização implicou novos contornos para os bens intelectuais, como também provocou o aparecimento de novos bens, os quais ganharam rapidamente relevo jurídico, nomeadamente os bens informáticos. Assim, dos programas de computador às bases de dados eletrônicas, dos produtos de multimídia aos circuitos integrados, dos computadores às interconexões mundiais a base de dados pela internet, todos surgem num ambiente tecnológico inédito.” (WACHOWICZ, 2008, p. 291)

aos requisitos de padronização e registro de preços (art. 15, da L. 8.666/93)” (SOUTO, 2005, p. 136).

Tal distinção é importante também em função do modelo de negócio, pois, se um visa à distribuição ao público em larga escala, no outro caso, o investimento geralmente é recuperado na primeira venda. Albuquerque (2006, p. 39) faz ainda mais uma distinção no tocante ao processo criativo: “A criação de um *software* personalizado pressupõe uma íntima colaboração entre o fabricante do *software* e o usuário em potencial. Eles definem conjuntamente como o programa de computador deve ser concebido”.

Em ambos os casos se está tratando de ativos intangíveis da administração pública, tenha ela participado ou não do processo de criação. Existe muita dúvida acerca da titularidade desses bens.

A forma federativa consagrada no art. 18 e seguintes da Constituição da República confere autonomia político-administrativa entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que acaba por favorecer esse desencontro de informações e a falta de controle do patrimônio imaterial do Estado, gerando desperdício e despesa pública desnecessária.

Um bom exemplo pode ser encontrado num caso singular, que, com toda certeza, não é a única situação dessa natureza no Poder Judiciário brasileiro. Em 25 de março de 2011, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, órgão judiciário vinculado à União, formulou consulta no tocante à possibilidade de convênio com o TJSC, de âmbito estadual, visando à utilização da ferramenta para coleta de depoimentos por meio audiovisual, disponível em algumas comarcas deste último Tribunal.

O pedido foi autuado como Processo Administrativo n. 416699-2011.0, constando do parecer do Conselho Gestor de Tecnologia da Informação (CGInfo), do TJSC, que o sistema de gravação de audiências em fase de implantação no Poder Judiciário de Santa Catarina é parte integrante do sistema SAJ5, e seu uso submetido aos termos contratuais vigentes entre o Poder Judiciário de Santa Catarina e a empresa SOFTPLAN – Planejamento e Sistemas Ltda., desenvolvedora da tecnologia.

Do parágrafo primeiro da cláusula sétima do Contrato 81/2007, consta o seguinte teor:

A guarda dos programas-fonte pelo Contratante será uma garantia quanto à integridade do sistema, sem, entretanto, ser considerada a possibilidade de venda, aluguel, empréstimo, doação, ou qualquer outra forma de transferência para terceiros, do *software* ou das regras de negócio nele contidas.

Assim concluiu-se, em 15 de fevereiro de 2012, pela impossibilidade de compartilhamento do sistema de gravação audiovisual de audiências entre os dois Tribunais, em virtude dos termos contratuais celebrados. O processo prosseguiu ainda no que diz respeito apenas ao uso das instalações físicas e equipamentos, e não mais à utilização do sistema informatizado, que, inclusive, não é compatível entre os dois Tribunais.

Atente-se que o processo administrativo tramitou por um ano para concluir pela impossibilidade do compartilhamento de um sistema informacional para simples coleta do depoimento de partes e testemunhas entre dois Tribunais com competência na mesma base territorial.

Mais uma vez, como no caso das frutas da amazônia, um problema que envolve interesse público e, ainda mais, a prestação de um serviço público, é tratado de forma individualizada pela inexistência de uma regulação acerca do assunto na legislação, ou mesmo, pela ausência de qualquer orientação dos órgãos gestores.

E, pior, sem contestar aqui a titularidade do direito autoral pela empresa desenvolvedora do programa de computador e as formas de contratação no Direito brasileiro já apresentadas no primeiro capítulo, concluiu-se pela impossibilidade do compartilhamento do sistema informacional entre os dois órgãos públicos, num evidente prejuízo à coletividade, mesmo porque, como constou, os sistemas dos dois Tribunais são incompatíveis e não dialogam entre si.

Tal situação não é recente, pelo contrário, é há muito conhecida pelos Tribunais. Enquanto a União desenvolve seus próprios sistemas para uso das Justiças Especializadas, como o Projudi, o e-Proc e o PJE, o sistema SAJ tem sido adquirido por diversos Estados da federação, procuradorias e outros órgãos judiciais, sem que haja, no mínimo, uma padronização no formato que permita a interoperabilidade dos sistemas.

Sem dúvida alguma, o usuário acaba por ser o maior prejudicado, em especial os advogados, que precisam utilizar diferentes formas¹⁰⁴ de peticionamento, de cadastramento, de *login* e de assinatura digital¹⁰⁵. Mas, além disso, o que se vê é a multiplicação das despesas e

¹⁰⁴ Como, por exemplo, a adoção da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, regulada pela MP n. 2200-2, de 24.08.2001, com a possibilidade da adoção de outras soluções independentemente de previsão legal expressa no §2º do art. 10. Por limitação do tema, esse assunto não será desenvolvido nesta tese.

¹⁰⁵ “A assinatura digital é o resultado de uma operação matemática, utilizando algoritmos de criptografia assimétrica. Foi visto acima que, para enviar mensagens sigilosas a alguém com o uso da criptografia assimétrica, a mensagem é cifrada com

dos esforços da administração para solucionar problemas de forma difusa, quando as ferramentas e soluções poderiam ser compartilhadas sem despesas adicionais.

Isso se repete nos mais diversos setores do serviço público no Brasil, tal como a saúde e a educação, ou mesmo, a segurança pública, com cada ente administrativo mantendo seu próprio cadastro dentro do respectivo sistema, cabendo registrar que, até o momento, nem todos os Estados brasileiros integram o cadastro nacional de mandados de prisão.

Na França, a Ordem de Serviço n. 2005-650, de 6 de junho de 2005, transpondo a Diretiva 2003/98/CE da União Europeia, de 17 de novembro de 2003, sobre o acesso à informação no setor público¹⁰⁶, modifica o que dispunha a Lei 78-753 de 17 de julho de 1978. Em outubro de 2008, foi apresentado o plano “*France Numérique 2012*”¹⁰⁷, confiando à APIE a redação das licenças-tipo de reutilização de dados públicos e o estudo para a configuração do portal data.gouv.fr.

Dessa forma, a APIE promove uma política de reutilização de dados públicos, mais do que o simples conhecimento de documentos

a chave pública do destinatário, de modo que somente ele, possuidor da chave privada correspondente, poderá decodificá-la. Já assinatura digital é produzida cifrando a mensagem com a própria chave privada, o que só poderá ser decifrado com a chave pública. Ou seja, se for possível decifrar a mensagem com o uso da chave pública, é sinal de que ela só pode ter sido codificada com a chave privada correspondente e, portanto, somente aquele que detém esta chave privada poderia tê-lo feito. Note-se, com isto, que a “conferência” da assinatura é tarefa que qualquer um pode realizar, dado que a chave pública, como diz o seu nome, pode e deve ser amplamente divulgada e distribuída.” (MARCACINI, 2002, p. 33) Ver mais sobre criptografia e proteção da privacidade em: Vianna (2007, p. 189) e Drummond (2003, p. 145).

¹⁰⁶ Sobre a Diretiva 2003/98/CE, tratando do acesso à informação das entidades públicas na União Europeia, ver Gonçalves (2002). No Brasil, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, regula a matéria, sem, contudo, dispor acerca do compartilhamento de dados entre as entidades públicas.

¹⁰⁷ APIE (2012, p. 14).

públicos. A medida constitui uma verdadeira exploração da informação pública, sobre a base de critérios que tocava aos seus produtores/dentores e ao seu conteúdo, evitando recadastramentos desnecessários e melhorando a qualidade dos serviços prestados aos cidadãos através do compartilhamento de bases de dados, estudos, relatórios, estatísticas, dados cartográficos, fotografias, filmes, que pertençam ao domínio jurídico, cultural, econômico, geográfico ou fiscal do Estado, numa verdadeira riqueza de informações sem paralelo no país.

Em direção oposta ao que acontece no Brasil, em 16 de maio de 2012, o Ministério da Justiça francês e o Conselho Superior do Notariado (CSN) assinaram uma convenção de cessão de direitos para a exploração do *software* “*portail des majeurs protégés*” em benefício do notariado¹⁰⁸. O sistema permite a apresentação das consultas e das contas de gestão pelos mandatários dos principais protegidos, utilizado pela jurisdição das tutelas e adaptado ao uso do CSN em benefício dos escritórios notariais para a execução de mandados de proteção. A APIE acompanhou o Ministério da Justiça na consecução do projeto, notadamente na avaliação do valor da prestação e do preço da cessão do programa do poder público à entidade privada.

Vivant e Navarro (2011, p. 167) lembram que, mesmo antes da Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu, as bases de dados já eram julgadas objeto de proteção pela propriedade intelectual, sendo acrescentada ao Art. L112-3 do Código da Propriedade Intelectual francês pela Lei n. 98-536, de 1º de junho de 1998, a mesma proteção aos autores de antologias, coleções de obras ou dados variados, tais como as

¹⁰⁸ APIE (2012, p. 12).

bases de dados, que, para a seleção ou a disposição do seu conteúdo, constituam criações intelectuais.

Esse tipo de informação revela-se hoje um importante ativo intangível, protegido em todos os estados membros da OMC e da OMPI por disposição do art. 10(2) do TRIPs, inclusive no Brasil (art. 7º, XIII da Lei 9.609/98), inaugurado no caso *FEIST PUBLICATIONS V. RURAL TELEPHONE SERVICE CO.*, 499 US 340/1991, onde a Suprema Corte norte-americana decidiu pela proteção da base de dados, não em função de seu conteúdo material, mas pela forma como os dados estão ali reunidos ser fruto de um trabalho intelectual criativo, como informa Barbosa (2009, p. 97):

Em 1991, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso *Feist*, que confirmou a inapropriabilidade de qualquer compilação de informações sem um critério de originalidade em sua seleção. A decisão reitera que a proteção a ser conferida está no critério de seleção, não nas informações em si, afastando oficialmente a pretensão de que o esforço na obtenção dos dados de uma base não pode fundamentar sua proteção.

Para Pereira (2001, p. 485), a inclusão de informações protegidas em uma base de dados não prejudica o direito do titular dessas informações decidir se concorda ou não com essa inclusão:

Ou seja, o direito de autor sobre as bases de dados deverá respeitar os direitos dos titulares de direitos de autor sobre as obras a incluir nessas bases. A inclusão de obras protegidas pelos direitos de autor numa base de dados constitui, portanto, uma forma de utilização da obra, devendo ser efetuada em respeito pelos direitos exclusivos do respectivo titular. E assim é, uma vez que se considera que as obras

protegidas pelo direito de autor e as prestações protegidas por direitos conexos incorporadas numa base de dados continuarão a ser objeto dos direitos exclusivos respectivos e não poderão, nessa medida, ser incorporadas na base de dados nem dela extraídas sem a autorização do titular dos direitos ou dos seus sucessores legítimos (PEREIRA, 2001, p. 485)

Gonçalves (2002, p. 126) apresenta o sistema europeu de proteção das informações pessoais, com base na Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, de 24/10/1995, defendendo a análise de caso a caso para o acesso a “dados pessoais”, afirmando que qualquer acesso conjunto ou em “massa” permitiria um cruzamento ilícito de dados.

No Brasil, os sistemas de identificação e bancos de dados na área de segurança possuem importância estratégica e recebem proteção pela n. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Existem, porém, outras informações de inegável valor econômico, como informações meteorológicas, boletins de tráfego e outras coletadas pelas companhias estatais de água e eletricidade, por exemplo, não existindo ainda regulação na legislação brasileira acerca de seu uso comercial, ou sequer da proteção às informações pessoais constantes dos cadastros das instituições públicas¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Exemplo desse descaso com as informações pessoais foi a cessão, noticiada pelo jornal Estado de S. Paulo, em 07/08/2013, das informações pessoais de 141 milhões de eleitores brasileiros pelo Tribunal Superior Eleitoral à SERASA, empresa privada que gerencia dados sobre a situação de crédito dos consumidores do país (ESTADÃO, 2013d). Do ponto de vista dessa tese, o que mais impressiona não é o fato de ter o Tribunal negado as mesmas informações à Polícia Federal em 2010 (ESTADÃO, 2013e), mas a manifesta desproporção entre o valor das informações

Essas perguntas são muito pertinentes, pois, além das diversas contratações de fornecimento de *software* nas três esferas federativas, o serviço público conta com servidores cada vez mais capacitados, egressos dos concorridos concursos que fazem parte do calendário nacional, que não se acomodam com as soluções oferecidas pela infraestrutura existente, e, a todo momento, criam novas funcionalidades que podem vir a ser incorporadas também ao mercado.

3.3.3 Patente sobre a Urna Eletrônica

Outro caso antigo e ainda bastante comentado no Brasil trata da disputa acerca da titularidade da urna eletrônica, que é, juntamente com o sistema de declaração do Imposto de Renda da Receita Federal¹¹⁰, um dos principais instrumentos do governo eletrônico¹¹¹ atualmente em uso

repassadas à entidade privada e a contraprestação oferecida, avaliada em R\$ 300 mil.

¹¹⁰ No Brasil, o Processo Judicial Eletrônico não foi o primeiro, muito menos o mais importante ato de governança eletrônica. Outros o precederam, dos quais dois em igualdade de importância. O primeiro foi a instituição do voto eletrônico nas eleições de 1996. Inicialmente restrito a uma parcela da população, já nas eleições de 2000 atingiu a totalidade dos eleitores; o segundo foi a utilização da rede mundial de computadores para a transmissão da declaração do Imposto de Renda, perante a Secretaria da Receita Federal. Iniciado no ano de 1997, hoje praticamente 100% das declarações são efetuadas pela internet. Como se vê, esses dois projetos, apesar do receio inicial, contam hoje, se não com a aprovação unânime, com a concordância da expressiva maioria dos brasileiros, e mais, com o reconhecimento da comunidade internacional, servindo inclusive de modelo para alguns países (SODRÉ, 2011, p. 132).

¹¹¹ Rover vê o governo eletrônico como a intercomunicação entre os agentes: o processo de adaptação à via digital passa necessariamente pela desburocratização – um caminho em busca da eficiência e da eficácia frente à capacidade de intercomunicação entre os diversos agentes, superando as diversas barreiras de

no país. Sua implantação alcança 100% do eleitorado em todo o território nacional, uma abrangência que vai muito além do processo eletrônico na Justiça Comum.

O projeto da urna eletrônica ou Coletor Eletrônico de Voto (CEV) – seu nome originário, foi desenvolvido sob encomenda do Tribunal Superior Eleitoral através da concorrência pública n. 02/95, publicado em 03 de dezembro de 1995, do qual constava na letra “g” do item 15.1 a seguinte exigência:

Ceder ao Tribunal Superior Eleitoral, em caráter definitivo, todos os direitos patrimoniais de autoria, seja de propriedade material ou imaterial dos CEVs, impressoras e urnas, que decorram da utilização direta ou indireta, pela Justiça Eleitoral, em qualquer parte do Território Brasileiro, dos equipamentos, programas e resultados produzidos em consequência desta licitação, entendendo-se por resultados quaisquer estudos, relatórios, descrições técnicas, protótipos, dados, esquemas, plantas, desenhos, fluxogramas, listagens de programas de computadores (fonte ou executável), documentação didática e outros especificados no Anexo I (SILVEIRA, 2008, p. 261).

A vencedora da concorrência foi a empresa UNISYS BRASIL LTDA., firmando o contrato para desenvolvimento do produto em 22 de março de 1996 um de seus sócios proprietários, o Sr. Carlos César Moretzsohn Rocha, que cedeu “os direitos de comercializar, com exclusividade, conforme o EDITAL de cujo teor as partes declaram ter pleno conhecimento, incluindo o disposto no item 15.g do EDITAL,

ordem material, financeira, geográfica ou hierárquica na prestação dos serviços públicos. [...] As ações de governo eletrônico visam a facilitar a acessibilidade ao serviço governamental, possibilitando um maior acesso público à informação e, conseqüentemente, um governo mais prestador de contas aos cidadãos (SILVA; RUSCHEL; ROVER, 2010, p. 26-27).

mas não limitado a ele”. Em 27 de março de 2006, a UNISYS firmou com o Tribunal Superior Eleitoral o Contrato n. 003/96, para Aquisição de Coletores Eletrônicos de Voto, constando na cláusula 4^a, letra “h”, a obrigação, por parte da UNISYS de “ceder ao Tribunal Superior Eleitoral, em caráter definitivo, todos os direitos patrimoniais de autoria, seja de propriedade material ou imaterial, dos CEVs, impressoras e urnas” (SILVEIRA, 2008, p. 261-262).

Acontece que, em 17/07/1996, o Sr. Carlos César Moretzsohn Rocha depositou junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI)¹¹² o pedido de patente de invenção de um “equipamento para votação eletrônica” que, após publicação em 29/09/1998, foi indeferido pelo INPI, em 04/19/2001, por ausência de novidade do pedido, com base no art. 37 e por não atender ao art. 8º, ambos da Lei da Propriedade Industrial nº 9279/1996.¹¹³ Da decisão foi apresentado recurso contra o indeferimento, estando sobrestada a análise por ordem judicial.

A Ação Ordinária com pedido de tutela antecipada movida pela União Federal contra o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o Sr. Carlos César Moretzsohn Rocha, a Unisys do Brasil Ltda. e Procomp Indústria Eletrônica Ltda. foi distribuída em 30/09/2002, perante a 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, sob n.º 2002.34.00.031393-4, recebendo sentença de extinção por ausência do

¹¹² Para acompanhar o processo, acesse: <http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/busca_patentes>.

¹¹³ Para acompanhar o processo, acesse:

<[http://formulario.inpi.gov.br/MarcaPatente/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=479003&PesquisaPorTitulo=&PesquisaPorResumo=&Pesquis](http://formulario.inpi.gov.br/MarcaPatente/servlet/PatenteServletController?Action=detail&CodPedido=479003&PesquisaPorTitulo=&PesquisaPorResumo=&PesquisaPorDepositante=&PesquisaPorInventor=&PesquisaPorProcurador=>)

interesse de agir em 19/01/2007¹¹⁴. Da sentença a União interpôs apelação n. 2002.34.00.031393-4 ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região distribuída em 01/08/2007, que aguarda julgamento desde 16/06/2010 conforme a consulta processual¹¹⁵.

Contratos com a administração pública, direta ou mediante licitação, revestem-se de dúvidas e dificuldades, principalmente quando o serviço envolve a contratação de tecnologias, o que pode assumir formas novas e até mesmo inéditas como foi o caso das urnas eletrônicas.

Afirma o requerente da patente que a cessão de direitos firmada contratualmente deu-se nos estreitos limites do Edital n. 02/95 e para os fins do contrato, não havendo nada que lhe impeça de requerer a patente, mormente para fins de proteção de sua criação em território estrangeiro, pois possui interesse em comercializar a invenção, vendendo-a a outros países, dentre os quais a República Dominicana¹¹⁶. Assim, mais uma vez se vê o prejuízo pela inexistência de norma específica permitindo o aproveitamento econômico da propriedade intelectual da administração pública. Se não há interesse do Tribunal Superior Eleitoral em realizar esse tipo de negócio, certamente as empresas fabricantes o possuem, o que vem a favorecer o interesse nacional e gerar empregos e divisas.

Acontece que o antigo Código Civil, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, previa a encomenda como uma das formas de edição no art. 1.347. Também a Lei Autoral em vigor na época, Lei nº 5.988, de 14

¹¹⁴ Acompanhe o processo em:

<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200234000313934>>.

¹¹⁵ Acompanhe o processo em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/>>.

¹¹⁶ Para mais informações, acesse: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI10105,81042-Urna+Eletronica>>.

de dezembro de 1973, assim dispunha acerca da obra feita sob encomenda:

Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

A Lei da Propriedade Industrial, nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (publicada dois meses antes do depósito da patente junto ao INPI) assim determina com relação à invenção decorrente de contrato de trabalho:

Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem 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.

[...]

Art. 92. O disposto nos artigos anteriores aplica-se, no que couber, às relações entre o trabalhador autônomo ou o estagiário e a empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas.

Art. 93. Aplica-se o disposto neste Capítulo, no que couber, às entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, federal, estadual ou municipal.

Por isso, encontram-se respeitáveis entendimentos desfavoráveis ao interesse do autor, atribuindo a titularidade da propriedade intelectual à União pela validade do contrato e pela força vinculante dos editais:

Se, no entanto, considerássemos apenas a doutrina relativa à obra sob encomenda, sob o enfoque mais geral do direito autoral, no sentido de que a

amplitude da cessão decorrente da encomenda dependerá da finalidade do contrato, fica, ainda, claro que, no caso específico da urna eletrônica, é da própria natureza do contrato a sua cessão à União, representada pelo Tribunal Superior Eleitoral (SILVEIRA, 2008, p. 268).

Conflitos como esse demandarão solução pelo Judiciário e pelos demais órgãos de controle como o INPI. Por isso, devem eles estar preparados para apresentar a solução necessária para que a inovação e o conhecimento sejam disseminados sem trazer prejuízo ao interesse público nem ofensa aos direitos individuais dos autores.

Mesmo diante da atual legislação, o conflito aparente de normas persiste quando se indaga a quem pertence a autoria da inovação feita por encomenda do Estado. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/1993, diz pertencer à administração, condicionando a contratação de projeto ou serviço técnico especializado à cessão de todos os direitos patrimoniais dele decorrentes:

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.

Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos 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.

A disposição praticamente repete a redação do artigo 77 e seu parágrafo único do Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986,

inclusive no tocante à exigência de inclusão, nessa cessão, de todos os dados referentes à obra imaterial de caráter tecnológico. Tais exigências vêm sendo levadas a cabo pelos Tribunais de Contas, como se cita, a título de exemplo os pareceres nos Processos CON-05/04014404 e REP-12/00376967, ambos do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.¹¹⁷

Bittencourt (2002, p. 438) chama atenção para a má técnica do dispositivo, incluído no capítulo das “Disposições Finais e Transitórias”, o que na prática “só traz problemas, uma vez que os aplicadores da Lei, notadamente os agentes públicos designados para levar a efeito as licitações, não se reportam aos textos salpicados na Lei”.

Para Mukai (1993, p. 95/96; 2006, p. 216), a norma é absolutamente necessária:

Tendo então o autor daqueles projetos exclusividade na sua divulgação e utilização, era natural que a administração, ao contratar o projeto, pagá-lo ou premiá-lo, tivesse a cessão desses direitos autorais. [...]

A disposição é decorrência natural da característica das obras imateriais, onde os dados da concepção e demais elementos, se não forem cedidos a quem delas irá utilizar-se, impedirão que se dê efetividade às suas finalidades.

Ascensão (2007, p. 94) lembra que em caso de obra coletiva (como é o *software*), para surtir efeito, a cessão deve abranger todos os co-autores, sob pena de resultar ineficaz com relação aqueles que não efetuarem a cedência.

¹¹⁷ Disponível em:

<http://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/Decisao/504014404_2692286.htm>

Já a Lei de *Software*, Lei n. 9.609/1998, determina, em seu art. 4º, 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 vínculo estatutário”.

Para uma compreensão adequada do problema, é necessário distinguir os direitos patrimoniais (econômicos) daqueles imateriais (personalíssimos). A proteção à autoria da obra intelectual, como criação do espírito humano, independentemente de registro é assegurada pela legislação (Lei n. 9.610/1998), que a considera inalienável e irrenunciável¹¹⁸. Já os direitos patrimoniais daí decorrentes são passíveis de contrato como quaisquer outros, podendo ser negociados livremente pelo seu titular, inclusive com a administração pública, sem que isso implique ilegalidade.

No tocante à vedação do art. 111 da Lei n. 8.666/1993, Justen Filho (2009a, p. 894) admite a mitigação da norma pelo princípio da proporcionalidade para impedir que se inviabilize o negócio. Para tanto, faz-se necessária a previsão no edital:

A regra deverá constar do ato convocatório. Não se exige a transferência para a Administração dos direitos atinentes à autoria, mesmo porque esses direitos são personalíssimos. A exigência legal envolve os direitos de aproveitamento econômico ou de utilização. Desse modo, evita-se que o autor invoque seus direitos imateriais para obstaculizar a utilização do projeto pelo Estado. [...] É evidente que a regra tem que ser interpretada em termos, segundo o princípio da proporcionalidade. É obrigatória a observância do preceito somente se a

¹¹⁸ Nesse sentido, ver a tese de Areas (2010), especificamente no tocante à contratação de *software*.

aquisição dos direitos patrimoniais correspondentes não importar elevação do custo a ser desembolsado pela Administração. O que se pretende é 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. Mas é evidente que a exigência de transferência dos direitos patrimoniais poderia acarretar a inviabilidade do negócio. Basta imaginar um exemplo, relacionado com aquisição do direito de utilização de programa de computador. É evidente que nenhuma empresa transnacional nessa área se disporá a ceder à Administração Pública brasileira os direitos de utilização exclusiva de programas.

Realmente, não é razoável exigir que o autor de um livro recente e atual a ser utilizado na rede pública de ensino, por exemplo, fique obrigado a renunciar a qualquer privilégio sobre a obra e seja impedido de utilizar o mesmo material para outros fins editoriais. Ver-se-ia a rede pública na impossibilidade de se valer de produtos que ainda tenham valor de mercado, obrigada a recorrer apenas a material que esteja disponível ao domínio público?

Acrescente-se a isso a extrema limitação das hipóteses de *fair use* atualmente em vigor na legislação autoral brasileira (art. 46, da Lei 9.610/1998; art. 6º, da Lei 9.609/1998), que apenas permite, por exemplo, o uso de pequenos trechos de obras para fins didáticos e a cópia de segurança do *software*, dentre outras poucas exceções.

O mesmo comando legal impediria a utilização de qualquer descoberta farmacológica recente pela saúde pública, ou até mesmo a utilização dos programas de computador mais difundidos em qualquer órgão público, sem que fosse cedido o código-fonte. As empresas detentoras dos direitos de tais inovações, que muito investiram no processo de criação, certamente não concordariam em celebrar contratos

diante de condições que as impedissem de seguir comercializando seus produtos no mercado, ou então cobrariam preços elevadíssimos para tanto.

Observe-se que a contratação de bens e serviços de informática está regulamentada pelo art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, e pelo Decreto n. 1.070, de 02 de março de 1994; que determina que seja adotada a modalidade de licitação “técnica e preço”, salvo nos casos de convite, onde o tipo poderá ser substituído (TOLOSA FILHO, 1995, p. 50).

Embasado em precedente do Tribunal de Contas da União, Justen Filho (2009a, p. 894) afirma que o tratamento dado à matéria pela Lei de Direito Autoral, posterior à Lei de Licitações, impede que sejam feitas exigências dessa natureza, o que se aplica a projetos técnicos especializados, mas também a quaisquer direitos de propriedade intelectual:

Atualmente, em decorrência da entrada em vigor da Lei 9.610/98, o direito de autor passou a pertencer exclusivamente ao criador da obra intelectual, vez que a norma foi omissa quanto às obras feitas sob encomenda. Assim, para preservar o interesse da Administração, que atua como contratante, se faz necessária a expressa transferência desses direitos. Dessarte, ao encomendar uma obra, deverá a entidade ter o cuidado de fazer integrar no instrumento contratual a maneira como se dará a transferência dos direitos patrimoniais do autor, pois, caso contrário, se não houver previsão expressa, os direitos permanecerão sob a titularidade do autor. [...] Cabe à Administração pactuar a transferência dos direitos patrimoniais do autor sempre que tal medida se mostrar necessária à defesa do interesse público, estendendo-se o comando do art. 111 da Lei 8.666/93 a toda contratação de obra intelectual sujeita a proteções legais conferidas ao autor

(TCU, Acórdão n. 883/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira).

No Acórdão n. 883/2008, da lavra do Min. Guilherme Palmeira, único precedente acerca do dispositivo no Tribunal de Contas da União, encontram-se orientações a respeito da proteção da obra produzida no seio da administração, “desde que constitua trabalho original, fruto da expressão criativa do seu autor”. Sendo servidor público o autor, afirma que “não é lícito que agentes do Estado possam auferir benefícios privados decorrentes diretamente do exercício de suas funções”, o que já não ocorre se a obra for produzida por terceiros, caso em que a transferência deverá ser pactuada “sempre que tal medida se mostrar necessária à defesa do interesse público”.

Em sentido contrário, Pereira Júnior (2002, p. 909) defende uma posição mais conservadora e afirma que a exigência é obrigatória em função do interesse público envolvido na contratação:

O princípio de direito financeiro consagrado no art. 57, caput, e §3º, preside o disposto neste artigo. Com efeito, se o autor de projeto ou serviço técnico especializado retivesse, ou transmitisse a seus sucessores, os direitos patrimoniais decorrentes de sua obra criadora contratada pela Administração, poderia cobrá-los enquanto esta dela fizesse uso e até que caísse no domínio público. Ao contratar, no entanto, a Administração deve fazer corresponder o valor do contrato ao exercício financeiro e está impedida de fazê-lo por prazo indeterminado, o que ocorreria se o autor não cedesse tais direitos. Ademais, a Administração necessita de flexibilidade para proceder aos ajustamentos que a execução do contrato demonstrar convenientes para o interesse público. E até depois de executado o contrato, para atender a necessidades públicas supervenientes, que se alteram. Tampouco estaria autorizada a modificar o projeto

sem o consentimento do autor, dada a natureza personalíssima da obra artística ou intelectual (inalienável como emanção da personalidade), se este já não houvesse a tanto aquiescido, nos termos do regulamento do concurso e do resultante contrato.

Para fundamentar seu ponto de vista, traz a polêmica envolvendo o Município do Rio de Janeiro e o autor do projeto arquitetônico do sambódromo, que se opôs a modificações na obra invocando direitos de autor em ação popular (PEREIRA JUNIOR, 2002, p. 909/910).

Já no raciocínio de Pereira (2008, p. 2/3), o interesse público é justamente o ponto a ser observado no tocante à necessidade ou não da cessão, pois “haverá situações em que a exigência de cessão dos direitos patrimoniais pode conduzir a resultados contrários ao interesse a ser protegido pela Administração”.

Se o custo da aquisição vier a ser elevado em razão da exigência de aquisição dos direitos patrimoniais, ou mesmo o negócio puder ser inviabilizado em função disso, é possível uma mitigação da regra com base no princípio da proporcionalidade, como recomenda Justen Filho (2009a, p. 894).

Mas a questão vai muito além do preço da mercadoria. O que se evidencia é uma desatualização do texto da Lei 8.666/1993, pois, repetindo o texto da legislação anterior, impõe a exigência da cessão dos direitos e privilégios do autor, ao invés de permitir sua negociação pela administração pública mediante contrato, sempre respeitados os imperativos do interesse público.

Veja-se que desde a época da edição da Lei de Licitações, a utilização de programas de computador pelo governo cresceu

significativamente, como também aumentou a importância econômica e social dos direitos de Propriedade Intelectual. O desenvolvimento dos programas de computador para a administração, da mesma forma, atualmente decorre muito mais de contratos de prestação de serviço do que de compra ou licenciamento.

Assim, uma alteração da norma do art. 111 da Lei de Licitações que, ao invés de exigir a cessão, permitisse aos gestores públicos dispor dos direitos patrimoniais conforme melhor convier aos envolvidos, facultando inclusive a exploração do produto no mercado pelo seu desenvolvedor, e até mesmo – por que não – obter retorno econômico para a administração pública, na medida em que esta tiver participado dos custos de desenvolvimento.¹¹⁹

Para Almeida (2013, p. 2) o interesse público não justifica a aquisição de direitos patrimoniais do *software* se “por licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em direito, atingiria sua pretensão: a do uso”.

Dessa forma, a falta de previsão legal para um tratamento racional acaba gerando desperdício, não só pelo lado da administração pública, que se vê obrigada a pagar por uma transferência de direitos que não lhe interessam; mas também do lado das empresas privadas, que ficam privadas da comercialização do produto, como ocorreu no caso da urna eletrônica.

Uma premissa é certa: ainda que a obra seja resultante de encomenda (contrato de prestação de serviços), o regime da Lei 9.610/1998 não permite afastar o direito personalíssimo do autor ao crédito pela sua criação, em especial se for desenvolvido por terceiro

¹¹⁹ Ver Anexo II.

estranho à administração. O mesmo irá acontecer quando a inovação surgir dentro da administração, independentemente da publicação de editais ou mesmo de contratação prévia dispondo sobre os direitos patrimoniais, e não é por isso que deixará de ser aproveitada em prol da coletividade.

Por isso, a questão que se coloca envolve a titularidade desses direitos e a possibilidade de sua gestão através de livre pactuação pelo Poder Público, que precisa de regulamentação específica de modo a permitir a busca de novas formas de contratação, que permitam o aproveitamento do uso econômico desses bens.

Essa proposta consta nas conclusões da Tese, e pode ser conferida no Anexo II, onde se encontra sugestão de redação substitutiva da atual regulamentação constante na Lei de Licitações e Contratos, atualizando-a dentro das premissas aqui expostas.

3.3.4 A ADIn 3059 e a questão do *software* livre na administração pública

Dentre os programas criados especificamente para as finalidades da administração, merece menção o debate estabelecido entre o uso do *software* livre ou a compra de *software* proprietário pelo Estado, em razão das elevadas somas que envolvem esse tipo de contratação.

Trata-se, na verdade, de um método de comercialização dos programas de computador que não é de forma alguma gratuito. Para

Barbosa (2010, p. 2040), a grande diferença de um *software* livre para o *software* proprietário consiste na difusão do código-fonte do produto. Enquanto comercialmente os programas de computador são oferecidos apenas na forma executável, unicamente compreensível pelo computador, os *softwares* livres são oferecidos juntamente com seu código-fonte, num modelo de trabalho colaborativo que se submete aos seguintes preceitos básicos:

[1] os utilizadores podem livremente usar o programa para qualquer fim

[2] podem eles examinar o programa para entender seu funcionamento

[3] podem, além disso, destruir livremente o programa

[4] podem, por fim, aperfeiçoar o programa livremente

Para Adolfo (2008, p. 285), a complexidade do tema é tanta que seria suficiente para uma obra apenas sobre o assunto, diante de tamanhas perspectivas de transformação que produz, não apenas em torno do Direito Autoral, mas no seio da própria sociedade da informação¹²⁰. Não obstante, o relevante para o presente trabalho é o que diz respeito à discussão acerca da sua aplicabilidade na administração pública.

Diversos argumentos são enumerados por Roy (2005, p. 191-192) no sentido de reconhecer o interesse, e mesmo a necessidade, do uso de *software* livre na administração: deve ser acessível a todos os cidadãos de maneira idêntica, de modo a respeitar os princípios da

¹²⁰ É um movimento que tenta transformar as bases do Direito Intelectual, forjadas no século XIX, com base em uma realidade totalmente distinta da atualmente vivenciada, que, mesmo assim, mantém-se praticamente inalterada. Surgiu como forma de contrapor um modelo alternativo ao do domínio muitas vezes absoluto do mercado por determinadas empresas (ADOLFO, 2008, p. 285). Ver também: Lessig (2005) e Xifaras (2010).

igualdade e da não exclusão e, por isso, devem possuir uma difusão suficiente para os usos que lhe são atribuídos; as questões orçamentárias envolvendo o alto custo dos *softwares* privados e suas respectivas atualizações, destacando o papel do Estado como principal agente no mercado; a possibilidade de atualização e modificação do programa, de acordo com as necessidades públicas, sem precisar de autorização do titular do código-fonte, o que permite a fixação de cláusulas específicas para o melhor funcionamento do mercado público em matéria de informática.

Para Ferraz Jr. (2007, p. 262-263), o Estado exerce influência no mercado, como produtor e consumidor de *software* e também por seu papel regulador econômico. Por essa razão, tamanha a importância da opção que venha a fazer:

Trata-se aqui de uma oposição entre regimes jurídicos distintos para uso de programas de computadores. Como se sabe, o programa de computador é protegido como direito de autor, equiparado às obras literárias (Lei 9.609/98, art. 2º). Essa proteção abrange tanto o programa escrito em linguagem natural, que constitui um conjunto de comandos direcionados para produzir determinada operação na máquina (computador), chamado de código-fonte, quanto o programa compilado em linguagem de máquina para ser executado, chamado de código-objeto. No exercício desse direito na forma “proprietária”, o titular autoriza somente a execução do programa na máquina do licenciado (somente lhe dá acesso ao programa já em código-objeto), enquanto no exercício “livre” o licenciado tem acesso ao código-fonte e tem a liberdade de estudar, copiar, distribuir e desenvolver o programa para adaptá-lo ou dirigi-lo a novas soluções.

Dentro desse papel regulador (art. 174, da Constituição), o governo brasileiro tem tomado uma série de iniciativas para implementação do *software* livre, no intuito de racionalizar os gastos com programas de computador, como: o Decreto Presidencial de 18 de outubro de 2000¹²¹, que cria, no âmbito do Conselho de Governo, o Comitê Executivo do Governo Eletrônico; o Decreto 29/2003, que instituiu o Comitê Técnico de Implementação de *Software* Livre; e a Instrução Normativa n. 4, de 19 de maio de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, incentivando a utilização de *softwares* disponíveis no Portal do *Software* Público.¹²² Dentre as principais entidades participantes do programa estão Banco do Brasil, Exército Brasileiro, Conab, Serpro, Dataprev, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Caixa Econômica Federal, Ministério da Educação e muitos outros.

A intenção é que a administração pública somente adquira programas com cláusulas de licenciamento que lhe permitam usar, estudar o código fonte, copiar, modificar e redistribuir o programa a terceiros (FERRAZ JR., 2007, p. 264).

Com relação ao uso no processo eletrônico, a Lei 11.419/2006 não obriga a utilização de código aberto, apenas recomenda, no art. 14, que seja utilizada preferencialmente essa forma, priorizando a sua padronização. A questão, para Sodré (2011, p. 139), reveste-se da maior importância: “Basta consignar que um dos fatores que fez com que a internet se desenvolvesse com tamanha rapidez e eficiência foi a

¹²¹ Brasil (2000).

¹²² Para mais informações, acesse: <<http://www.softwarelivre.gov.br>>.

circunstância de ela ter sido operacionalizada, desde a sua concepção, a partir de códigos abertos”.

Nessa mesma linha, o Estado do Rio Grande do Sul promulgou Lei Estadual n. 11.871, de 19 de dezembro de 2002, prevendo a contratação exclusiva de *software* livre no âmbito da administração pública daquele Estado.

Em 15 de abril de 2004, o STF suspendeu o mencionado diploma em decisão liminar na ADI n. 3.059 MC/RS, movida pelo partido Democratas. Da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto, contém ela o seguinte teor:

[...] no âmbito objetivo da lei estadual guereada, o que se fez foi uma tão declarada quanto antecipada preferência por um tipo de produto eletrônico: o *software* da espécie aberta ou completamente isento de restrições proprietárias. Logo, a própria lei estadual a excepcionar o caráter isonômico da licitação para se substituir à Administração Pública na emissão de um prévio e superior juízo de prestimosidade de um determinado bem informático ante os demais concorrentes. Que são concorrentes sabidamente numerosos e igualmente caracterizados por crescente sofisticação tecnológica de seus produtos. Corresponde a dizer: a lei mesma é que se encarregou de criar uma preferência e assim antecipar uma avaliação administrativa concreta ou empírica; avaliação traduzida na presunção de que um dado *software* satisfaz melhor aos interesses da Administração do que os outros. [...] Que o *software* de sua declarada preferência pode até ser o que melhor consulta aos interesses da Administração, em termos de preço, técnica e gradativa apropriação autóctone de uma tecnologia reconhecidamente de ponta, entre outras vantagens comparativas. Mas todas essas virtudes só podem ser aferidas é no processo mesmo do certame em que a licitação consiste (BRASIL, 2004).

Requereram habilitação no feito entidades como a Associação Brasileira das Empresas de *Software*, a Associação das Empresas de Tecnologia da Informação, *Software* e Internet e o Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática, que juntaram pareceres e requereram sua admissão no feito na qualidade de *amici curiae*, o que foi deferido pelo relator. Em 31-10-2012, após o voto do Relator, Ministro Ayres Britto, então Presidente daquela Casa, julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux.

Não é o objetivo aqui fazer qualquer comparação entre os modelos livre e proprietário de *software*, nem questionar qual seria o melhor modelo a ser adotado pelo Estado brasileiro, o que também renderia mais uma tese. Tampouco se pretende levantar polêmica sobre questão que se encontra *sub judice*, mas alertar para os reflexos disso nos contratos em vigor e naqueles que vierem a ser celebrados até a decisão final.

Cabe, porém, registrar a atualidade e a pertinência desse debate e, mais uma vez, lamentar a inexistência de diretrizes legais que disponham acerca do status jurídico dos programas de computador adquiridos ou desenvolvidos pela administração pública. Novamente o que se vê é um problema isolado aguardando decisão da Justiça brasileira por falta de normas específicas em vigor no País. E mais: quando uma administração local tenta regular a matéria, essa regulamentação é suspensa em sede de controle de constitucionalidade. Isso aumenta ainda mais a relevância da decisão que virá.

Nesse contexto, algumas questões fatalmente terão que ser decididas. Como se dá a gestão do conhecimento produzido através de *software* livre pela administração? Pode ser distribuído livremente a

todos? São passíveis de comercialização? Quem se responsabiliza pelo seu uso?¹²³

No caso francês, a APIE recomenda expressamente¹²⁴ a cessão dos direitos autorais dos programas de computador à administração sempre que o Estado tiver pagado pelo desenvolvimento, podendo, inclusive, comercializar diretamente o programa ou receber um percentual da empresa desenvolvedora, caso essa venha a comercializá-lo, considerando razoável que o seu uso seja remunerado sempre que for utilizado para fins comerciais e assegurado o uso gratuito para fins públicos.

Para Ferraz Jr. (2007, p. 288), a opção da administração pela contratação de *softwares* em regime livre justifica-se pelo princípio da eficiência (art. 37, da Constituição) e também como ferramenta para promover a difusão do conhecimento e a busca da autonomia tecnológica, cabendo à discricionariedade do administrador a escolha do regime de contratação:

Constitui decisão do administrador definir qual o regime jurídico sobre o *software* que melhor atende o fim pretendido. Se o fim for simplesmente de consumo de uma solução de informática, basta o direito de execução do *software* em código-objeto. Se essa finalidade for a aquisição de um conhecimento, o regime deve incluir, no mínimo, a liberdade de estudar o código-fonte. Se a intenção for a obtenção, disseminação e desenvolvimento do conhecimento

¹²³ Caldas (2012, p. 40) discorre ainda acerca da invalidade da cláusula que prevê a exoneração de responsabilidade do desenvolvedor por danos decorrentes da utilização do *software* livre diante do art. 10, § 1º da Lei 9.609/98.

¹²⁴ Para mais informações, acesse: <http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/apie/page-publications/pilotage/publications/La_comptabilisation_des_logiciels_et_bases_de_donnees_PA_01-2011.pdf>.

informático, o regime deve permitir ademais a liberdade de copiar, modificar e redistribuir o *software*. Essa opção pode ser particular ou pode ser previamente definida em lei. Como vimos no item anterior, a opção pelo regime livre coaduna-se aos objetivos da política nacional de informática (FERRAZ JR., 2007, p. 292).

Já Torres (2004, p. 185 e ss.) faz forte crítica a essa política e argumenta que o Estado não pode impor a obrigatoriedade da renúncia ao direito autoral através de lei que interfira na esfera da autonomia privada e de direito da personalidade inalienável e irrenunciável como é o direito autoral. Afirma ainda que o modelo de software livre seria anticompetitivo e, num longo prazo, prejudicial para a economia.

Mesmo Roy (2005, p. 209) reconhece que a fixação de cláusulas com referência ao uso obrigatório de software livre, em razão dos princípios da igualdade e da não discriminação dos operadores econômicos no mercado público, pode se tornar uma questão muito delicada em razão da proibição de se mencionarem especificações técnicas no edital, salvo aquelas estritamente necessárias para a execução, cuja especificação, quando autorizada, sempre deverá estar acompanhada da expressão “ou equivalente”.

A questão, como se vê, é bastante controversa e está longe de uma solução.

3.3.5 Documentos Oficiais e Domínio Público

Obras oficiais são aquelas que derivam de um órgão, uma autoridade ou uma repartição do Estado e também de uma instituição no âmbito do cumprimento de interesses públicos. Considerando que a livre reprodução de notas bancárias, moedas, selos postais, brasões ou outros sinais hierárquicos seria prejudicial ao interesse público, Hammes (2002, p. 55) faz as seguintes advertências:

O caráter de obra oficial só cabe a obras que claramente derivam de uma repartição pública ou esta é indicada como responsável. O fato de uma obra ter sido criada por autor particular não impede que se trate de obra oficial. A citação de obra privada em obra oficial não torna oficial o conteúdo da citação.

O art. 11 da Lei n. 5.988/1973 dispunha não serem aplicáveis estas restrições aos textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais (HAMMES, 2002, p. 104). Trata-se de exigência do interesse público, justificada pela necessidade de se levar à população o conteúdo das decisões da administração pública por força dos princípios constitucionais da publicidade, legalidade e impessoalidade.

Atualmente, a Lei 9.610/1998 traz idêntica disposição: “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: [...] IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais [...]”

O Código Civil de 1916, no art. 661, assim dispunha: “Pertencem à União, aos Estados, ou aos Municípios: 1. Os manuscritos de seus arquivos, bibliotecas e repartições. 2. As obras encomendadas pelos respectivos governos, e publicadas à custa dos cofres públicos.” E, no *parágrafo único*: “Não caem, porém, no domínio da União, do

Estado, ou do Município, as obras simplesmente por ele subvencionadas.” A Lei 9.610/98 repetiu a disposição no art. 6º: “Não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas”.

Comentando o dispositivo acima, Pontes de Miranda (2002, p. 143) faz a ressalva:

A *publicação* daqueles manuscritos de que falavam o Código Civil, art. 661, I, e a Lei n. 5.988, art. 5º, *parágrafo único*, desloca o escrito para a classe dos documentos *res communes omnium*. Quanto à regra jurídica do Código Civil, art. 661, II, havemos de advertir em que era dispositiva, e não cogente.

Discute-se se o uso por particulares de um interesse público qualificado acerca de um determinado interesse oficial poderia ser passível de proteção pelo direito autoral. Hammes (2002, p. 106) cita como exemplo a publicação de uma coletânea de decisões de um determinado magistrado. Em sentido contrário, Barbosa (2006, p. 133) afirma:

[...] também seria titularidade do Estado o eventual exercício de direitos patrimoniais de obras no domínio público. Note-se que temos aqui não um direito de exclusiva, que permitisse o Estado proibir utilização de obras, mas uma vinculação patrimonial ao uso de bens de livre acesso – mas não de acesso gratuito.

Num caso recente, um ex-funcionário do Senado Federal, Sr. Edward Pinto da Silva, processou a União Federal, pleiteando indenização por violação dos direitos autorais pela divulgação e veiculação da obra “Manual do Vereador” via internet, e distribuição aos municípios brasileiros em exemplares editados, sem que fosse

sequer identificada sua autoria. A União contestou, alegando tratar-se de obra oficial, que não se submete ao art. 7º da Lei 9.610/1998, já que o autor limitou-se a atualizar o texto elaborado em 1983 pelo Senador Henrique Santillo, no cumprimento de seu dever funcional na qualidade de consultor legislativo. Na sentença, proferida em 22 de agosto de 2011,¹²⁵ nos autos do Processo n. 0000433-72.2010.4.01.3400, o autor teve reconhecidos os direitos autorais, por ver obra sua publicada sem autorização pela gráfica do Senado, mas viu os valores da indenização pelo uso indevido limitados a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sob o argumento de que o material teria sido produzido durante seu trabalho na administração pública, reconhecendo-se a indenização pela omissão de seu nome nas publicações subsequentes. Atualmente, aguarda julgamento de recurso de ambas as partes no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

É mais um exemplo da falta de cuidado com as criações oriundas da administração pública, dessa vez na esfera do Poder Legislativo. O direito moral do servidor à indicação da autoria do trabalho foi desrespeitado e onerado o erário público com a imposição da condenação por conta dessa omissão.

Em casos como esse, Vivant e Maffre-Baugé (2002, p. 28) afirmam que, de forma similar ao direito de patentes, observa-se um Direito “que escapa ao autor”, contrastando fortemente com as regras tradicionais da propriedade literária e artística de raiz francesa. De acordo com Morand-Deville (2010, p. 333), as obras criadas pelos agentes públicos no exercício de suas funções são propriedades públicas

¹²⁵ Para acompanhar o processo, acesse: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/>>.

incorpóreas, e o agente público não pode reivindicar a propriedade da obra criativa mesmo que tenha sido realizada em desvio de suas funções.

Hammes (2006, p. 138) considera um avanço a possibilidade criada pela Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que permite soluções negociadas no contrato de trabalho ou de serviço, lembrando que algumas legislações preveem que o empregado deva ceder ao empregador o direito, resguardada a interpretação restritiva com as limitações de direito moral impostas às cessões pelo Direito Autoral.

Importante lembrar ainda que a Lei do Software, Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, também determina, no art. 4º, que os direitos relativos ao programa de computador desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário expressamente destinado à pesquisa e ao desenvolvimento do programa – 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, salvo estipulação em contrário – pertencem exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público.

3.3.6 Lei de Inovação e a Pesquisa Acadêmica

Outro setor público fortemente afetado pela Propriedade Intelectual são as universidades públicas. Existe uma grande discussão envolvendo o acervo das bibliotecas públicas, as criações e descobertas científicas nas universidades públicas, responsáveis por uma parcela significativa da pesquisa e inovação no país. Aproximar essas grandes

instituições do setor produtivo, dotando-as de maior poder de gestão é um grande desafio legal e até mesmo cultural.

Chang (2004, p. 61) destaca o papel do Estado norte-americano ao promover o desenvolvimento da indústria nacional, mesmo no período pós-guerra, mediante financiamento da pesquisa e desenvolvimento de inovações tecnológicas em áreas como a indústria de computadores, a aeroespacial e a da *internet*.

Na França, a Lei 2006-961, de 1º de agosto de 2006, cuidou de garantir a tutela dos direitos morais e patrimoniais nas obras criadas pelos agentes do Estado, assegurando-lhes a indicação da autoria. Ao Estado, ficou assegurado no art. 131-3-1 do Código de Propriedade Intelectual, o direito de preferência nas negociações envolvendo os direitos patrimoniais sobre a inovação, que podem ser negociados nas formas indicadas pelo Decreto 2009-151, de 10 de fevereiro de 2009 (VIVANT; NAVARRO, 2011, p. 233).

Trata-se de um importante incentivo à inovação. Uma vez que as instituições públicas são regidas pelo princípio da legalidade, somente uma alteração legal pode promover a mudança cultural necessária para a valorização e o fortalecimento do patrimônio imaterial da administração pública.

Cada vez mais se reconhece no mundo o importante papel desempenhado pelo setor público como vetor da inovação.¹²⁶ Essa atuação se dá indiretamente, como financiador, regulador do mercado e gestor, ou diretamente, com as instituições de ensino e pesquisa, e não

¹²⁶

Para mais informações, acesse: http://www.wipo.int/econ_stat/en/economics/gii/.

só como produtor da tecnologia, mas também como usuário final e importante consumidor dos produtos tecnológicos.

Sachs (2005, p. 24) recorda que, se boa parte da tecnologia é dirigida para o mercado, outra parte significativa acaba sendo incorporada pela administração pública na prestação dos serviços públicos:

Parte da ciência e tecnologia, que é geralmente o foco dos modelos de crescimento endógeno, acaba como tecnologias comercializadas usadas dentro do setor privado. Os progressos tecnológicos desse tipo são incorporados a bens e serviços produzidos por empresas privadas e comprados em última instância por consumidores e empresas particulares. Outra parte importante da ciência e tecnologia, entretanto, não aparece no setor privado, mas, principalmente, no fornecimento de bens públicos. Por exemplo, os avanços em meteorologia, previsão do tempo, química atmosférica, gerenciamento do meio ambiente, controle de doenças infecciosas, geologia (por exemplo, tectônica de lâminas) e inúmeras outras áreas contribuem para o abastecimento direto de bens públicos, como a previsão do tempo a longo prazo, o monitoramento e a detecção de terremotos, gerenciamento da qualidade do ar por agências públicas, a supervisão da saúde pública, a administração de navios pesqueiros, a proteção ao meio ambiente e semelhantes. Nesses casos, os usuários finais são, em grande parte ou exclusivamente, agências governamentais e outras organizações não comerciais.

Por isso, o financiamento público para as pesquisas ganha importância, seja através de encomendas públicas, seja por incentivos e descontos fiscais dados aos inovadores, num leque de apoios diretos ou indiretos à pesquisa e ao desenvolvimento que levam à inovação. Rémiche (2005, p. 75) destaca ainda como motor da inovação a

importância da concorrência e a necessidade de a empresa conquistar e manter seus mercados.

Assim, os diferentes tipos de contribuição atuam conjuntamente na produção da inovação, como reflete Sachs (2005, p. 25), combinando atores privados e atores públicos: “Entre os inovadores, encontram-se empresas privadas, laboratórios governamentais e instituições acadêmicas sem fins lucrativos. De maneira crescente, as inovações emergem da interação complexa dos três setores”.

Castells (1999, p. 220) também destaca o papel das alianças corporativas estratégicas, em especial envolvendo as indústrias de alta tecnologia, que segundo ele ocupam um lugar de ponta na vasta rede de acordos e *joint ventures* em que a maioria das grandes empresas está ligada entre si e com os governos:

O acesso a mercados e a recursos de capital é frequentemente trocado por tecnologia e conhecimentos industriais; em outros casos, duas ou mais empresas empregam esforços conjuntos para desenvolver um novo produto ou aperfeiçoar uma nova tecnologia, em geral sob o patrocínio de governos ou órgãos públicos.

Outro pressuposto deve ser a atuação coordenada de todas as esferas estatais: “os direitos de propriedade intelectual são instrumentos para o desenvolvimento quando efetivos em cinco planos, que correspondem ao Legislativo, ao Executivo, ao Judiciário, aos aplicadores do direito (operadores) e aos agentes econômicos” (PIMENTEL; BARRAL, 2007, p. 30).

Em todas essas formas de atuar, o Estado age em nome do interesse público, mas não deixa de estar atuando no mercado. No

Brasil, tal atuação só pode se dar em nome do interesse coletivo, como determinam os arts. 218 e 219 da Constituição da República:

Ora, se presumimos a existência de um mercado impondo a necessidade de proteção da propriedade, há de se fazer com que esses interesses sejam compatíveis com a propriedade. Em nossa Constituição foi introduzido um dispositivo que afirma ser direito constitucional a proteção da propriedade intelectual. Em dispositivos diferentes fala-se da propriedade industrial e de direitos autorais. Quanto aos direitos autorais, não existe outra limitação senão a do uso social das propriedades. Quanto à propriedade industrial, existe, além disso, uma cláusula de finalidade. Não se concede a propriedade industrial, a patente, a marca, etc., simplesmente como um resultado de um direito natural, existente desde sempre, que seja intrínseco à natureza humana. A Constituição reza que a propriedade industrial existe para um fim específico, para o desenvolvimento tecnológico, social e econômico do País, não da humanidade, dos países em geral. Concede-se a propriedade das marcas, das patentes, dos cultivares, dos *softwares* e assim por diante, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento do País. Desenvolvimento social, tecnológico e econômico do país (BARBOSA, 2005, p. 143-144).

Isso revela a existência de um potencial enorme para a atuação do Estado no sentido da inovação e da criação tecnológica, atuação esta que deve estar, obrigatoriamente, pautada na valorização da Propriedade Intelectual:

Existe, portanto, em direito de propriedade intelectual um amplo espaço para a formulação de políticas públicas de incentivo à ciência e tecnologia, de promoção de acesso a medicamentos, de proteção da diversidade biológica, dos conhecimentos tradicionais, desenvolvimento da indústria de software e produção de microcomputadores, de

favorecimento de micro e pequenas empresas e mesmo de médias e grandes empresas, que se destacam em setores específicos. Para tanto, é necessária uma política específica, levando em conta as especificidades nacionais, num processo constante de formulação de políticas públicas, no qual a propriedade intelectual pode ser um importante instrumento (VARELLA, 2005, p. 231-232).

Para incentivar a participação no mercado da inovação, dos centros de pesquisa das universidades e dos criadores isolados, e para criar incentivos à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, o governo brasileiro editou a Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que regulamenta as questões de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País. A lei pretende viabilizar mecanismos de desenvolvimento tecnológico baseados na facilitação da relação entre empresas e instituições de pesquisa, além de indicar as incubadoras e parques como instrumentos úteis neste sentido.

Também apresenta diretrizes para a participação das ICT's (Instituições Científicas e Tecnológicas) e seus pesquisadores na propriedade intelectual e respectiva exploração comercial dos resultados obtidos nas atividades desenvolvidas em parcerias (art. 5º.), bem como sinaliza a possibilidade de estabelecimento de contratos de transferência de tecnologia e licenciamento de suas criações (art. 6º.).¹²⁷

¹²⁷ Art. 5º. Fica a União e as suas entidades autorizada a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.

Com esse diploma, surgiram várias instituições voltadas à pesquisa, e regulações locais com o mesmo propósito. Começa a surgir, nas universidades e instituições de ensino, uma cultura de gestão da Propriedade Intelectual. Pimentel (2006d, p. 186) destaca que os vultosos investimentos no desenvolvimento científico e tecnológico são provenientes de fundos públicos de fomento, sob a forma de doação ou investimento, ou de investimentos privados, que necessitam ser reembolsados.

Para Barbosa (2009, p. 654), a estratégia da Lei de Inovação é associar estímulos diretos à inovação pelo setor privado, como a cessão direta de recursos financeiros, infra-estrutura e pessoal, como transferência de recursos do contribuinte; o uso estratégico da capacidade inovadora das instituições em aliança com o setor privado; o uso do poder de compra do Estado, essencialmente através das compras

Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação.

Art. 6º É facultado à ICT celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida.

§ 1º A contratação com cláusula de exclusividade, para os fins de que trata o caput deste artigo, deve ser precedida da publicação de edital.

§ 2º Quando não for concedida exclusividade ao receptor de tecnologia ou ao licenciado, os contratos previstos no caput deste artigo poderão ser firmados diretamente, para fins de exploração de criação que deles seja objeto, na forma do regulamento.

§ 3º A empresa detentora do direito exclusivo de exploração de criação protegida perderá automaticamente esse direito caso não comercialize a criação dentro do prazo e condições definidos no contrato, podendo a ICT proceder a novo licenciamento.

§ 4º O licenciamento para exploração de criação cujo objeto interesse à defesa nacional deve observar o disposto no [§ 3º do art. 75 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996](#).

§ 5º A transferência de tecnologia e o licenciamento para exploração de criação reconhecida, em ato do Poder Executivo, como de relevante interesse público, somente poderão ser efetuados a título não exclusivo.

de tecnologias previstas no art. 20; e através da Lei 11.196/05, a renúncia fiscal.

Outro importante progresso trazido pela Lei de Inovação, n. 10.973/2004, é buscar promover uma distribuição mais equitativa, ao assegurar ao criador, no seu art. 13, participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos. Ao mesmo tempo, permite que haja disposição contratual acerca dos contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação (art. 6º), inclusive cláusula de exclusividade, desde que precedida de edital.

Tradicionalmente, a patente pertence exclusivamente ao empregador pelo regime do art. 88 da Lei 9.279/1996, podendo ele conceder participação na exploração dos ganhos econômicos (art. 89), garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa participação, se ficar constatado que houve contribuição pessoal de ambos (§2º do art. 91, da Lei 9.279/1996).

Ora, em tese toda relação entre pesquisador e universidade corresponde à simbiose conhecimento-capital, em que cada um contribui com a dotação que lhe pertence. Naturalmente, os dividendos advindos da exploração da patente teriam que ser divididos em parcelas proporcionais a todos aqueles que contribuíram com algum dos dois elementos no processo de surgimento da invenção. Então, como fica a possibilidade do produto final da pesquisa ser apropriado somente por um dos elementos da simbiose, ainda mais quando se trata de instituições públicas financiadas com recursos do Estado brasileiro? (VARELLA, 2005, p. 341).

Adotado o regime da Lei 10.973/2004, o Brasil busca incentivar os pesquisadores que atuam nas instituições públicas, compensando o nível de remuneração dos pesquisadores por suas inovações com o percentual de participação nos ganhos oriundos da exploração econômica das patentes obtidas em regime de dependência com essas instituições.

É uma legislação recente, que ainda deverá render muitos frutos. Mais do que isso, trata-se de um passo importante para se criar uma cultura de valorização do patrimônio público imaterial, depois de séculos focando-se apenas no patrimônio físico.

Há, sem dúvida, muito por fazer, e é isso que torna a tarefa ainda mais instigante e desafiadora, como tudo no campo da Propriedade Intelectual.

3.4. CONCLUSÕES FINAIS

O tratamento dado ao patrimônio público no Brasil historicamente está marcado pela ausência de preocupação com o aspecto imaterial. Toda a produção técnico-jurídica foca aspectos físicos, e mesmo a evolução do tratamento da Propriedade Intelectual no Direito ainda não repercutiu numa mudança de atitude dos administradores públicos brasileiros no que diz respeito aos ativos intangíveis do Estado.

Os diversos casos apresentados nesse capítulo procuram demonstrar as consequências negativas dessa falta de tratamento

adequado: insegurança jurídica e desperdício de recursos e patrimônio público, acarretando incontáveis prejuízos à administração pública e também ao patrimônio privado.

Os programas de computador desenvolvidos para uso na administração pública passam a integrar o patrimônio público, devendo a administração zelar pela sua utilização de forma racional e econômica. Não é o que tem acontecido com a compra de programas que não permitem a interoperabilidade, como se viu no caso do Processo Administrativo n. 416699-2011.0. Tampouco é o que tem acontecido com os bancos de dados da administração pública, cedidos gratuita e ilegalmente, muitas vezes com ofensa até mesmo à privacidade dos usuários e cidadãos.

No caso da Urna Eletrônica o que se viu foi o contrário: em nome de um contrato de exclusividade o inventor e o Estado brasileiro deixaram de dar aproveitamento econômico a uma criação exitosa e genuinamente brasileira que, com toda certeza, ainda pode vir a ter grande aceitação no resto do mundo.

Isso tudo evidencia as enormes dificuldades que envolvem a celebração de parcerias entre poder público e iniciativa privada no país. Tais inovações poderiam estar alcançando o mercado, rendendo divisas, lucro e receita pública.

Mas, pela falta de uma cultura de valorização da criação dentro da administração pública, e de ferramentas jurídicas adequadas para que essa valorização aconteça, essas criações acabam simplesmente “abandonadas” ou, pior, objeto de apropriação indevida por determinados setores.

O caso francês da Agência do Patrimônio Imaterial do Estado – APIE mostra que o Estado pode promover uma efetiva mudança no tratamento do patrimônio público imaterial, obtendo significativos resultados em relativamente pouco tempo. Para isso, além de alterações legais, foi promovida toda uma mudança de mentalidade dentro da administração, com a criação de novas formas contratuais e aproveitamento de mercados e espaços até então inexplorados pela esfera pública.

Essa é a ideia a que chegou o presente capítulo, e que se passa a desenvolver na conclusão do trabalho.

CONCLUSÃO

A riqueza não é mais material, mas imaterial. O conhecimento e a inovação são, sem dúvida alguma, as mercadorias mais valiosas nesse novo capitalismo “em rede” mundial.

Junto com a noção de riqueza, o conceito de propriedade também está mudando. Além da propriedade tradicional, já consagrada, a cada momento surgem novas formas especiais de aquisição na sociedade contemporânea. Por conta disso, ainda não é possível vislumbrar que feições assumirá o direito de propriedade no futuro. Tudo indica, porém, no sentido da valorização cada vez maior dos bens incorpóreos, do conhecimento e da informação.

Prova disso é a sofisticação cada vez maior dos direitos de Propriedade Intelectual, decorrente da adaptação da sociedade à massificação das formas de produção e à oferta tecnológica crescente, tendendo a facilitar as formas de sua transmissão por novas modalidades contratuais. O enorme potencial de proliferação das criações é significativamente facilitado com a adoção das novas tecnologias da informação, em especial a *internet*.

Por isso, a importância dos programas de computador adquire uma conotação especial, tanto como objeto privilegiado da nova economia (mercadoria) ou como ferramenta produtiva indispensável à nova forma de produção (instrumento). Sua proteção pelos Direitos da Propriedade Intelectual no Brasil com as Leis 9.610 e 9.609/1998 segue

as diretrizes globais recomendadas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Ainda assim, por se tratar de um objeto extremamente dinâmico e inovador, com uma proteção jurídica relativamente recente, novas dúvidas surgem a todo instante. Numa época em que o conhecimento e a produção de tecnologia adquirem valor maior do que a produção de bens e serviços, conhecer previamente o tratamento dado à Propriedade Intelectual dentro do complexo regime jurídico dos contratos administrativos no Brasil torna-se importante, tanto para os administradores públicos como para quem pretenda fazer negócios com a administração.

A dinâmica da administração pública também merece uma atenção especial. Após um longo período de predominância burocrática, consolida-se no final do século XX uma visão de governo pautada em resultados. Essa chamada nova administração pública caracteriza-se pela aplicação de técnicas de gestão trazidas da administração privada, buscando maior eficiência nos serviços públicos, e se consolida no Brasil com as reformas iniciadas nos anos de 1990 pela Emenda Constitucional n. 19/1998, seguida de ampla legislação infraconstitucional.

O forte crescimento do Poder Judiciário no período de consolidação democrática que sucedeu a Constituição de 1988 também exigiu a adoção dessas mesmas reformas, visando trazer maior eficiência também aos Tribunais, fortemente marcados por uma imagem de ineficiência e morosidade. A reforma do Judiciário é iniciada com a Emenda Constitucional n. 45/2004, e prossegue com a instalação do Conselho Nacional de Justiça a partir de 2005, que passa a promover

políticas públicas de âmbito nacional. Destacam-se dentre elas a adoção maciça das novas tecnologias da informação na gestão da Justiça, a quantificação dos processos, o planejamento com estabelecimento de metas, e a apuração de desempenho pela apuração dos resultados.

O abandono progressivo do processo em papel para chegar ao processo eletrônico, consagrado pela Lei 11.419/2006, ressalta a importância da tecnologia como ferramenta fundamental à gestão do Judiciário, implicando no uso e desenvolvimento de programas de computador cada vez mais sofisticados e customizados. A falta de uma diretriz central que, se não padronize os programas, ao menos uniformize a linguagem dos inúmeros *software* utilizados pelos diversos Tribunais brasileiros, acaba gerando desperdício e perda da análise da informação.

O pacto federativo brasileiro assegura autonomia político-administrativa aos entes federados, aí incluídos Tribunais Estaduais. Isso acaba reforçando o problema que, para ser superado, demanda um cuidado especial de gestão dos programas de computador pelo órgão responsável pela reflexão e planejamento do Judiciário. O único órgão com autoridade para impor essa padronização é o CNJ. Reforçando essa ideia tem-se a notícia do pronunciamento do seu Presidente, Ministro Joaquim Barbosa, no VII Encontro Nacional do Judiciário em 18/11/2013, conclamando os presidentes de Tribunais a adotarem o PJe.

Para que isso possa acontecer, é preciso classificar adequadamente os programas de computador dentro do patrimônio público, como resultado direto do investimento público. Estudando o vasto campo da dominialidade pública, identifica-se a existência do domínio privado da administração, onde a doutrina mais recente está

indicando para a necessidade de um tratamento racional e econômico adequado. Esse tratamento deve permitir inclusive a alienação, e outras formas de cessão gratuita ou onerosa, de maneira consentânea com a preservação do interesse público, em respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência.

O patrimônio público intangível é reconhecido tanto pela doutrina como pela legislação constitucional e infraconstitucional. Os bens incorpóreos integram o patrimônio público e com isso recebem a proteção do Estado. Além disso, a criação de inovações dentro da administração pública é cada vez mais frequente, o que se evidencia principalmente com o uso das novas tecnologias da informação. Verificam-se inovações constantes na área de pesquisa e desenvolvimento tecnológico, nas instituições de ensino superior, no fomento da atividade agropecuária, na extração de petróleo e minérios, na aviação civil e militar, na segurança pública e na defesa, e em tantas áreas controladas direta ou indiretamente pelo setor público, todas a demandar atenção e proteção estatal.

O exemplo da criação da Agência do Patrimônio Imaterial do Estado na França mostra como é possível fazer a gestão racional e promover o uso econômico desses ativos intangíveis. Um exemplo exitoso de valorização do patrimônio público imaterial, que abrange desde marcas públicas, obras literárias e artísticas, direito de imagem de castelos e monumentos nacionais, indicações geográficas, bases de dados, *software*, *savoir faire* e clientela comercial.

Evidentemente que o modelo centralizado francês apresenta inúmeras vantagens para que ocorra essa gestão através de um único organismo administrativo. Contudo, o Direito Administrativo daquele

país possui muitas semelhanças com o brasileiro, em especial a sujeição ao princípio da legalidade. Através de uma regulamentação bem construída, poder-se-ia eleger critérios gerais para um maior cuidado com o patrimônio público intangível a serem observados em todas as esferas da administração direta e indireta, local, regional e federal.

Os diversos exemplos apresentados ao longo do terceiro capítulo procuram demonstrar como a falta de regulamentação e de cuidado devido da administração para com o patrimônio público intangível acaba gerando insegurança jurídica, em razão do tratamento casuístico e na maior parte das vezes judicializado; desperdício do patrimônio público, por conta de compras incompatíveis e projetos de desenvolvimento sobrepostos; e inevitáveis prejuízos financeiros, tanto na esfera pública, como na particular.

O caso do Processo Administrativo n. 416699-2011.0 do TJSC mostra a necessidade urgente de padronização dos programas de computador usados pelo Poder Judiciário. Além disso, indica a necessidade de atualização da Lei 8.666/1993, escrita muito anteriormente ao fenômeno informacional, e que se tornou anacrônica diante da valorização da Propriedade Intelectual, dos novos modelos de negócio envolvendo o desenvolvimento de programas de computador, e da parcela significativa do mercado ocupado por esse tipo de produto.

O art. 111 da Lei de Licitações, e seu parágrafo único, gera um desequilíbrio na relação com os particulares ao impor a total transferência dos direitos patrimoniais do autor/criador, de modo que muitas vezes acaba sendo relativizado em nome do princípio da proporcionalidade, como no caso dos programas de computador.

Se for assegurado à administração o acesso aos códigos-fonte, para que possa promover as modificações necessárias no programa adquirido, não há necessidade de impor a transferência de direitos, e nem tampouco impedir o desenvolvedor do *software* de continuar comercializando o produto no mercado, o que apenas encareceria a compra pública, como se viu. Em outras palavras: a questão não é de titularidade, mas de acesso. Mesmo porque é forte a corrente que reconhece a inafastabilidade, no Brasil, dos direitos morais do autor aos programas de computador.

Por outro lado, é perfeitamente viável que as futuras licitações e contratos administrativos prevejam a possibilidade de uso compartilhado dos programas de computador adquiridos pela administração pública entre outros órgãos públicos, especialmente em se tratando de programas desenvolvidos para uso da administração pública – esse uso compartilhado de uma finalidade pública e sem envolver particulares ou qualquer fim lucrativo. A questão aqui é de compartilhamento e colaboração em prol do interesse público.

Para isso, contudo, deverá ser levado em conta quem arcou com os custos do desenvolvimento do *software*, se houve colaboração entre o Estado e a empresa nesse papel criador, se houve contratação de serviços, dentre tantas outras variáveis. Uma maior liberdade contratual reduziria o desequilíbrio entre público e privado decorrente do regime da Lei de Licitações, e ainda permitiria assegurar cláusulas mais favoráveis ao interesse público, como inclusive a repartição de lucros no caso de comercialização com terceiros.

Já o caso da Urna Eletrônica mostra exatamente esse outro lado da moeda: a possibilidade de exploração econômica da inovação criada

por encomenda da administração pública que se encontra truncada por ação do próprio Estado. Ainda que se trate de levar o produto ou a solução desenvolvida para outros países, não há nenhum sentido em restringir a divulgação de criações oriundas da administração, simplesmente por uma imposição legal ou pela interpretação extensiva da cláusula contratual que só previa a exclusividade no território nacional. O Estado brasileiro deve ter o maior interesse em levar tais inovações de sucesso para outros países, estimulando a indústria nacional e por consequência a arrecadação e a criação de empregos, ainda que se possa garantir uma parcela de retorno dos investimentos em nome do interesse público.

Não se vê qualquer menção à possibilidade desse tipo de parceria entre Estado e iniciativa privada na maior parte dos estudiosos do Direito Administrativo, mesmo na atualidade, como mostra o trabalho de Floriano Marques Neto.

Considerando-se os ativos intangíveis como um importante fator de desenvolvimento, e ainda uma fonte promissora de receitas para o Estado, deve-se buscar um tratamento jurídico e econômico adequado para a matéria. O uso eficiente dos recursos públicos deve ser visto como prioridade nacional. Para isso, são necessários institutos jurídicos que favoreçam o melhor aproveitamento desse patrimônio, da mesma forma que se procura reduzir a burocracia e o desperdício na máquina pública.

Uma alteração legislativa que favoreça a valorização e a pactuação dos ativos intangíveis da administração pública, acompanhada de um esforço para mudar a forma como é visto esse patrimônio poderia

surtir excelentes resultados. A elaboração dessas ferramentas é tarefa dos estudiosos do Direito.

Os outros exemplos igualmente reforçam essa hipótese.

A ADIn n. 3059, tratando de lei que impõe o uso de *software* livre pela administração pública do estado do Rio Grande do Sul demonstra a importância de elaborar uma regulamentação que possibilite padronizar, no mínimo, as linguagens dos *software* utilizados na administração pública. Além de ser se é possível impor legislativamente um modelo de código, livre ou proprietário, pode-se questionar ainda outro tipo de preferência: nacional ou estrangeiro. Considerar o *software* como modelo de serviço terceirizado mais importante do que a obtenção da licença, como indica a parte final da pesquisa da ABES (2013), pode ser uma possível solução para esse impasse, enquanto se aguarda o pronunciamento judicial. Cabe lembrar que o desenvolvimento de *software* não é atividade fim da administração, o que torna perfeitamente lícita essa forma de contratação, desde que atendidos os requisitos legais.

O caso da reimpressão de material bibliográfico pelo Senado Federal com violação dos direitos autorais pela divulgação, veiculação e distribuição de obra sem que fosse identificada a autoria, serve para demonstrar como acontece o descuido com questões básicas de Propriedade Intelectual, mesmo na mais alta esfera do Poder Legislativo, gerando inegável prejuízo para a administração que foi condenada a reparar o dano causado ao autor.

A Lei de Inovação, tratando de pesquisa acadêmica procurou demonstrar que é possível, sim, a união de esforços entre o poder público e a iniciativa privada para produzir inovação, preservando os

direitos de Propriedade Intelectual, estimulando o mercado e trazendo retorno para governo e pesquisadores. Mesmo que para isso seja necessário criar toda uma cultura de novas práticas entre gestores e procuradores públicos ainda não habituados a lidar com esse tipo de parceria.

Como foi dito na introdução, muitos outros exemplos poderiam ser explorados para alertar a necessidade de cuidado com os direitos imateriais da administração pública, como a cessão dos direitos relativos à Copa do Mundo de 2014; os direitos de transmissão do Carnaval do Rio de Janeiro e de outras grandes cidades; o uso do acervo da Biblioteca Nacional para fins públicos ou privados; os direitos decorrentes do uso de teatros e salas de concerto da administração; o acervo de museus e monumentos públicos.

O rol de programas de computador desenvolvidos para a administração pública é igualmente extenso: *software* utilizado pela polícia para cadastro e identificação de armas, veículos e cidadãos; prontuários médicos *on line* na rede pública; o recente caso envolvendo a cessão da base de dados do Tribunal Superior Eleitoral (ESTADÃO, 2013d); a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, regulada pela Medida Provisória (MP) n. 2200-2, de 24 de agosto de 2001; programas de controle de tráfego aéreo utilizados pela aviação civil; programas com informações meteorológicas fornecidos por estatais na área de pesca e agricultura, etc.

Estes temas deixaram de ser abordados por limitação de tempo e de espaço e, principalmente, para não fugir do tema da tese.

De tudo isso, algumas orientações podem ser extraídas a título de conclusão deste trabalho, para contribuir com o serviço público e iniciar uma cultura de valorização do patrimônio público intangível.

O primeiro passo para isso é valorizar o conhecimento gerado pelos servidores públicos ou contratados a qualquer título pela administração. O elemento humano e toda a sua experiência é, sem dúvida, o maior patrimônio de qualquer instituição, e saber valorizar corretamente as pessoas implica investimentos em capacitação e formação continuada. Bons advogados e bons procuradores públicos podem facilitar essa transição e orientar a construção teórica de novas formas de contratos e parcerias.

Mais do que isso, é possível estimular a criatividade através da participação dos pesquisadores e inovadores nos resultados econômicos que possam surgir da proteção jurídica aos conhecimentos científicos e tecnológicos que resultarem do seu trabalho. Para isso, a legislação brasileira já deu o primeiro passo com a Lei 10.972/2004, que permite a disponibilização de até um terço dos ganhos futuros a título de premiação aos criadores, mas é preciso levar esse entendimento às demais esferas da administração pública.

O segundo ponto é a promoção de uma conscientização do assunto e a produção de uma mudança cultural. Para alcançá-la, devem ser aliados elementos como a formação continuada que apresente o tema da Propriedade Intelectual aos gestores e encarregados das áreas tecnológicas, científicas e jurídicas e a regulamentação jurídica da matéria junto ao setor público. A formação de uma cultura voltada para a solução de problemas, a economia e a otimização na utilização de

recursos públicos, solicita a proteção das inovações por meio dos direitos de Propriedade Intelectual.

Em terceiro lugar, e não menos importante, vem a necessidade urgente de regulamentação da matéria. Estando a administração pública vinculada ao princípio da legalidade estrita, haverá muita resistência ao tratamento econômico do patrimônio público intangível enquanto não estiver regulamentado pela via legislativa. A cultura da administração burocrática ainda é muito forte, com a resistência às formas de inovação, o que se evidencia com o uso das novas tecnologias.

É preciso atualizar a Lei de Licitações, ao menos com a reformulação do art. 111, erroneamente colocado nas disposições finais e transitórias. A cessão obrigatória dos direitos de Propriedade Intelectual muitas vezes contraria o interesse público. Seria apropriado estabelecer uma cláusula geral obrigando a dispor acerca de direitos patrimoniais de Propriedade Intelectual, de modo a preservar o interesse público e permitir a livre iniciativa e o mercado, respeitando os direitos morais dos autores. Uma relativa liberdade de pactuar, nos moldes estabelecidos pela Lei 10.972/2004, extensivo para as demais esferas da administração pública brasileira seria um avanço importante. A título de contribuição, no Anexo II ao final deste trabalho, encontra-se proposta de redação substitutiva ao mencionado art. 111 que contempla os pontos aqui mencionados.

O restante da regulamentação poderia vir através de decretos regulamentadores dos chefes dos respectivos poderes, ou ainda da preciosa orientação dos Tribunais de Contas. Apesar de deterem competência constitucional para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da

administração direta e indireta, a pesquisa demonstrou que essas Cortes muito pouco decidiram até agora em questões relacionadas à Propriedade Intelectual do Estado.

Diante das já mencionadas dificuldades decorrentes da forma federativa adotada pelo Brasil, não se acredita que a criação de um órgão burocrático a exemplo do modelo francês representasse uma contribuição efetiva. Seria mais um departamento governamental a centralizar as informações em Brasília, com as consequentes dificuldades de acesso num país com dimensões continentais.

É preferível valorizar uma forma simples e eficaz de disseminação do conhecimento, com a ampla comunicação entre os agentes públicos em banco de dados *on-line*, e obrigatoriedade de divulgação prévia e necessária de qualquer projeto na área tecnológica a ser apresentado para financiamento público. A formação de um cadastro público de criações e ativos intangíveis certamente vai evitar a “reinvenção da roda” e tantos desperdícios inadmissíveis por falta de comunicação nos dias de hoje.

Mais um fator a ser observado é a cooperação, a promoção de acordos nas relações entre as instituições públicas e privadas. Sabendo que não é função do Estado, principalmente da administração direta, o desenvolvimento de programas de computador ou de outras soluções tecnológicas que se fazem necessárias a todo momento, a realização dessas parcerias irá incentivar a inovação se, como consequência direta, criar um mercado na área das utilidades públicas. Uma titularidade compartilhada dessas inovações, mediante ajuste contratual prévio, permitiria a colocação de tais bens no mercado, sem que se subtraíssem ao patrimônio público. A doutrina dos bens patrimoniais da

administração permite inclusive o seu aproveitamento econômico e racional pelo Estado.

Conclui-se que a proteção adequada dessas inovações pela Propriedade Intelectual, como ativos intangíveis da administração pública é essencial para resguardar o interesse público. Sem prejuízo da titularidade conjunta, podem as empresas usar e aplicar, com exclusividade ou não, os conhecimentos, informações e dados resultantes dessas inovações, ou seja, extraindo as utilidades que surgirem dessas inovações, e colocando-as no mercado nacional ou mesmo internacional.

Trata-se de posicionamento de vanguarda, que certamente encontrará manifestações em sentido contrário, e naturalmente demandará regulamentação para que sejam preservados os interesses públicos e as finalidades a que se destinam tais bens. O que não é possível, contudo, é continuar negligenciando um patrimônio tão valioso e promissor como o patrimônio público imaterial no Brasil, resolvendo os problemas caso a caso, sem que haja qualquer ordenação específica para a matéria.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático - a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 173-199.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

AGENCE DU PATRIMOINE IMMATÉRIEL DE L'ÉTAT (France). Ministère de L'Économie et des Finances. *Rapport d'Activité*. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/4823605>. Acesso em: 5 ago. 2013.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A propriedade informática*. Campinas: Russell, 2006.

ALMEIDA, Ciliane Carla Sella de. *Breves considerações sobre a propriedade intelectual de softwares específicos contratados pela Administração Pública*. Disponível em: <http://www.prioriconsultoria.com.br/download/285/a_propriedade_intelectual_nos_contratos_administrativos_pdf>. Acesso em 30 ago. 2013

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: a informatização judicial no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Nery. *Processo Judicial Eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008.

AREAS, Patrícia de Oliveira. *Contratos Internacionais de Pesquisa e Desenvolvimento de Software no Direito Internacional Privado brasileiro e a Política Nacional de Desenvolvimento a partir da Inovação*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94350/286895.pdf?>, acesso em 30/08/2013.

_____. *Contratos Internacionais de Software: O Direito Moral do Autor como limitante da autonomia da vontade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007199.pdf>, acesso em 30/08/2013.

ARENDDT, Hannah. *A Promessa da Política*. 2ª ed. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

ARIMATÉA, José Rodrigues. *O Direito de Propriedade: Limitações e Restrições Públicas*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

ARONNE, Bruno da Costa. *A torre de Babel eletrônica*. Disponível em: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2689449/artigo-a-torre-de-babel-eletronica-bruno-da-costa-aronne>, acesso em 01/12/2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Direito Autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Contratação em Rede Informática no Brasil*. In: PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). *Direitos Autorais – Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Direito Civil* – Direito de Autor e Direitos conexos. reimp. Coimbra: Coimbra, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE. *9ª Pesquisa IDC-ABES. Mercado Brasileiro de Software e Serviços 2012 – Panorama e tendências para 2013*. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/download/ABES-Pesquisa-2012-13.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *1ª Pesquisa sobre condições de trabalho dos juízes. Janeiro de 2009*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisas/MCI_AMB.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2013.

ATALIBA, Geraldo. Patrimônio Administrativo – Empresas Estatais Delegadas de Serviço Público – Regime de seus bens – Execução de suas Dívidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 7, p. 21-40, 1994.

ATHENIENSE, Alexandre. *Comentários à Lei 11.419/06 e as Práticas Processuais por Meio Eletrônico nos Tribunais Brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2010.

AUBY, Jean-Marie et al. *Droit administrative des biens*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Propriedade Intelectual – A aplicação do Acordo TRIPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005a.

_____. *Trips e a Experiência Brasileira*. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2005b.

_____. Domínio Público e Patrimônio Cultural. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual* – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. As bases constitucionais do sistema de proteção das criações industriais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (Coords.). *Criações Industriais, Segredos de Negócio e Concorrência Desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. Série GV Law. p. 3-97.

_____. *A Propriedade Intelectual no Século XXI* – Estudos de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomos I a III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: _____; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 11-35.

_____. (Org.) *Direito e desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BASTOS, Victor Lundgren. *Propriedade Intelectual do Software*. Monografia (Graduação em Direito). Universidade da Região de Joinville. Joinville: 2012.

BERGEL, Jean-Louis; BRUSCHI, Marc; CIMAMONTI, Sylvie. *Traité de droit civil* – Les biens. 2. ed. Paris: L. G. D. J., Lextenso, 2010.

BESSEN, James; MEURER, Michael J. *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk*. Oxford: Princeton University Press, 2008.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 1999.

_____. *Direito das Coisas – 1º Volume*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BEZERRA, Hygina Josita Simões de Almeida. Educação para formação de Juízes-gestores: Um novo paradigma para um Judiciário em crise. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano VII, n. 6, p. 175-187, 2012.

BITAN, Hubert. *Droit des créations immatérielles*. Paris: Lamy, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Tema & Idéias, 2002.

_____. *Questões Polêmicas sobre Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tema & Idéias, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLLMANN, Vilian. *Juizados Especiais Federais: Comentários à legislação de regência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Processo Judicial Eletrônico – Como e quando fazer: implementação e seus aspectos técnicos*. Disponível em: <http://ww2.conip.com.br/judiciario2006/palestras/palestra_claudio_brandao.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Plano Diretor da reforma do Estado. *Cadernos do Mare*, Brasília, Imprensa Nacional, nov., 1995.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Decreto de 18 de outubro de 2000. Cria, no âmbito do Conselho de Governo, o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 19 out. 2000.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Medida provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 24 ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em: 23 ago. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI n. 3.059 MC/RS*. 15 abr. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387223>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Acórdão 0431374-6. Apelação Cível 2003. Apelante: Alma Informática Ltda. Apelado: Virgílio Cançado Paculdino Pereira. Segunda Câmara Cível. Relator: Juíza Evangelina Castilho Duarte Data Julg.: 16/03/2004.

_____. Ministério da Justiça. *Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Brasília: 2007. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Supremo Tribunal Federal. *Metas de Nivelamento 2009*. 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-de-nivelamento-2009>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Supremo Tribunal Federal. *Metas prioritárias de 2010*. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-prioritarias-de-2010>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Destaques. *STF conclui julgamento que apontou competência concorrente do CNJ para investigar juízes*. 13 fev. 2012a. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=200022>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Supremo Tribunal Federal. *Justiça em números*. 8. ed. 2012b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 90, de 29 de setembro de 2009*. Disponível em : <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12205-resolucao-no-90-de-29-de-setembro-de-2009>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Notícias sobre a Ação Penal 470*. Disponível em: <<http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/ap470>>. Acesso em: 5 ago. 2013a.

_____. Receita Federal. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 5 ago. 2013b.

_____. Serviço Federal de Processamento de Dados. Ministério da Fazenda. *A empresa*. 2013c. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/conteudo-oserpro/a-empresa-1>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Câmara de Deputados. Congresso Nacional. *Aprovada em segundo turno PEC que cria 4 tribunais regionais federais*. 3 abr. 2013d. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/439163-APROVADA-EM-SEGUNDO-TURNO-PEC-QUE-CRIA-4-TRIBUNAIS-REGIONAIS-FEDERAIS.html>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Supremo Tribunal Federal. *Sistema de Processo Eletrônico - E-CNJ*. 2013e. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistemas-processuais/20558-sistema-de-processo-eletronico-e-cnj>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias do Tst. *Suspensa a implantação do PJe-JT em novas Varas, por solicitação da Corregedoria-geral da JT*. 23 maio 2013f. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/4823605>. Acesso em: 5 ago. 2013

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Manual de Direito Administrativo*, v. II, 9. reimp. da 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CALDAS, Pedro Henrique Monteiro. Questões sobre a responsabilidade civil no âmbito da utilização do software livre. *Revista Cidadania & Justiça*, Rio de Janeiro: JC, n. 143, p. 40-44, jul. 2012.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça Célere e Eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CARLIN, Volnei Ivo. *Manual de Direito Administrativo: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Isamir Machado de; MENDES, Sergio Peixoto; VERAS, Vivianne Muniz (Orgs.). *Gestão do Conhecimento: uma estratégia empresarial*. Brasília: Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO, 2006.

CARVALHO, Isamir Machado de; VERAS, Vivianne Muniz. A Propriedade Intelectual como Elemento Estratégico da Gestão do Conhecimento. *Estratégia e Negócios*, Florianópolis, v. 1, n. 2, jul./dez., 2008. Disponível em:

<<http://portaldeperiodicos.unisul.br/index/php/EeN/index>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

CASSESE, Sabino. As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, ano 5, n. 24, p. 13-23, mar./abr. 2004.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – volume I: A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo – volume III*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a Escada – A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo (Org.). *Comentários à Lei do Processo Eletrônico*. São Paulo: LTr, 2010.

CHAVES, Antônio. *Direitos Autorais na Computação de Dados*. São Paulo: LTr, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Volume 4. Direito das Coisas – Direito Autoral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Direito Imobiliário Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. *Gestão Patrimonial na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do Domínio Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *O Direito Autoral na Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CROZIER, Michel. *Le phénomène bureaucratique*. Paris: Éditions du Seuil, 1963.

_____. *La société bloquée*. Paris: Éditions du Seuil, 1970.

_____. *O Fenômeno Burocrático*. Volume II. Tradução de Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

_____. *A Sociedade Bloqueada*. Tradução de Maria Lúcia Alvares Maciel. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

_____. *Estado Modesto, Estado Moderno: estratégia para uma outra mudança*. Tradução de J. M. Vilar de Queiroz. Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público – FUNCEP, 1989.

_____. *L'entreprise à l'écoute – Apprendre le management post-industriel*. Paris: Éditions du Seuil, 1994.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionarietà em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEBBASCH, Charles *et al.* *Droit administrative des biens*. 3. ed. Paris: PUF, 1999.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade Intelectual de Cultivares no Brasil. *In*: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. *Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 307-346.

DIREITO GV lança Índice de Confiança na Justiça terça-feira, dia 01. *Fundação Getúlio Vargas*. Disponível em: <http://www.fgv.br/fgvportal/principal/idx_materia.asp?str_chave=14949&sessao=2>. Acesso em: 2 set. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Rogério A. Correia. *Administração da Justiça: A Gestão pela Qualidade Total*. Campinas: Millenium, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DUMONT, Béatrice; WARUSFEL, Bertrand. Les biens informationnels à l'épreuve des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence. *In*: BARBET, Philippe; LIOTARD, Isabelle (Orgs.). *Sociétés de l'information: enjeux économiques et juridiques*. Paris: Harmattan, 2006.

DUSOLLIER, Séverine. *Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle?*. *In*: BUYDENS, Mireille; DUSOLLIER, Séverine (Orgs.). *L'intérêt general et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*. Bruxelles: Bruylant, 2008.

ESTADÃO (São Paulo). Política. '*Crítico-geral da República*', *Barbosa acumula desafetos*. 26 maio 2013a. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,critico-geral-da-republica-barbosa-acumula-desafetos,1035687,0.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. (São Paulo). Política. *Barbosa suspende criação de quatro tribunais federais*. 18 jul. 2013b. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,barbosa-suspende-criacao-de-quatro-tribunais-federais,1054499,0.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. (São Paulo). Economia & Negócios. *Executivos veem Brasil como 3º em importância*. 23 jan. 2013c. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,executivos-veem-brasil-como-3-em-importancia-,987628,0.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. (São Paulo). Política. Corregedora diz que Presidência do TSE sabia de acordo. 08 ago. 2013d. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,corregedora-diz-que-presidencia-do-tse-sabia-de-acordo,1062078,0.htm>>.

_____. (São Paulo). Política. Tribunal já negou os mesmos dados à Polícia Federal. 08 ago. 2013e. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,tribunal-ja-negou-os-mesmos-dados-a-policia-federal,1062080,0.htm>>.

FALCÃO, Joaquim. O brasileiro e o Judiciário. *Revista Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro: FGV, v. 63, n. 4, p. 43-49, abr. 2009a.

_____. O Judiciário segundo os Brasileiros. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Transformações do Estado e do Direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2009b.

_____. *O futuro é plural: administração de justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Policiado, 2009c.

_____. *Uma Reforma muito além do Judiciário*. Rio de Janeiro: Policiado, 2009d.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11. ed. São Paulo: Globo, v. 2, 1995.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito Constitucional*. Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de. Gestão e Estatística no Poder Judiciário: ferramentas para excelência. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Campo Grande: TJMS, ano 33, n. 184, p. 7-32, 2012.

FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, Justice & Efficiency – A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

FOLHA DE SÃO PAULO (São Paulo). *Regra do CNJ que autoriza casamento gay em cartório passa a valer amanhã*. 15 maio 2013.

Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/05/1278992-regra-do-cnj-que-autoriza-casamento-gay-em-cartorio-passa-a-valer-amanha.shtml>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

FONTES, André Ricardo Cruz. Posse ou detenção de bens imóveis públicos e regras gerais sobre o uso comum e o uso privativo dos bens públicos. In: COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Direito Imobiliário Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 9-28.

FRAGALE FILHO, Roberto. Reconfigurações profissionais da magistratura: um estudo (preliminar) a partir da jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Poder Judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição*. Rio de Janeiro (RJ): FGV, 2010. p. 97-126.

_____. Democratização dos tribunais: Eu quero votar para Presidente! *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano VII, n. 6, p.160-174, 2012.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet – Direitos autorais na era digital*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____.; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França – Cultura Jurídica francesa e common Law em uma perspectiva comparada*. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, José Renato. *Acesso à Informação das Entidades Públicas*. Coimbra: Almedina, 2002.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *Administração Judiciária – Gestão cartorária*. Brasília: ENFAM, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

JAMIN, Christophe. A eficácia no serviço da Justiça. Tradução de Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva. *Revista da ESMESC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis: ESMESC, v. 18, n. 24, p. 9-28, 2011.

_____. *Rapport de synthèse: L'efficacité au service de la justice*. Disponível em: <<http://master.sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences-po.fr/droit/files/users/juliette.fournierbernard/Efficacite-et-Justice.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2011.

JUCÁ, Francisco Pedro. Reforma do Judiciário – Algumas Reflexões. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 13-22.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009a.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

KRAMMES, Alexandre Golin. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo: LTr, 2010.

KRETSCHMANN, Ângela. *Dignidade Humana e Direitos Intelectuais*. Florianópolis: Conceito, 2008.

LE ROBERT. *Dictionnaires Le Robert*. Paris: SEJER, 2011.

LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.

LÉVY, Maurice; JOUYET, Jean-Pierre. *Rapport Lévy – Jouyet présenté au nom de la Commission sur l'économie de l'immatériel*, nov. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000880/index.shtml>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

_____. *Cibercultura*. 2. ed. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.

LOJKINE, Jean. *A Revolução Informacional*. 3. ed. Tradução de José Paulo Netto. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *L'adieu à la classe moyenne*. Paris: La Dispute, 2005.

LUPI, André Pinto Basto. *Proteção Jurídica do Software: Eficácia e Adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MABILLOT, David; COUTINET, Nathalie. Les biens informationnels: définitions et mesures. In: BARBET, Philippe; LIOTARD, Isabelle (Orgs.). *Sociétés de l'information: enjeux économiques et juridiques*. Paris: Harmattan, 2006.

MADALENA, Pedro. *Modelo de gestão judiciária na Justiça Estadual*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23799/modelo-de-gestao-judiciaria-na-justica-estadual>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____.; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. *Organização & Informática no Poder Judiciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice: La gestion du temps dans le procès - Rapport au Garde des Sceaux*. 15 juin 2004. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit Civil – Les Biens*. 4. ed. Paris: Defrénois, Lextenso, 2010.

MANSO, Eduardo Vieira. *A informática e os direitos intelectuais*. São Paulo: RT, 1985.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e Informática – Uma abordagem jurídica sobre criptografia*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Serviço público, que futuro?* Coimbra: Almedina, 2009.

MARTINS, Sidney. *Licitações – Breves Anotações ao Novo Estatuto (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993)*. Curitiba: Juruá, 1993.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Legalidade, Eficiência e Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif des Biens*. 6. ed. Paris: Lextenso, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, Toshio. *O novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Licitações e Contratos Públicos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NALLINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millenium, 2006.

_____. A responsabilidade do juiz na condução racional do processo. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano VII, n. 6, p. 442-469, 2012.

NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Brasília).

Notícias. *Presidente do TST diz que não há olimpíada para implantação do TJe*. 17 abr. 2013. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/noticia/25474/presidente-do-tst-diz-que-nao-ha-olimpiada-para-implantacao-do-pje>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier. *O jurídico na sociedade em rede*. Florianópolis: EdUFSC, 2001.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática – Comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Lisboa: Almedina, 2005.

PAULA, Wesley Roberto de. *A publicidade no processo judicial eletrônico: busca da indispensável relativização*. São Paulo: LTr, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Coimbra: Coimbra, 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O artigo 111 da Lei 8.666 e a Propriedade Intelectual nos Contratos Administrativos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n. 22, dez. 2008.
Disponível em:

<<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=22&artigo=841&l=pt>>, acesso em 04/09/2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

_____. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 237-270.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e sua Função Social na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual e Universidade*. Florianópolis: Boiteux, 2005a.

_____. *DeCITA 3: Direito do comércio internacional: Investimento estrangeiro*. Buenos Aires - Florianópolis: Zavalía, Fundação Boiteux, 2005b.

_____. *DeCITA 4: Direito do comércio internacional: Litígio judicial internacional*. Buenos Aires - Florianópolis: Zavalía, Fundação Boiteux, 2005c.

_____. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento: considerações sobre o comércio internacional*. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino (Org.). *Temas atuais do direito do comércio internacional*. Florianópolis: OAB-SC, 2005d.

_____. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005e.

_____. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: um modelo de análise*. São Paulo: Singular, 2005f.

_____. *O desenvolvimento nacional e a tecnologia – perspectivas para inovação, propriedade intelectual e transferência de resultados no Brasil*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006a.

_____. *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006b.

_____. *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006c.

_____. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____.; BARRAL, Welber (Orgs.). *Comércio internacional e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____.; BARRAL, Welber (Orgs.). *Direito de Propriedade Intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____.; AREAS, Patrícia de Oliveira. *Manual básico de contratos de software e negócios relacionados*. Série Platic vol. III. Florianópolis: Sistema Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina, 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de Autor e Software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*, Tomo XVI. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

POSNER, Richard. A. *El análisis económico del Derecho*. 2. ed. Tradução de Eduardo L. Suárez. México: FCE, 2007.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 39-74.

REMICHE, Bernard. Revolução Tecnológica, Globalização e o Direito das Patentes. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2005.

REZENDE, Enio Antunes; RIBEIRO, Maria Teresa Franco. O cupuaçu é nosso? Aspectos atuais da biopirataria no contexto brasileiro. *RGSA – Revista de Gestão Social e Ambiental*, v. 3, n. 2, p. 53-74, maio/ago., 2009. Disponível em:
<<http://www.revistargsa.org/rgsa/article/view/149>>. Acesso em:

RIBEIRO, Herval Pina. *O juiz sem a toga*. Florianópolis: Lagoa, 2005.

_____. *Os operários do direito*. Florianópolis: Lagoa, 2009. 2 v.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e Processo: Razão burocrática e acesso à Justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. A tensão entre os baldios e os antibaldios: uma análise econômica da propriedade intelectual voltada ao desenvolvimento. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, p. 43-69, mar./abr., 2011.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*. Tradução de Maria Lúcia G. L. Rosa. São Paulo: Pearson, 2001.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

_____. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Tradução de José Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROBL FILHO, Ilton Roberto. *Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Accountability e independência judiciais: O desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/27043/Ilton%20-%20Tese.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09/01/2013.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao Discurso da Law and Economics: A Exceção Econômica do Direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 3-140.

_____.; MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. Law and Economics, neoliberalismo e eficiência: desvelando conexões. Direitos humanos e democracia na era global. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, n. 7, p. 173-189, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Brasília: UnB, 1997.

_____. *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, impartialité*. Paris: Éditions du Seuil, 2008.

ROVER, Ayres José. _____. *Informática no Direito – Inteligência artificial: introdução aos sistemas especialistas legais*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. O direito intelectual e seus paradoxos. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Definindo o termo processo eletrônico*. 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/conceito_processo_eletronico_aires.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2013.

ROY, David de. L'Irruption du logiciel libre dans le secteur public. In: COOL, Yorick et al. *Les Logiciels Libres face au Droit*. Bruxelles: Bruylant, 2005. p. 191-225.

RUSCHEL, Airton José. *Processos Penais: tempos e influências*. Curitiba: Juruá, 2010.

SACHS, Jefrei. O Divisor Global de Inovação. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2005.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: uma nova construção institucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano VII, n. 6, p. 392-411, 2012.

SADER, Emir (Org.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é 'Direito e Economia'? In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra – Os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOLIM, Cesar. Aspectos jurídicos do governo eletrônico: as tecnologias da informação na Administração Pública. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 85-97, jan./jun., 2007.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Propriedade Intelectual: contratos de propriedade industrial e novas tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Propriedade Intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007c.

_____. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Software – Acesso ao código fonte e transferência de tecnologia. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 67-80, jul./dez. 2011.

_____. JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). *Propriedade Intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Acesso à Justiça e autonomia financeira do Poder Judiciário – A quarta onda?* Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Autonomia Financeira dos Tribunais e Gestão Orçamentária Eficiente – Exigência constitucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano VII, n. 6, p. 258-299, 2012.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial - O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. *Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento*. In BARRAL, Welber (Org.). *Direito e Desenvolvimento – Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 13-30.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo. *Administração Gerencial e a Reforma Administrativa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Gestão Pública no Poder Judiciário. *Revista da ESMESC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis: ESMESC, v. 16, n. 22, p. 35-51, 2009.

_____. Gestão Pública: Poder Judiciário e Desenvolvimento. In: MARCELLINO JR., Julio Cesar; VALLE, Juliano Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010a. p. 87-93.

_____. Informatização e trabalho no Poder Judiciário. *Carta Forense*, n. 91, p. A22, dez., 2010b.

_____.; RUSCHEL, Airton José; ROVER, Aires José. O Governo Eletrônico na Gestão do Judiciário. *Revista da ESMESC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis: ESMESC, v. 17, n. 23, p. 25-44, 2010c.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Newton. *Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SODRÉ, Paulo Cezar Alves. O processo judicial eletrônico: reflexos e consequências da sociedade da informação na administração do Poder Judiciário. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 125-146, jul./dez., 2011.

SOFTPLAN/POLIGRAPH (Florianópolis). Serviço de Automação da Justiça. *Resultados*. Disponível em: <http://www.softplan.com.br/saj/saj_resultados.jsf>. Acesso em: 5 ago. 2013.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de Licitações e Contratos da Administração Pública – Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito Administrativo em Debate – 2ª Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do Processo e Acesso à Justiça à luz da Reforma. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 49-63.

SPINK, Peter. Possibilidades técnicas e imperativos políticos em 70 anos de reforma administrativa. In.: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, e SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 141-172.

STRECK, Lênio. O processo eletrônico e os novos hermeneutas – Parte I. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/senso-incomum-processo-eletronico-novos-hermeneutas-parte>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3059*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2013.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3875*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2013.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *DADOS Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe. *Droit civil – Les biens*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOLOSA FILHO, Benedicto. (Coord.) *Dicionário de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. *Comunicação dos atos processuais por meio eletrônico: o impacto do uso da tecnologia na prestação jurisdicional a partir da Lei 11.419/06*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

TORRES, Martín Carranza. *Problemática Jurídica del Software Libre*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

TRÉZÉGUET, Marlène. Valorisation du patrimoine immatériel de l'État: Silence on tourne! In : VIVANT, Michel (Org.). *Lamy Informatique 68*. Paris: Lamy, 2011. p. 105-107.

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados: Quando o Estado se compromete*. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: REVAN; Brasília: ENAP, 2001.

VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade Intelectual de Setores Emergentes: biotecnologia, fármacos e informática*. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2005.

_____.; LATIAU, Ana Flávia Barros; SCHLEICHER, Rafael. Desenvolvimento Tecnológico, Pesquisa Pública e Propriedade Intelectual. Análise da Miríade de Normas Institucionais. In: _____. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2005.

VASCONCELOS, Frederico. Governo estuda cargo de gestor na Justiça. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 jun. 2013. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/06/02/governo-estuda-cargo-de-gestor-na-justica/>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

VELICOGNA, Marco; ERRERA, Antoine; DERLANGE, Stéphane. e-Justice in France: the e-Barreau experience. *Utrecht Law Review*, v. 7, Issue 1, p. 163-187, jan., 2011. Disponível em: <www.utrechtlawreview.org>. Acesso em: 11 ago. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 7. ed. vol. V, São Paulo: Atlas, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 337-408.

VIANNA, Túlio. *Transparência Pública, Opacidade Privada*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIVANT, Michel (Dir.). *Les créations immatérielles et le droit*. Paris: Ellipses, 1997.

_____. Conclusion: L'intérêt general servi par une reconnaissance éclairée des droits de propriété intellectuelle. In: BUYDENS, Mireille; DUSOLLIER, Séverine (Orgs.). *L'intérêt general et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*. Bruxelles: Bruylant, 2008.

_____. *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, 2011. Disponível em: <<http://lamyline.lamy.fr/>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

VIVANT, Michel; MAFFRE-BAUGÉ, Agnès. *Internet et la propriété intellectuelle: le droit, l'information et les réseaux*. Paris: IFRI, 2002.

_____.; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d'auteur*. Paris: Dalloz, 2009.

_____.; NAVARRO, Jean-Louis. *Code de la Propriété Intellectuelle*. 12. ed. Paris: Litec, 2011.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber (Orgs.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006a. p. 71-101.

_____. A revolução tecnológica da informação – Os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006b.

_____. *Reflexões sobre a Revolução Tecnológica e a Tutela da Propriedade Intelectual*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. *Propriedade Intelectual em Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría *et al.* 11 reimpr. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997.

WIEDEMANN NETO, Ney. Gestão do Poder Judiciário – Juiz administrador. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano VII, n. 6, p. 80-82, 2012.

WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: O uso humano de seres humanos*. Tradução de José Paulo Paes. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

XIFARAS, Mikhail. *La propriété: Étude de philosophie du droit*. Paris: PUF, 2004.

_____. Le copyleft et la théorie de la propriété. *Multitudes n. 41*, Paris: Cairn, p. 50-64, 2010/2. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-multitudes-2010-2-page-50.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

ANEXO I - Quadro comparativo entre as legislações brasileira e francesa

<p>Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 sobre Licitações e Contratos Administrativos:</p> <p>[...]</p> <p>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.</p> <p>Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos 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.</p> <p>[...]</p> <p>Lei n. 9.279, de 14 de maio de</p>	<p>Código da Propriedade Intelectual (c/ Lei n. 2006-961, de 1º de agosto de 2006):</p> <p>- Artigo L. 131-3-1. Na medida do estritamente necessário para a realização de um serviço público, o direito de explorar uma obra criada por um funcionário do Estado, no exercício das suas funções ou seguindo as instruções dadas é sobre a criação, atribuído automaticamente para o estado.</p> <p>Para a exploração comercial da obra mencionada no primeiro parágrafo, o Estado tem para o agente autor de que o direito de preferência. Esta disposição não é aplicável no caso de atividades de pesquisa científica num estabelecimento público de caráter científico e tecnológico, ou num estabelecimento público de caráter científico, cultural e profissional, desde que essas atividades estejam sujeitas a uma contrato com pessoa jurídica de direito privado.</p> <p>- Artigo L. 131-3-2. As disposições do artigo L. 131-3-1</p>
---	--

<p>1996, regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial:</p> <p>[...]</p> <p>Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem 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.</p> <p>§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.</p> <p>§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.</p> <p>Art. 89. O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da</p>	<p>aplicam-se aos governos locais, instituições da administração pública, autoridades administrativas independentes sem personalidade jurídica e o Banco da França sobre as obras criadas por seus agentes no exercício das suas funções ou de acordo com as suas instruções.</p> <p>- Artigo L. 131-3-3. Um decreto do Conselho de Estado deve definir as modalidades de aplicação dos artigos L. 131-3-1 e L. 131-3-2. Ele definirá em particular as condições em que um agente, autor de uma obra pode estar interessado em produtos de operações quando a entidade pública que o emprega, cessionária da operação, retirou uma vantagem do funcionamento não comercial deste trabalho ou de sua exploração comercial, conforme previsto pela última frase do último parágrafo do artigo L. 131-3-1.</p> <p>[...]</p> <p>Lei n. 2006-961, de 1º de agosto de 2006:</p> <p>Art. 50: [...]</p> <p>II . - O disposto no Título II não se aplica às obras criadas por</p>
---	--

<p>empresa.</p> <p>Parágrafo único. A participação referida neste artigo não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado.</p> <p>Art. 90. Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.</p> <p>Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.</p> <p>§ 1º Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário.</p> <p>§ 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.</p>	<p>funcionários do Estado, de uma autoridade local, um estabelecimento público administrativo, de uma autoridade administrativa independente com personalidade jurídica, ou do Banco da França, antes da entrada em vigor da presente lei.</p> <p>No entanto, a aplicação destas disposições pode afetar negativamente o desempenho dos contratos em andamento quando da entrada em vigor da presente lei, quando eles se destinam a obras criadas por esses agentes no exercício suas funções ou seguindo as instruções dadas para o cumprimento do serviço público por parte da entidade pública que os empregar.</p> <p>III . - As disposições do artigo L. 133-1 do código de herança são aplicáveis às pessoas referidas no artigo L. i 132-2 do Código no termo de um período de três anos a partir da promulgação desta Lei.</p>
---	---

§ 3º A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas.

§ 4º No caso de cessão, qualquer dos co-titulares, em igualdade de condições, poderá exercer o direito de preferência.

Art. 92. O disposto nos artigos anteriores aplica-se, no que couber, às relações entre o trabalhador autônomo ou o estagiário e a empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas.

Art. 93. Aplica-se o disposto neste Capítulo, no que couber, às entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, federal, estadual ou municipal.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 88, será assegurada ao inventor, na forma e condições previstas no estatuto ou regimento interno da entidade a que se refere este artigo, premiação de parcela no valor das vantagens auferidas com o pedido ou com a patente, a

título de incentivo.	
<p>- Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica:</p> <p>[...] Art. 9º É facultado à ICT celebrar acordos de parceria para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas.</p> <p>§ 1º O servidor, o militar ou o empregado público da ICT envolvido na execução das atividades previstas no caput deste artigo poderá receber bolsa de estímulo à inovação diretamente de instituição de apoio ou agência de fomento.</p> <p>§ 2º As partes deverão prever, em contrato, a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria, assegurando aos signatários o direito ao licenciamento, observado o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 6º desta Lei.</p> <p>§ 3º A propriedade intelectual e a</p>	<p>- Lei n. 99-587, de 12 de julho de 1999, sobre a inovação e a pesquisa:</p> <p>Art. 19-1. - No âmbito dos objetivos estabelecidos no artigo 14, o acordo científico e tecnológico público pode prever a prestação de serviços, contratos de investigação gestão, uso de patentes e licenças, e comercialização de produtos de suas atividades.</p> <p>§1º. Tendo em vista a exploração dos resultados da pesquisa em suas áreas de atividade, eles podem, por acordo e por um tempo limitado, com as informações da autoridade científica competente, fornecer às empresas ou indivíduos meios funcionamento, nomeadamente através da disponibilização de locais, instalações e equipamentos. Um decreto definirá as condições para a aplicação do presente artigo, definindo, em especial, os serviços que podem ser sujeitos a estes acordos, os termos de avaliação e compensação das referidas instituições.</p>

participação nos resultados referidas no § 2º deste artigo serão asseguradas, desde que previsto no contrato, na proporção equivalente ao montante do valor agregado do conhecimento já existente no início da parceria e dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes contratantes.

Art. 10. Os acordos e contratos firmados entre as ICT, as instituições de apoio, agências de fomento e as entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, cujo objeto seja compatível com a finalidade desta Lei, poderão prever recursos para cobertura de despesas operacionais e administrativas incorridas na execução destes acordos e contratos, observados os critérios do regulamento.

Art. 11. A ICT poderá ceder seus direitos sobre a criação, mediante manifestação expressa e motivada, a título não-oneroso, nos casos e condições definidos em regulamento, para que o respectivo criador os exerça em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade, nos termos da legislação pertinente.

Parágrafo único. A manifestação prevista no caput deste artigo deverá ser proferida pelo órgão ou autoridade máxima da instituição,

§2º. As atividades mencionadas neste artigo podem ser geridas pelos serviços de atividades industriais e comerciais, incluindo o sistema financeiro e contábil definido por decreto. Para o funcionamento desses serviços e da execução destas atividades, as instituições de ensino podem recrutar, sob condições definidas, se necessário, por decreto do Conselho de Estado, o pessoal não permanente por contratos de direito público a termo ou indefinida. [...]

Art. 25-1. - Os funcionários públicos e de empresas estatais, tal como definido no artigo 14, podem ser autorizados a participar, a título pessoal, como sócio ou diretor, numa empresa cujo objetivo seja garantir a execução de um contrato com uma entidade pública ou empresa pública, para a valorização da pesquisa feita no exercício de suas funções.

§1º. A autorização deve ser solicitada antes da negociação do contrato no primeiro parágrafo e antes do registo da empresa no registo do comércio e empresas. O funcionário não poderá representar a pessoa ou empresa

ouvido o núcleo de inovação tecnológica, no prazo fixado em regulamento.

Art. 12. É vedado a dirigente, ao criador ou a qualquer servidor, militar, empregado ou prestador de serviços de ICT divulgar, noticiar ou publicar qualquer aspecto de criações de cujo desenvolvimento tenha participado diretamente ou tomado conhecimento por força de suas atividades, sem antes obter expressa autorização da ICT.

Art. 13. É assegurada ao criador participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, auferidos pela ICT, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida da qual tenha sido o inventor, obtentor ou autor, aplicando-se, no que couber, o disposto no [parágrafo único do art. 93 da Lei nº 9.279, de 1996](#).

§ 1º A participação de que trata o caput deste artigo poderá ser partilhada pela ICT entre os membros da equipe de pesquisa e desenvolvimento tecnológico que tenham contribuído para a criação.

§ 2º Entende-se por ganhos econômicos toda forma de

pública público em tal negociação.

§2º. A autorização é concedida pela autoridade oficial da Comissão nos termos do artigo 87 da Lei n ° 93-122 , de 29 de Janeiro de 1993 sobre a prevenção da corrupção e transparência da vida procedimentos econômicas e públicas para um período de dois anos, renovável duas vezes. Ela será recusada:

- Se for prejudicial para o normal funcionamento do serviço público;
- Ou seja por natureza ou por seus termos e condições e as funções anteriormente exercidas pelo empregado, a participação deste último prejudique a dignidade dessas funções ou possa comprometer ou colocar em risco a independência ou neutralidade serviço;

- Ou se o interesse tomado na empresa for suscetível de afetar os interesses materiais e morais da pesquisa no serviço público ou questionar as condições de exercício da missão de especialista que exerce com as autoridades públicas.

§3º. A partir da data de vigência da autorização, o oficial é destacado

royalties, remuneração ou quaisquer benefícios financeiros resultantes da exploração direta ou por terceiros, deduzidas as despesas, encargos e obrigações legais decorrentes da proteção da propriedade intelectual.

§ 3º A participação prevista no caput deste artigo obedecerá ao disposto nos §§ 3º e 4º do art. 8º.

§ 4º A participação referida no caput deste artigo será paga pela ICT em prazo não superior a 1 (um) ano após a realização da receita que lhe servir de base. [...]

para a empresa, sendo disponibilizado para ele ou organização que contribua para a promoção da pesquisa. Ele encerra suas operações no âmbito do serviço público a que pertence. No entanto, ele pode executar atividades de ensino dentro de sua jurisdição, nas condições estabelecidas por decreto.

§4º. A comissão mencionada no terceiro parágrafo será informada durante o período de autorização e por cinco anos após o seu término ou rescisão, contratos e acordos celebrados entre a empresa e o serviço público de pesquisa. Se considerar que essas informações mostram uma violação dos interesses morais e materiais do serviço público de pesquisa, a comissão submeterá ao Ministro que a entidade pública afetada esteja vinculada.

§5º. No fim da autorização, o empregado pode:

- Ser, a seu pedido, colocado na posição ou removido quadros de disponibilidade, se quiser manter um vínculo na empresa;
- Ser reintegrado em seu corpo original. Neste caso, encerrada a sua relação de trabalho com a empresa dentro de um ano, não

	<p>pode manter, direta ou indiretamente qualquer interesse na empresa. Pode, porém, ser autorizado a trazer seu conhecimento científico para a empresa a e manter uma participação no capital social da empresa, de 15%, e para ser um membro do conselho de administração ou conselho de supervisão que nas condições previstas nos artigos 25-2 e 25-3.</p> <p>§6°. A aprovação será retirada ou não renovada se as condições que levaram à sua emissão deixarem de ser cumpridas ou se o empregado desrespeitar as disposições do presente artigo. Neste caso , o empregado não pode exercer a sua actividade na empresa de acordo com o artigo 72 da Lei n ° 84-16 de 11 de Janeiro de 1984, que estabelece disposições para o público do estado. Se ele não conseguir manter o interesse na empresa, ele terá o período especificado no parágrafo décimo primeiro a renunciar.</p> <p>Art . 25-2. - Os funcionários mencionados no primeiro parágrafo da seção 25-1 podem ser autorizados por um período de</p>
--	--

cinco anos renováveis, a prestar apoio científico para uma empresa fornecedora, de acordo com um contrato com uma entidade pública ou um companhia aberta, o desenvolvimento de pesquisas que eles fizeram no exercício de suas funções.

§1º. As condições em que o membro da equipe fornece apoio científico para a empresa são definidos por um acordo entre a empresa ea entidade pública ou empresa pública no primeiro parágrafo. Eles devem ser compatíveis com o pleno exercício pelo empregado do seu emprego público.

§2º. Também podem ser autorizadas a deter uma participação no capital social da Companhia, dentro do limite de 15% , desde que, durante os cinco anos anteriores, ele não tenha, como um funcionário ou empregado público, exercido controle sobre a empresa ou participaram dos contratos e acordos celebrados entre a empresa ea pesquisa do serviço público de desenvolvimento ou aquisição.

§3º. Um trabalhador não pode participar da elaboração e adjudicação de contratos e acordos celebrados entre a empresa e o serviço público de pesquisa. Não se pode, dentro da empresa, para exercer as funções de um diretor ou ser colocado em uma situação hierárquica.

§4º. A autoridade deve ser mantida informada sobre a renda que recebe em razão de sua participação na empresa, as vendas de títulos que ela procede e remuneração adicional, até ao limite máximo fixado por decreto, desde que, se necessário, de acordo referido no segundo parágrafo.

§5º. A comissão mencionada no terceiro parágrafo do artigo 25-1 deve ser mantida informada durante toda a duração da autorização e por cinco anos após a sua expiração ou cancelamento de contratos e acordos celebrados entre a empresa e o serviço público pesquisa. Se considerar que essas informações mostram uma violação dos interesses morais e materiais do serviço público de investigação, a comissão submeterá ao Ministro

	<p>que a entidade pública esteja vinculada.</p> <p>§6º. A licença é emitida e renovada pela autoridade hierárquica do funcionário após a comissão referido no terceiro parágrafo do artigo 25-1 fornecidos pelo terceiro a sexto parágrafos deste artigo. Ele é retirado ou não renovado se as condições que levaram à sua emissão deixarem de ser cumpridas ou se o empregado desrespeita as disposições do presente artigo. Neste caso , o empregado terá direito a ceder seus direitos de propriedade, dentro de um ano após o qual já não pode manter um interesse direto ou indireto em qualquer negócio. Ele não pode exercer a sua atividade na empresa de acordo com o último parágrafo do artigo 25-1.</p>
<p>- Acórdão n. 883/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira, Tribunal de Contas da União:</p> <p>[...] Desse modo, nada obstante não possa o Tribunal conhecer da presente consulta, julgo pertinente reproduzir as conclusões da 6ª Secex, às quais empresto total</p>	<p>- Circular de 18 de Abril de 2007 sobre a gestão dos ativos intangíveis do Estado:</p> <p>Do Primeiro-Ministro aos Senhores Ministros:</p> <p>A Conferência sobre o</p>

<p>apoio:</p> <p>"a) para os fins da legislação de direitos autorais, o texto de 'manuais e trabalhos de orientação técnica' pode ser considerado obra protegida, nos termos do art. 7º da Lei 9610/1998, desde que constitua trabalho original, fruto da expressão criativa de seu autor;</p> <p>b) não é cabível 'o reconhecimento de direito autoral a servidores públicos que participem de trabalho intelectual desenvolvido no âmbito da administração pública', no desempenho das tarefas próprias de seus cargos, pois sem previsão legal expressa não é lícito que agentes do Estado possam auferir benefícios privados decorrentes diretamente do exercício de suas funções públicas;</p> <p>c) no regime da Lei 9610/1998, os contratos de empreitada ou de prestação de serviço celebrados pela Administração com terceiros e que tenham por objeto a produção de obra protegida por direitos autorais não operam a transferência automática, para a Administração, dos direitos patrimoniais do autor (art. 22 c/c art. 4º da Lei 9610/1998);</p> <p>d) cabe à Administração pactuar a transferência dos direitos</p>	<p>crescimento que eu presidi em 6 de março identificou a avaliação dos ativos intangíveis como um dos fatores de crescimento mais promissores da nossa economia. Por sua parte, o Estado tem ativos significativos intangíveis (patentes, licenças, frequências, marcas, conhecimento público, bancos de dados, direitos de acesso, imagens públicas, ...). Graças ao trabalho realizado por diversos departamentos governamentais, esses ativos numa primeira estimativa importam quase um bilhão de euros - excluindo o desenvolvimento de programas de armas - como parte do estabelecimento da avaliação do património Estado sob a lei orgânica sobre as leis de financiamento de 1 de Agosto de 2001.</p> <p>No entanto, na missão confiada aos Srs. Levy e Jouyet, a economia intangível tem mostrado que o Estado deve contribuir para o progresso de quantificar esses recursos intangíveis, para melhor conhecê-los, gerenciar, crescer, desenvolver-los e impulsionar a economia francesa. Esta gestão mais ativa também irá fornecer um melhor serviço público e para destacar o trabalho dos agentes</p>
--	---

patrimoniais do autor sempre que tal medida se mostrar necessária à defesa do interesse público, estendendo-se o comando do art. 111 da Lei 8666/93 a toda contratação de obra intelectual sujeita a proteções legais conferidas ao autor."

públicos, ao fornecer recursos adicionais.

É por isso que, seguindo os passos já realizados sob a modernização do Estado, em particular na gestão da propriedade, eu quero dar um forte impulso para a nossa avaliação e política de gestão do Patrimônio Imaterial Estado. Esta política deve prosseguir três objetivos estratégicos:

- Maximizar o impacto da gestão do patrimônio imaterial na economia;
- Beneficiar de uma melhor utilização dos ativos para aumentar a margem de manobra orçamentária, modernizar os serviços públicos, apoiar a implementação de políticas públicas para o benefício dos usuários e reduzir a dívida;
- Proteger o Estado e os usuários contra possíveis riscos de desvio.

Para este fim, eu lhes determino, até o final de 2007:

- i) para continuar e acelerar o trabalho de identificação de ativos intangíveis que estão dentro do seu campo de competências ministeriais, e envolver o mesmo exercício em relação a instituições públicas sob sua supervisão. Para cada um desses ativos, deve-se realizar uma revisão crítica dos

	<p>mecanismos de gestão que está sujeita e avaliar os potenciais eixos de recuperação;</p> <p>ii) implementar uma estratégia para melhorar os serviços identificados no seu patrimônio intangível com base em prioridades e áreas de melhoria previamente identificadas, deve-se propor um ou dois projectos-piloto. Essas ações poderão, por exemplo, referir-se à valorização de patentes ou marcas, com base em algumas iniciativas recentes no campo cultural.</p> <p>Para apoiar este processo, eu determinei a criação, pelo ministro da Economia, Finanças e Indústria e pelo Ministro Delegado para a Reforma Orçamental e do Estado, porta-voz do Governo de uma agência de Patrimônio Imaterial do Estado, como um serviço nacional, reportando conjuntamente ao Diretor-Geral do Tesouro e da Política Económica e do Director Geral da Contabilidade Pública. Esta agência terá uma função de coordenação e apoio. Ele irá fornecer uma assistência metodológica e operacional para os gestores públicos para a identificação, protecção e valorização dos seus ativos intangíveis e podem estar</p>
--	--

associados com a gestão de projectos no âmbito das parcerias. Vai garantir quadros de gestão consistência implementado e vai promover as abordagens mais eficientes. Irá desenvolver e eliminação das administrações de ferramentas específicas. Essa função auxiliar também pode envolver, a seu pedido, as instituições públicas do Estado. Para organizar a direcção ministerial deste processo, um comité de direcção colocado com a FIPA atender aos secretários-gerais dos ministérios -chave. Além disso, peço-lhes para identificar, dentro dos departamentos sob sua responsabilidade, um correspondente dedicado a estas questões, para criar uma verdadeira rede de interdependências dos atores na política de gestão pública do património intangível. Finalmente, gostaria de apoiar financeiramente os esforços para revitalizar a gestão dos ativos intangíveis. Assim, após a validação pela APIE, os departamentos receberão um retorno sobre as receitas orçamentais adicionais obtidos pelo valor desses ativos

	<p>intangíveis. Esse retorno será de 100 % em 2007 e 80% a partir de 2008 e os 20% restantes vão contribuir para a redução da dívida.</p> <p>A estratégia para modernizar a gestão dos ativos intangíveis do Estado será regularmente avaliada sob a responsabilidade do Ministro da Economia.</p> <p>A economia do conhecimento e do intangível é um grande desafio para a nossa administração e nosso governo. Já, a batalha pelo talento, ideias, inovação, marcas, ocorre em todo o mundo. Devemos dar-nos os meios para enfrentar este desafio, que é também uma oportunidade para a França.</p> <p>Dominique de Villepin</p>
--	--

ANEXO II - Proposta de alteração ao art. 111 da Lei 8.666/93

<p>Redação atual - Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 sobre Licitações e Contratos Administrativos:</p> <p>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.</p> <p>Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos 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.</p>	<p>Redação proposta – Projeto n.</p> <p>Art. 111. Os contratos, convênios, termos de cooperação, concursos e demais acordos de vontade celebrados pela Administração que possam produzir inovação tecnológica ou obra imaterial deverão conter cláusula dispondo acerca dos direitos patrimoniais decorrentes.</p> <p>§1º. Caso os direitos patrimoniais sobre a propriedade intelectual decorram de investimento público, direto ou indireto, deverão ser obrigatoriamente transferidos ao patrimônio público.</p> <p>§2º. Admitir-se-á a pactuação com terceiros envolvendo os direitos materiais decorrentes da criação, seja o autor servidor público ou particular, desde que assegurados os interesses da Administração.</p> <p>§3º. O servidor público, efetivo ou nomeado, que tiver participado da criação de inovação ou obra imaterial poderá receber parcela dos direitos materiais dispostos nesse artigo, pactuados na forma do parágrafo anterior, respeitado o</p>
---	--

	<p>limitativo de 30% (trinta por cento), a ser dividido proporcionalmente em caso de autoria coletiva.</p> <p>§4º. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, a contratação 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 para garantia da continuidade dos serviços em caso de rescisão contratual ou encerramento das atividades da contratada.</p>
--	--