



ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS – RIO DE
JANEIRO

ESTUDO SOBRE O SOFTWARE LIVRE

COMMISSIONADO PELO INSTITUTO NACIONAL DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (ITI)

JOAQUIM FALCÃO
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
RONALDO LEMOS
JULIANO MARANHÃO
CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUSA
EDUARDO SENNA

Rio de Janeiro, 18 de março de 2005.



Esta obra é publicada sob a licença

Creative Commons Atribuição 2.5 Brasil

<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/br/>



Joaquim Falcão. Doutor em Educação pela Université de Génève. Master of Laws (LLM) pela Harvard University. Professor de Direito Constitucional da UFRJ e FGV. Autor de livros e artigos sobre Direito, Democracia, Terceiro Setor e Patrimônio Cultural. Diretor da FGV DIREITO RIO.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Professor titular da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Filosofia pela Johannes Gutenberg Universität, Mainz-Alemanha; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP; Livre-Docente em Filosofia do Direito, conferido pela Faculdade de Direito da USP.

Ronaldo Lemos, Mestre em Direito pela Universidade de Harvard, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP, Diretor do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, professor e coordenador da área de propriedade intelectual e diretor do projeto Creative Commons no Brasil.

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. Doutor em Lógica Jurídica pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Pesquisador Visitante nas Universidades de Leipzig, na Alemanha e Maastricht, na Holanda.

Carlos Affonso Pereira de Souza. Professor da Graduação da FGV, UERJ e PUC. Mestre em Direito Civil e Doutorando pela UERJ. Diretor Adjunto do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro.

Eduardo Ghiaroni Senna. Coordenador de Projetos do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro e sócio do escritório KCP Advogados e Associados.



INTRODUÇÃO

O advento do software livre trouxe consigo uma profunda transformação nos debates sobre os escopos e fundamentos da propriedade intelectual, especialmente no contexto das modificações legais sofridas por esta nas últimas décadas¹. O software livre foi também responsável por novas perspectivas de desenvolvimento econômico e social, em que a produção econômica é descentralizada e apresenta incentivos globais diferentes dos incentivos que historicamente sempre foram tidos como mais importantes para a criação intelectual².

O objetivo dessa introdução é traçar historicamente o surgimento da idéia de “software livre”, demonstrando o contexto e os propósitos do seu surgimento. Através dessa breve análise histórica, é possível destacar elementos que serão retomados ao longo do presente estudo, especialmente elementos que justificam a implementação de políticas públicas que possuem por objetivo fomentar a utilização do software livre.

Essa introdução retoma em diversos aspectos a descrição feita pelo professor Lawrence Lessig, da Universidade de Stanford, do surgimento do software livre³, complementando-a. O objetivo não é ser exaustivo na descrição de conceitos técnicos, nem mesmo ser exaustivo quanto à descrição histórica do software livre. O propósito maior é destacar elementos que serão posteriormente retomados sob ao longo do presente estudo sob outros ângulos de análise, sobretudo jurídicos.

Primeiramente, é importante destacar a importância do que se chama “código” para o desenho de um software. Com a tecnologia digital e o avanço da Internet, aqueles que possuem acesso ao universo digital lidam com o resultado do “código”. É importante lembrar que o código torna-se cada vez mais relevante não somente para aqueles que possuem acesso a computadores, um bem de difícil acesso em nosso país, mas também para outros meios digitais que se expandem e se sofisticam, como os telefones celulares

¹ Para uma descrição detalhada das modificações dos direitos autorais a partir da década de 90, ocorridas principalmente nos Estados Unidos, no sentido de torná-los mais rígidos, cf. FISHER, William. “*Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*”, Stanford University Press, 2004.

² BENKLER, Yochai, *Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm*, Yale Law Journal, 2002. Disponível em: <http://www.yale.edu/yalelj/112/BenklerWEB.pdf>.

³ LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas*, Random House”, 2001, p. 51-72.



e a futura TV Digital. Todos são condicionados a instruções previamente estabelecidas através do “código” de programação sobre o qual essas novas estruturas comunicativas e de informação baseiam-se.

Esse código é chamado geralmente de *código fonte* quando nos referimos a um software. O código fonte é a linguagem que permite a um determinado programador desenhar instruções lógicas para um computador sobre aquilo que ele deverá executar. O computador opera, entretanto, com o que se chama “código objeto”, isto é, um conjunto de 0 (zeros) e 1 (uns) na maioria das vezes impenetrável para o entendimento humano ordinariamente. Dessa forma, as instruções dadas pelo programador através do “código fonte” são posteriormente “compiladas” pelo computador, isto é, traduzidas da linguagem intermediária do código-fonte para a linguagem da máquina, composta de 0 (zeros) e 1 (uns).

Note-se que em uma analogia explicativa, o código-fonte funciona como o conjunto de instruções que permite o estudo e o entendimento do conjunto de instruções que constituem a essência de um software. Nesse sentido, seria como a receita de um bolo. Com o acesso à receita, é possível entender o conjunto de processos pelo qual o bolo foi feito. Sem a receita, é até possível entender esse mesmo processo, mas isto dependerá de uma série de experimentações de tentativa e erro, que podem ou não levar à replicação perfeita do resultado alcançado. Esse conjunto de tentativas e erros é chamado de “engenharia reversa”. Esse conceito será retomado abaixo.

O código-objeto é assim aquele que importa para o computador. Entretanto, é o “código-fonte” que permite o entendimento do código-objeto ligando o computador ao programador. É ele também que permite o acesso e o estudo do conhecimento incorporado na construção do software. E acima de tudo, é o acesso ao código-fonte que permite que modificações possam ser feitas no programa.

Entretanto, ao analisar a maioria dos programas utilizados por um usuário de computador doméstico, é de se notar que o acesso ao “código-fonte” não faz parte do conjunto de informações constantes nos programas. Em outras palavras, a maioria dos programas utilizados cotidianamente, por razões históricas que serão vistas abaixo, são programas cujo código-fonte foi suprimido quanto ao usuário. No jargão técnico, o programa de computador que não vem acompanhado do código-fonte é chamado de programa de



“código-fechado”. Quando o código fonte é suprimido de um programa de computador, são suprimidos também, além do código, dois outros importantes elementos: (a) o conhecimento em torno do programa; (b) a possibilidade de inovação a partir daquele programa.

Note-se que o presente panorama em que os programas de computador possuem seu código-fonte suprimido é produto de um contexto histórico. Essa não foi sempre a situação majoritária. Nos primórdios da computação, ainda na década de 60, os programas de computador eram incorporados fisicamente ao *hardware* do computador. Nesse sentido, cada software era específico para um único computador. Isso criava diversos problemas, especialmente no que tange à interoperabilidade, a capacidade de um computador lidar com informações de outros computadores.

Naquele contexto, imperava a não-interoperabilidade, criando problemas, por exemplo, para o governo, que gastava vultuosos recursos em computadores e se frustrava na medida em que eles não se comunicavam entre si.

A resposta a esse problema veio em grande medida como uma reação originada na empresa norte-americana AT&T. Por causa de uma limitação legal, a AT&T não possuía autorização para fabricar computadores ela mesma. Por isso, precisava comprar computadores de diversos fabricantes para gerenciar as redes de telefone naquele país. Dois programadores da empresa, sediados nos *Bell Labs*, decidiram enfrentar esse problema. Eles tiveram a idéia de escrever um sistema operacional que pudesse funcionar em qualquer computador, podendo ser traduzido de um padrão para outro. Desse modo, um programa escrito uma única vez poderia ser rodado em vários computadores diferentes.

O nome dado a esse sistema operacional foi UNIX. Também por causa das restrições legais impostas à AT&T, a empresa não tinha autorização para vender o sistema operacional que criara. E nesse sentido, optou por distribuí-lo livremente. Os programadores responsáveis pela criação do software, Ken Thompson e Dennis Ritchie, convenceram assim a empresa distribuir o UNIX para qualquer interessado.

Os primeiros receptores do UNIX foram universidades. Departamentos de ciência da



computação começaram a trabalhar sobre o software, aperfeiçoando-o e complementando-o. Em outras palavras, construindo novo conhecimento a partir do conhecimento contido no código-fonte do UNIX. O UNIX, por todo esse período, funcionava como um bem de toda sociedade: ele encontrava-se não só disponível para qualquer pessoa, como também permitia e disseminava o acesso ao conhecimento incorporado na feitura do programa; além disso, atribuía a qualquer pessoa a possibilidade de inovar a partir daquele corpo de conhecimento. Não havia necessidade de se pedir autorização à empresa AT&T para obter acesso ao código-fonte do programa ou para estudá-lo e modificá-lo.

Em síntese, nos primórdios da computação comercial, os programas de computador já nasceram livres, nos mesmos termos que a implementação do software livre postula atualmente. Foi posteriormente que esses programas deixaram de ser livres, conforme descrito a seguir.

Com a disseminação do acesso e utilização de computadores, esse cenário começou a mudar. Um marco dessa mudança ocorreu no Massachusetts Institute of Technology (MIT) nos Estados Unidos. Um pesquisador daquela instituição, chamado Richard Stallman desempenhou um papel importante naquela mudança. Durante a maior parte dos anos 70, a computação permanecia tendo como regra a abertura do código. O fechamento era exceção, inclusive, mal vista por parte de programadores de maneira geral.

Stallman trabalhava com uma rede de computadores que por sua vez era conectada a uma impressora. Um programa escrito pela equipe de programadores do MIT controlava a impressora, inclusive acusando quando havia um problema na impressão. Em 1984 o programa que controlava a impressora foi substituído por outro. Stallman solicitou então à empresa que havia fornecido o programa o código-fonte do mesmo, para que ele pudesse ser aperfeiçoado às necessidades do laboratório. A empresa recusou-se a fornecê-lo.

Stallman tomou a atitude da empresa como uma ofensa moral. Para ele, o conhecimento contido no programa que controlava a impressora era produto de um esforço coletivo e a supressão do mesmo deu início à reação. Em 1985 foi criada a Fundação do Software Livre (*Free Software Foundation*⁴), entidade com o objetivo de fomentar o desenvolvimento de software que permitisse à sociedade o acesso ao conhecimento nele incorporado, na

⁴ www.fsf.org



forma de código-fonte. Em 1984, um outro evento deu ainda mais impulso ao movimento do software livre. Graças ao processo de reestruturação legal da empresa, a AT&T, desmembrada em empresas menores, viu-se livre das restrições históricas a ela aplicadas quanto às limitações de área de atuação. Com isso, a empresa decidiu ingressar no ramo computacional e sua primeira decisão foi passar a exercer controle sobre o UNIX, decidindo que o software não seria mais livre. Qualquer pessoa interessada na utilização do programa teria de obter autorização através de uma licença da AT&T.

A resposta da *Free Software Foundation* foi ambiciosa. Uma vez que o UNIX não era mais livre, a idéia foi desenvolver um substituto ao UNIX que fosse definitivamente livre. Surgiu assim o projeto de criação do programa GNU, sigla que significa “GNU is Not Unix” (GNU não é UNIX). O projeto teve continuidade pelos anos seguintes, até que em 1991, um estudante finlandês chamado Linus Torvalds desenvolveu o componente que faltava para o sistema operacional GNU, o chamado *kernel*⁵. Surgiu assim o sistema operacional chamado GNU/Linux, popularmente conhecido como Linux.

O instrumento para garantir que o GNU/Linux fosse mantido sempre aberto consistiu em um contrato jurídico, chamado de GNU GPL (GNU General Public License ou Licença Pública do GNU). Através da GNU GPL foram estabelecidos os quatro pilares básicos do software livre. Esses pilares consistem em quatro liberdades fundamentais que definem se um software é livre ou não. São elas:

- a) A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito.
- b) A liberdade de estudar como o programa funciona, e de adaptá-lo às suas necessidades. O acesso ao código-fonte é uma condição prévia para o exercício dessa liberdade.
- c) A liberdade de redistribuir cópias, de modo que você possa auxiliar outras pessoas.
- d) A liberdade de aperfeiçoar o programa e distribuir esses aperfeiçoamentos para o público, de modo a beneficiar toda a comunidade. O acesso ao código-fonte é também uma condição prévia para o exercício dessa liberdade⁶.

⁵ O termo “kernel” é definido pela Wikipedia como a parte central e essencial de um sistema operacional. Cf. http://en.wikipedia.org/wiki/Kernel_%28computer_science%29.

⁶ <http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>



O lançamento da versão do GNU/Linux através da licença GNU GPL, contendo as quatro liberdades acima, permitiu que programadores de todo o mundo pudessem se dedicar ao desenvolvimento do programa e assegurando que todos esses desenvolvimentos fossem mantidos com as mesmas liberdades originais. O resultado é que o sistema GNU/Linux tem sido o sistema operacional que mais cresce competitivamente no mundo hoje, tendo se tornado em uma importante alavanca econômica para diversos modelos de negócio.

Convém lembrar que o sistema operacional GNU/Linux é apenas um dentre milhares de outros softwares livres. Como exemplo de outros softwares também livres, encontra-se o servidor Apache, o grupo de programas para escritório OpenOffice e o paginador (browser) da Internet Firefox. Há milhares de outros projetos sendo desenvolvidos de modo colaborativo no mundo hoje, para a criação de outras aplicações em software livre. Trata-se de um movimento global, que abrange centenas de milhares de pessoas em todo o mundo, no sentido de desenvolver programas de computador que possam ser livremente estudados e aproveitados por qualquer pessoa.

Do ponto de vista social, o software livre constrói um patrimônio comum de toda sociedade na forma de conhecimento. Esse patrimônio comum permite, por exemplo, que o conhecimento seja assimilado de forma muito mais fácil pelos agentes sociais. Com isso, a possibilidade de inovação torna-se acessível a todos e não apenas àqueles que controlam privadamente determinado rol de conhecimentos.



A CONSTITUIÇÃO E O SOFTWARE LIVRE

1. Introdução:

Cada constituição reflete e, ao mesmo tempo, cria sua época. A constituição de 1988 não é diferente. Refletiu a busca da sociedade pela democracia e agora ajuda a forjá-la, a constituí-la. Este, seu destino maior. Está determinado logo no artigo 1º, onde se lê que “A República Federativa do Brasil (...) constituiu-se em Estado Democrático de Direito...”.

Analisar constitucionalmente o software livre é, pois, analisá-lo em relação ao próprio Estado Democrático de Direito. O software livre contribui ou não para sua implementação? Para sua efetividade na vida cotidiana? Para tanto, é preciso relacionar o software livre com os princípios constitucionais que especificam e decorrem deste compromisso democrático expresso no artigo 1º – compromisso que Luís Roberto Barroso denominou de “ideologia da constituição”.⁷

A tarefa está dividida em duas partes principais. Na primeira – “As três dimensões do software livre” –, define-se um conceito de software livre, determinando-se suas múltiplas dimensões relevantes para a análise. Divide-se em três tópicos.

“A dimensão jurídica: O contrato de licenciamento em rede”, onde se explicita a forma jurídica que assume o software livre através do contrato de licenciamento com base em licenças específicas, das quais a mais conhecida é a Licença Pública Geral (GPL);

“A dimensão pública: As políticas públicas”, onde são analisados os diferentes tipos de políticas públicas que envolvem o software;

Finalmente, “a dimensão epistemológica”, a partir da qual se enfoca o software livre como expressão de um novo modo de produção de conhecimento tecnológico.

Na segunda parte – “Os princípios constitucionais” –, tomam-se quatro princípios (princípio democrático, publicidade, função social da propriedade e soberania) a partir dos quais será avaliada a constitucionalidade, ou não, de ações governamentais que

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1998; p. 141.



promovam o software livre.

2. As três dimensões do software livre:

O artigo 1º da Lei nº 9.609/98 define software como “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada”. O termo “software” nos remete a um produto da imaginação tecnológica. Já “software livre”, por outro lado, coloca-nos diante de um produto da imaginação jurídica. Consiste na normatização, pública e privada, de como se adquire, usa, goza e distribui o software na sociedade.

Por software livre⁸ entenda-se aquele em que o autor permite aos seus usuários quatro direitos ou liberdades: (a) a liberdade de executar o programa a qualquer propósito; (b) a liberdade para estudar o programa e adaptá-lo as suas necessidades; (c) a liberdade de distribuir cópias de modo que auxilie a terceiros; (d) a liberdade de aperfeiçoar o programa e divulgar para o público.⁹ As duas últimas constituem o que se denomina de cláusula de compartilhamento obrigatório.

Além dessa cláusula de compartilhamento obrigatório, que assume a natureza jurídica de estipulação em favor de terceiros, conforme analisado no capítulo posterior, é da essência do software livre que o acesso ao seu código-fonte também seja livre. Em outras palavras, o código-fonte do software deverá ser revelado e, portanto, não de conhecimento exclusivo de seus autores e proprietários. Programas de computador ou sistemas operacionais são originariamente escritos por seres humanos em uma linguagem de

⁸ O debate contemporâneo sobre o software tem produzido uma série de interpretações e definições diferentes deste conceito, passando pela reformulação de conceitos correlatos como “software de domínio público” (*public domain software*), “Copylefted software”, “semi-free software” e “non-copylefted software”. Para os fins deste trabalho, os termos “software open source” e “software livre” – maneiras mais frequentes de se referir a este novo modo de produção de conhecimento tecnológico – podem ser utilizados indistintamente, embora a expressão “open source” tenha sido geralmente reservada para formas menos radicais de distribuição e acessibilidade ao código-fonte (cf. FUGGETTA, Alfonso. “Open Source software – an evaluation”, in *The Journal of Systems and Software* 66 (2003), pg.78, e FREE SOFTWARE FOUNDATION (FSF), “The Free Software definition”, in <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>, acessado em 21/02/05).

⁹ STALLMAN, Richard. “The GNU Project” (in <http://www.fsf.org/gnu/thegnuproject.html>, acessado em 16.02.2005). Para uma reflexão sobre o impacto das quatro liberdades no regime de proteção do software, vide ainda LEMOS, Ronaldo. “Copyright ou Copyleft? Lições do Modelo Open-Source e o Caso Microsoft”, in Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.) *Conflitos sobre Nomes de Domínio e outras Questões Jurídicas da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; p. 376/387.



programação. O resultado desta programação é chamado de código fonte.¹⁰ Falamos de um código-fonte “aberto” quando o mesmo se encontra disponível em maior ou menor extensão ao conhecimento público.¹¹

Neste sentido, um código-fonte aberto, acessível ao conhecimento de terceiros, é a primeira condição para que possam ser feitas, por parte destes terceiros, modificações, adaptações e aperfeiçoamentos. Na verdade, a abertura do código fonte e a necessária aceitação do compartilhamento obrigatório se constituem nos pressupostos fáticos sem os quais a idéia de software livre não subsiste.¹²

São três as dimensões a partir das quais se enfoca o software livre em suas relações com os princípios constitucionais: uma dimensão formal, como *contrato* privado, e duas dimensões substantivas – como *política pública* e como *modo de produção do conhecimento* tecnológico.

A primeira dimensão compreende a simples relação de troca entre o autor do código fonte e seus múltiplos, inominados e sucessivos usuários. Nesta dimensão, estamos nos domínios do direito de propriedade e, dentro deste, na seara específica do direito de propriedade intelectual. O foco é o contrato, com os direitos e obrigações nele estabelecidos entre o autor e os usuários em torno do usar, gozar e dispor do software livre. É sua dimensão contratual. Limita-se às partes da relação, sem indagar quem são e quais as suas conseqüências. Faz parte da tarefa de normatização das trocas sociais.

A segunda dimensão aparece quando se indaga sobre as partes da relação; uma delas pode ser justamente a administração pública. Neste caso, além da dimensão de direito de

¹⁰ Pode-se definir código-fonte como “a versão original de um programa, que pode ser lida normalmente, escrita em determinada linguagem de programação, antes de o programa ser compilado ou interpretado e ficar em linguagem própria à leitura de máquina.” (in DYSON, Peter. *Dicionário Prático para PC*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 1995; p. 147).

¹¹ O acesso ao código-fonte é condição necessária, mas insuficiente para que possamos falar em “software livre”. É possível que uma empresa torne o código-fonte de um de seus programas acessível a determinados usuários ou grupos de usuários, sem, contudo, permitir que o mesmo seja alterado. A própria Microsoft já implementou um programa semelhante, no qual foi permitido o acesso de usuários a partes do código fonte do programa Windows. Trata-se do projeto Shared Source (www.microsoft.com/resources/sharesource/default.msp). A questão é, portanto, muito mais ampla do que o simples acesso ao código fonte, embora esta característica seja central e capaz de gerar inúmeras conseqüências práticas.

¹² Existem gradações tanto no que diz respeito à extensão do público com direito a conhecer o código fonte, quanto ao ônus que se impõe a quem quer conhecê-lo. Variando da gratuidade absoluta até as múltiplas formas de limitar e onerar o acesso ao conhecimento. Neste trabalho, trabalhamos com o exemplo da licença GNU/GPL, que implica no acesso público e gratuito sem restrições.



propriedade intelectual, surge a dimensão do ato administrativo. O foco é a política pública que busca atender demandas de informatização e, ao mesmo tempo, contribuir para atingir os objetivos diretos e indiretos de curto, médio e longo prazo, da administração pública, entre os quais a autonomia tecnológica do país. Pode-se dizer que esta é a dimensão governamental do software livre. Faz parte da tarefa de gestão do Estado.

Finalmente, a terceira dimensão surge quando se avaliam suas conseqüências e o software livre, que já apareceu como contrato e como política pública, aparece agora como participante de um determinado modo de produção do conhecimento tecnológico. Aqui, o software livre é entendido como um meio que contribui para a produção, circulação, difusão e distribuição do conhecimento. Esta dimensão epistemológica não é nem privada, nem governamental. É mais. É de interesse geral. É a dimensão pública por excelência. Abrange a sociedade como um todo: governo e sociedade. Faz parte da tarefa civilizatória. Contribui para a construção do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição.

Esta tríplice divisão tem validade meramente analítica. Não são dimensões estanques. Ao contrário, se interpenetram. Estão todas presentes em todos os momentos. Uma à outra se sobrepondo. Por exemplo: a opção da administração pública pelo software livre em detrimento do software proprietário, além de implicar obrigações contratuais distintas diante do autor, é instrumento de uma política pública que acarreta conseqüências diferenciadas diante dos múltiplos caminhos do progresso tecnológico de um país. Integrar estas múltiplas dimensões sob o olhar constitucional é o desafio maior.

Se as duas primeiras dimensões – a das relações contratuais e a de política pública – são visíveis quase a olho nu, a terceira, a epistemológica, a da contribuição do software livre para o progresso do conhecimento tecnológico, em geral não o é. E, no entanto, no mundo de hoje, esta é uma dimensão decisiva, que inclui as demais. É uma dimensão constitucional por excelência.

Constitucional no sentido de ser o epicentro de um debate que remete aos próprios alicerces que sustentam a vida em sociedade. Nessa mesma perspectiva, ao comentar sobre a necessidade de se proporcionar meios para que a inovação – seja ela tecnológica, cultural ou científica – se desenvolva livremente na sociedade, Lawrence Lessig qualifica esse debate não como um debate moral ou político, mas sim “como uma questão constitucional: pois ela trata dos valores fundamentais que definem uma



sociedade.”¹³

O debate também possui uma dimensão constitucional por guardar seus fundamentos e suas chaves interpretativas na própria Constituição Federal, na qual estão previstos os princípios informadores da utilização e do licenciamento característicos do software livre.

Como adverte Ronaldo Porto Macedo¹⁴, todo contrato tem conseqüências além das partes direta ou indiretamente envolvidas. No caso, querendo-se ou não, qualquer contrato tem um impacto no desenho e no redesenho do modo de produção, circulação e distribuição da riqueza, poder e conhecimento, e, portanto, no próprio conceito do que é justo e adequado à sociedade.

2.1. A dimensão jurídica : O contrato de licenciamento em rede

O contrato de licenciamento em rede é uma evolução do contrato de licenciamento. A teoria contratual clássica de origem liberal entende o contrato como um acordo realizado pela livre vontade de partes formalmente iguais para realização de trocas de bens ou serviços mediada por um valor equalizante: o dinheiro. O *welfare state* interferiu nesta teoria limitando, por parte do Estado, a liberdade das partes em contratar a partir de uma série de considerações englobadas no denominado “interesse público”, como estabeleceu a Constituição de 1969, por exemplo, ao elevar a função social da propriedade à categoria de princípio da ordem econômica e social.

O contrato em rede é uma evolução porque incorpora elementos da teoria liberal clássica, como a autonomia da vontade, e também do *welfarismo*, como a função social do software, dando-lhes, porém, outra configuração e sentido. Dá um passo adiante. Passo decisivo.

O exercício das quatro liberdades que constituem o contrato de licenciamento em rede – usar, adaptar, distribuir, e aperfeiçoar - tem duplo significado. Para o autor, o licenciante, a cláusula de compartilhamento obrigatório é um voluntário limite que se impõe, uma obrigação que ele mesmo estabelece para seu direito de autor. Neste sentido, exerce a

¹³ LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas*. Nova Iorque: Random House, 2001; p. 11. No original: “It is instead best described as a constitutional question: it is about the fundamental values that defines this society (...).”

¹⁴ MACEDO, Ronaldo Porto . *Contratos Relacionais e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 2001; pg. 53.



autonomia da vontade da teoria contratual liberal clássica. O resultado desta autolimitação é que, para os futuros indeterminados usuários, os licenciados, estas liberdades convertem-se em direitos. Por sua vez, a aquisição destes direitos é condicionada ao repasse a futuros usuários indeterminados não só os aperfeiçoamentos e modificações que porventura o próprio usuário venha a fazer no software original, como também a permissão de uso. Trata-se de uma legítima condição para que o licenciado possa exercer os direitos transmitidos através do contrato.

Dizemos que é um contrato de licenciamento em rede porque institucionaliza uma livre reprodução de inovações e de uso do software em cadeia, através do mecanismo que faz com que o licenciado de hoje seja *ipso facto* o licenciante de amanhã. Num certo sentido, este contrato é uma espécie de contrato viral, na medida em que a cláusula do compartilhamento obrigatório inculca-se em todos os contratos, os fazendo partícipes de uma mesma situação.¹⁵

Por mais inusitado que possa parecer, neste contrato o usuário de um software livre não tem a liberdade de decidir acerca dos frutos das liberdades/direitos que recebeu do autor, nem mesmo acerca dos aperfeiçoamentos que tenha aduzido ao código fonte. Ou melhor, a liberdade que ele tinha de destinar os frutos desta liberdade foi por ele próprio aprioristicamente exercida. Precede ao estudo, à divulgação, ou à realização de modificações no software original. No mesmo momento em que ele, usuário indeterminado, decidiu usar, estudar ou aperfeiçoar o software livre disponível no mercado, comprometeu também, pelo mesmo ato, seus eventuais direitos de autor. Comprometeu o eventual acréscimo de sua criação em favor dos próximos futuros usuários indeterminados. Em favor da rede.

No software livre, o direito de autor é, pois, um duplo e concomitante exercício: o da liberdade de criar e usar e o de comprometer este uso e criação para com terceiros.

Em síntese, são seis as características principais do contrato de licenciamento em rede:

(a) Neste contrato, pela cláusula de compartilhamento obrigatório, onde a parte contratada se obriga como futura parte contratante a aceitar as mesmas limitações ao uso, gozo e disposição de seus direitos de autor, todas as partes são ao mesmo tempo

¹⁵ No texto “The Myths and Realities of Open Source Code Licensing: Business and Legal Considerations”, Harry Rubin utiliza a expressão “contrato viral”, mas em sentido e contexto ligeiramente diferentes. (in www.hewm.com, acessado em 19.12.2004).



contratantes e contratados, licenciantes e licenciados.¹⁶ Esta dupla subjetividade é o vínculo que une os inúmeros e imprevisíveis participantes da rede e cria uma situação de interdependência e interconectividade, característica de redes enquanto comunidades virtuais. Tem, pois duplo efeito. Juridicamente, é vinculante das partes. Organizacionalmente, é estruturante da rede.

(b) Esta cláusula de compartilhamento obrigatório exerce pelo menos duas funções. Primeiro, transforma o contrato de licenciamento numa oferta *erga omnes*, constituindo então uma rede aberta. Segundo, não estabelece nenhum impedimento para que, no futuro, este ou aquele licenciado entre na rede sejam impedimentos com base em *status* jurídico, sejam com viés econômico, de sexo, raça, nacionalidade ou de qualquer outro tipo. Não cria nenhuma escassez legal, como no contrato liberal clássico. A única exigência necessária é o mero ato de adotar o software livre, por seu uso ou por sua recriação. É o vírus. Trata-se de uma exigência que chamamos de estruturante.

(c) O que justifica a dupla subjetividade é a comunhão da rede em torno de interesses que extrapolam os interesses imediatos das partes originárias. Estes interesses são em princípio de duas naturezas. Primeiro, destaca-se o interesse individual de cada um, de cada terceiro, em resolver com aquele software o seu problema de uso ou de falta de base para aperfeiçoamentos. Neste estágio inicial o software livre aparece com um rudimentar “*little program*”: beneficia poucas pessoas - apenas aquelas com problemas idênticos ao do criador do programa -, o que enfatiza nitidamente o aspecto individualizante deste modelo de desenvolvimento de programas de computador.¹⁷

Segundo, é o interesse coletivo que surge à medida que novos aperfeiçoamentos vão sendo adicionados; o “*little program*” então se desenvolve e se torna um programa-sistema, já beneficiando então muitos usuários.¹⁸ A possibilidade de desenvolver

¹⁶ Conforme estabelece a cláusula sexta da GPL: “Cada vez que você redistribuir o Programa (ou obra baseada no Programa), o receptor receberá, automaticamente, uma licença do licenciante original, para copiar, distribuir ou modificar o Programa, sujeito a estes termos e condições. Você não poderá impor quaisquer restrições adicionais ao exercício, pelos receptores, dos direitos concedidos por este instrumento.” (in <http://creativecommons.org/licenses/GPL/2.0/legalcode.pt> - tradução realizada pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV-Rio)

¹⁷ EDWARDS, Kaspers. “An economic perspective on software licenses – open source, maintainers and user-developers”, in *Telematics and Informatics* 22 (2005), pgs. 126-127: “The first version of a program is usually very rudimentary and only contains the very core features, which the maintainer desires. Such a program resembles what Brooks (1995) refers to as a little program, which has difficulties functioning outside the confinements of the development environment where it was conceived. (...) The program has been developed to provide the maintainer with a particular use-product.”

¹⁸ Idem, *ibidem*.



programas-sistemas de caráter coletivo é uma das bases de um consenso que se reforça à medida que novos contratantes aderem ao contrato de licenciamento.

Este consenso é indireto e se dá implicitamente em torno da convergência dos esforços individuais e comunitários (as unidades das redes), em prol de um novo modo de produzir inovação tecnológica de caráter coletivo capaz de beneficiar a cada um em particular e a todos ao mesmo tempo. O caráter inevitável do contrato em rede é a criação coletiva de um conhecimento coletivo não apropriado por qualquer das partes, mas pela coletividade, pela comunidade em geral. Trata-se de um “*commons*”.¹⁹ Por isto se diz e com razão que o contrato em rede viabiliza um modo colaborativo acumulativo de produção do conhecimento.

(d) Este interesse comum não é ditado como no *welfarismo* por uma imposição legal, estatal, fora do âmbito do contrato, fora do âmbito da vontade das partes. Não é fruto do planejamento estatal, mas do próprio contrato. Trata-se da expressão da livre vontade das partes, que, como em qualquer contrato, se limita. O interesse comum visado não decorre de lei, mas da vontade. Não é imposição governamental, mas sim opção individual. No caso, as partes –tanto como autores da inovação, quanto como meros usuários – se autolimitam. O fundamental é notar que estamos diante de uma autolimitação privada eivada de interesse público. Pelo fato de o licenciado ser sempre indefinido, da inovação estar sempre aberta a qualquer um, o licenciante exerceu sua liberdade contratual escolhendo como parte contratante não um indivíduo ou uma empresa, mas a comunidade.

Daí se poder dizer que, no caso do contrato em rede, o que se tem é um contrato privado, porém público, para usar a feliz expressão de Rubem César Fernandes. Assim, soa inadequado falar, como no contrato liberal, da dicotomia entre interesses privados egoístas e interesses públicos altruístas. Trata-se de um contrato onde o público e o privado são convergentes. Preenche pragmaticamente uma necessidade individual de informatização, ao mesmo tempo em que reforça idealisticamente um interesse geral, isto é, o próprio modo de produção da inovação.

(e) Esta autolimitação privada conjugada ao interesse público não expressa, como na

¹⁹ Com apoio no conceito apresentado pelo Oxford English Dictionary, Lawrence Lessig define “commons” como “algo que se usa ou possui de forma coletiva, para ser detido ou aproveitado igualmente por um número de pessoas”. Complementa o autor que “na maior parte dos casos, o ‘commons’ é um recurso ao qual qualquer um dentro de uma dada comunidade pode ter direito sobre, sem que seja necessária pedir permissão a qualquer pessoa.” (in *The Future of Ideas*. Nova Iorque: Random House, 2002; pp. 19/20).



teoria contratual liberal clássica, a preponderância do interesse privado econômico, - a busca do lucro -, como único motor contratual. Ao contrário, vários motores, motivações outras, interferem. No fundo trata-se de um bom exemplo de como perseguir o objetivo fundamental estabelecido no artigo 3º, I da Constituição: “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Às vezes mais, às vezes menos explicitamente, esboça-se um consenso das partes em torno de um dever de solidariedade entendido como em Ronaldo Porto Macedo como “*a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico*”.²⁰

Neste sentido, a solidariedade em torno de múltiplos outros valores, e não apenas a busca da vantagem econômica, a apropriação privada da inovação e do lucro que caracteriza o modo de produção de livre concorrência, passa a ter importante função na otimização do mercado, donde na produção do conhecimento.²¹ Neste mesmo sentido, diz Benkler que os programadores colaboram e iniciam projetos por várias motivações, nem todas elas plenamente aproveitadas em um modelo organizacional de mercado ou de corporações, nos quais os incentivos para a alocação de recursos são, respectivamente, os preços pagos pelos serviços e os salários recebidos em troca da obediência hierárquica.²² Neste mesmo sentido ainda, Gibbons diz que o modo de produção de conhecimento que o contrato de licenciamento em rede formaliza engloba “muito mais do que considerações comerciais”.²³ Engloba o mercado, mas vai além. A plurimotivação convergente é uma das principais características deste contrato de licenciamento em rede.

²⁰ MACEDO JR, Ronaldo Porto, Op. cit., pg. 189.

²¹ Idem, ibidem.

²² BENKLER, Yochai. “Coase’s Penguin, or Linux and *The Nature of the Firm*”, in *Yale Law Journal* 112 (2002), *passim*. Andrea Bonaccorsi e Cristina Rossi também identificam essa diversidade de motivações na própria origem do movimento Open Source: “*Intellectual gratification, aesthetic sense and informal workstyle are all recurrent features of the set different motivations underlying the invention of Open Source. In economic terms, these motivations refer to intrinsic or non-pecuniary rewards.*” Para as autoras, porém, tais motivações seriam insuficientes para explicar a persistência de programadores ao longo dos anos em produzir no modelo Open Source. Nesse sentido, ressaltam também a importância de fatores como reconhecimento profissional (isto é, o prestígio adquirido pelo programador ao se envolver em um projeto Open Source bem-sucedido) e produção voltada para as próprias necessidades [*self-production*] (BONACCORSI, Andrea e ROSSI, Cristina. “Why Open Source Software can succeed”, in *Research Policy* 32 (2003), pgs. 1245-1246).

²³ GIBBONS, Michael. “Innovation and the Developing System of Knowledge Production”, disponível no site <http://web.archive.org/web/20031227102019/http://edie.cprost.sfu.ca/summer/papers/Michael.Gibbons.html>. Acessado em 21/02/05.



(f) Ao contrário dos contratos relacionais, que geralmente somam diversos tipos de contratos em torno de um objetivo comum, não há aqui de se falar em plurais. Nem de rede de contratos, nem de contratos em rede, mas apenas de contrato em rede, no singular. Trata-se de um único e mesmo tipo de contrato com idênticas cláusulas vinculantes, o que assegura a identidade diferenciadora da rede. Esta uniformidade contratual permite a comunicação intra-rede e atua como um mesmo código de comunicação. A uniformidade contratual, enquanto significante da comunicação e diferenciação de uma rede aberta, sem empecilhos de entrada, acaba por formatar este novo processo de produção do conhecimento como um processo de inovação permanente e acumulativo. O aperfeiçoamento de um beneficia uniformemente a todos.

Por este motivo, diz-se que, no contrato em rede, existem três conseqüências principais, cada uma referindo-se a uma dimensão específica do software livre. Uma conseqüência jurídica de direito privado, restrita à alocação do conhecimento entre as próprias partes contratantes. Uma conseqüência de política pública, referente ao atendimento das demandas de informatização. E uma conseqüência epistemológica referente à consolidação de um modo de produção de conhecimento colaborativo acumulativo. Estas duas últimas poderiam ser denominadas *conseqüências metacontratuais*. Vai além das partes contratantes, mas nem por isto dissocia-se da própria natureza do contrato. É decisiva.

Esta conseqüência metacontratual – que não se dirige a um definido benefício mútuo das partes, mas ao indefinido benefício público comunitário – é moldada, sobretudo, pelos princípios constitucionais que inspiram, vivificam e implementam a democracia, isto é, o estado democrático de direito.

2.2. A dimensão pública : as políticas públicas

Em linhas gerais, uma política pública é uma resposta a um problema público.²⁴ Trata-se de um conjunto de decisões inter-relacionadas de curto, médio e longo prazo, tomadas pelos atores políticos, bem como o conjunto das ações que delas decorrem, que buscam coordenar e aplicar recursos financeiros e humanos, materiais e imateriais, instituições ,

²⁴ DUBNICK, Melvin J. e BARDES, Barbara A. *Thinking about Public Policies – A problem-solving approach*”. New York: Wiley, 1983. Pg 5.



normas e valores tendo em vista a resolução de um problema público.²⁵ No caso do software livre, são dois os principais problemas públicos a enfrentar.

O primeiro problema envolve atender às necessidades imediatas de informatização da administração pública. Trata-se de uma demanda de caráter sobretudo interno à função de gestão do estado, da máquina administrativa. Que tipo de software utilizar? Estimular a criação de novos softwares pela própria administração pública ou apenas adquiri-los no mercado? Ao adquiri-los, exigir a abertura do código fonte ou não? No caso de abertura, quem teria acesso a este conhecimento? Somente a administração pública ou o público em geral? O software deve ser contratado para um uso específico de um setor governamental específico, ou ele pode vir a ter múltiplos usos por múltiplos setores da administração pública?

O conjunto e a prática das decisões que respondem a estas e inúmeras outras perguntas consubstanciam a política pública de informatização administrativa da administração pública.

Estas decisões do administrador estão sujeitas a certas normas constitucionais, em especial aos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição, quais sejam, os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Estão também e sobretudo sujeitas ao princípio da eficiência, igualmente previsto no *caput* do artigo 37, entendido como uma exigência positiva de que todo comportamento estatal se dê por meios os mais aptos possíveis a desencadear resultados satisfatórios.

Ressalte-se que a eficiência de que fala a Constituição não se resume à simples racionalização do uso dos meios disponíveis para se atingir um fim qualquer pretendido pelo administrador. Não. A ação estatal é constitucionalmente eficiente não apenas quando adota meios adequados, mas também quando elege fins adequados, isto é, satisfatórios, sendo que o critério de “adequação” são as outras normas constitucionais.²⁶ Como observa Paulo Modesto, o administrador Público é obrigado a escolher o melhor resultado possível:

²⁵ JENKINS, Bill. “Policy Analysis: Models and approaches”, in HILL, Michael (org.). *The Policy Process: A reader*. New York: Harvester/Wheatsheaf, 1993. Pg. 34.

²⁶ Cf. MODESTO, Paulo. “Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em 22.02.05. Pg. 09. Segundo o autor, ressaltando a dimensão positiva da norma, o princípio da eficiência pode ser percebido como “uma exigência inerente a toda atividade pública” (idem, pg. 07), possuindo três dimensões distintas de conteúdo material: a ação estatal deve ser idônea (eficaz), econômica (otimizada) e satisfatória (isto é, deve possuir qualidade, tendo a Constituição como parâmetro). (Idem, pg. 10).



“Eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores, é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto a otimização dos meios quanto a qualidade do agir final.”²⁷

Assim, a aplicação do princípio da eficiência na análise da constitucionalidade de políticas públicas deve abranger não apenas a relação entre meios empregados e fins pretendidos, mas também a própria adequação dos fins visados pela ação estatal ao ordenamento jurídico. A expressão *ação estatal*, porém, pode ser enganosa; não apenas o que a Administração fez, mas também o que *deixou de fazer* deve ser encarado como “comportamento adotado” para fins de análise com base no princípio da eficiência.

De fato, nessa mesma linha de raciocínio, é importante notar que não somente o que a administração pública faz, mas também o que não faz constitui uma política pública.²⁸ Este ponto é importante por explicitar que mesmo a ausência de uma expressa, formal e intencional política pública por parte do ator político, do agente ou da autoridade administrativa, as reiteradas e interligadas práticas administrativas acabam por constituir uma política pública de fato. É o que teria ocorrido, por exemplo, com a política pública do governo federal em relação ao uso de software livre. A ausência fática de uma maior conceituação, definição de objetivos e coordenação de recursos e de uma maior reflexão sobre os meios disponíveis e os objetivos a conquistar levou o governo a uma automática contratação de software proprietário – com todas as facilidades e limites que este tipo de programa impõe –, para atender às suas demandas de informatização. Assim, o governo pratica uma política informal, de fato. Mas nem por isto menos merecedora de avaliações e correções por parte da sociedade e do próprio governo, devendo estar plenamente coerente com os já citados princípios do artigo 37 da Constituição.

Além de procurar resolver o problema da demanda de informatização da administração pública no cotidiano da gestão do Estado, o software livre vincula-se a outra política pública de igual responsabilidade e importância para o governo. Trata-se de atender às diretrizes constitucionais estabelecidas no artigo 218 (incentivar a pesquisa e a capacitação tecnológica) e no artigo 219 (incentivar o mercado interno, constituído como patrimônio nacional, através da autonomia tecnológica). Sendo que a pesquisa

²⁷ Idem, pg. 09.

²⁸ Como observa HIGGINS, Joan. *States of Welfare: A comparative analysis of social policy* (1981). Pg. 17.



tecnológica deve voltar-se preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros.

Que tipo de software é mais apto a promover o desenvolvimento do mercado interno, entendido em sua dupla dimensão – governamental e de mercado livre? Esta pesquisa em softwares deve ser desenvolvida pelo governo ou pelo setor privado? Como e por quem deve ser incentivada? Através de organismos estatais ou de empresas privadas? Como estimular através da criação e do uso de softwares uma maior participação de profissionais no processo de produção do conhecimento tecnológico? Como, quando e onde criar padrões abertos para a compatibilização de softwares de origem distintas? Responder a estas e a inúmeras outras questões implica desenhar uma política pública de produção e difusão do conhecimento tecnológico a partir da qual os softwares livres ou proprietários irão se vincular e da qual serão agentes. Dependendo do tipo de software, a produção do conhecimento tecnológico poderá tomar rumos diferentes.

No mundo cada vez mais complexo e interconectado, onde decisões estratégicas preponderam e dão significado a decisões táticas, esta vinculação entre o software livre e objetivos macro sociais é cada dia mais importante. Edwards, por exemplo, adverte que “[o]s governos são atores chave no que se refere à aquisição de softwares e os *policy makers* devem valorizar este poder de demandar licenças, que, além de mera compra de softwares, beneficia a economia que eles têm a responsabilidade de proteger e estimular.”²⁹

Neste sentido, a prática de aquisição de softwares para a gestão cotidiana é uma política pública tática que deveria estar inserida numa política pública estratégica de estímulo à capacitação científica, mercado interno e autonomia tecnológica, como determina a Constituição.

Finalmente, cumpre apenas assinalar que, na definição de uma política pública de software, a administração pública pode atuar de duas maneiras diferentes e preferencialmente complementares: ou como contratante, atuando, comprando, criando ou difundindo softwares, ou como autoridade administrativa, utilizando do *ius imperium* para coordenar recursos, normas e instituições públicas e privadas na consecução dos objetivos estratégicos. Ambos os caminhos devem ser percorridos em estrita consonância com os princípios constitucionais, como argumentaremos posteriormente.

²⁹ EDWARDS, Kasper. “An Economic Perspective on Software Licenses – Open Source, Maintainers and User-Developers”, p. 132 (in www.sciencedirect.com, acessado em 19.12.2004).



2.3. A dimensão epistemológica: o novo modo de produção de conhecimento

As formas jurídicas evoluem na medida em que evolui a realidade social. Surgem então novos arranjos entre direitos e obrigações das partes. A forma jurídica que o software livre assumiu e que engloba todas suas dimensões é, como vimos, a de um contrato de licenciamento em rede. Este novo contrato foi imaginado para atender às demandas de um novo modo de produzir riqueza, poder e conhecimento. Que novo modo é este ?

O atual modo de produção das riquezas não se confunde nem com o modo de produção planejado, a partir de decisões centralizadoras por parte do estado, nem com o modo de produção descentralizado, a partir de decisões livres por parte do mercado. Trata-se de um novo arranjo, capaz de integrar debaixo de novas regras um número crescente, indefinido e imprevisível de atores, que trabalham em geral em equipes transdisciplinares e temporárias, focadas em problemas concretos do seu cotidiano, da indústria ou de qualquer setor da vida social e com baixa hierarquia, o que a atual interconectividade tecnológica global viabiliza através de redes de comunicação formais ou informais.³⁰ Este modo de produção difuso, contextualizado e não planejado do conhecimento, incerto mas previsível, vai além dos limites do mercado e do planejamento e se difunde por toda a sociedade.

Michael Gibbons fala então de um modo de produção de “conhecimento socialmente distribuído”.³¹ Outros, como Yochai Benkler, constataam que a interconectividade global produz uma situação sem a hierarquia e a escassez próprias dos modos de produção com ênfase no planejamento ou no mercado; Benkler denomina este novo modo de produção de “*commons based peer production*”.³² Permite que grupos maiores de indivíduos tenham acesso a conjuntos maiores de informação, podendo escolher os *inputs* e as parcerias mais favoráveis à pesquisa que gostariam de desenvolver. Ao contrário do modo de produção liberal capitalista, onde os participantes são apenas formalmente iguais, ou no contrato *welfarista* clássico, onde se tenta equiparar

³⁰ GIBBONS, Michael. “Innovation and the Developing System of Knowledge Production”, disponível no site <http://web.archive.org/web/20031227102019/http://edie.cprost.sfu.ca/summer/papers/Michael.Gibbons.html>, acessado em 21/02/05.

³¹ GIBBONS, Michael. “Innovation and the Developing System of Knowledge Production”, disponível no site <http://web.archive.org/web/20031227102019/http://edie.cprost.sfu.ca/summer/papers/Michael.Gibbons.html>, acessado em 21/02/05.

³² BENKLER, Yochai. “Coase’s Penguin, or Linux and *The Nature of the Firm*”, in *Yale Law Journal* 112 (2002), *passim*.



participantes substantivamente desiguais, no modo de produção em rede, os participantes tendem a participar formal e substantivamente de uma comunidade igualitária. Daí inclusive a denominação “*commons-based peer production*”, uma produção entre pares iguais.

Denomina-se este novo modo de produção de riqueza, poder e conhecimento de modo colaborativo acumulativo. A inovação produzida por uns, dado o maior grau de interconectividade, é o insumo quase imediato do uso e da inovação de outros. A apropriação do resultado da inovação seja pelo estado seja por segmentos do mercado em rede assume novas formas devido a crescente demanda dos consumidores por mais transparência. O software livre vincula-se, resulta e ao mesmo tempo expressa e reforça este novo modo de produção.

A sociedade mudou. Seus modos de produzir, circular, e distribuir poder, riqueza e conhecimento também. Estamos na época da *network society*, onde a principal unidade de produção não é mais o indivíduo, embora dela participe e produza ativamente, nem as classes sociais, embora dela participem e produzam ativamente. Os principais atores são todos estes e mais as múltiplas, mutantes e infindáveis comunidades, fragmentadas e fragmentantes, mas sempre interconectadas, sem agudas barreiras sociais, culturais ou geopolíticas a dificultar a entrada e a separá-los. Estes atores podem estar nas universidades, nos centros de pesquisa, nas empresas, nas fundações e institutos, nas firmas de consultoria, nos governos, em qualquer lugar, mas sempre interconectados em redes. A *network society* acentua ainda mais o lado coletivo, sem necessariamente ser socializado, da produção de conhecimento, em contraste com o lado individualizado que caracterizou o modo capitalista de então, ou de livre mercado como hoje se diz.³³

Segundo Manuel Castells “a nova economia está organizada em torno de redes globais de capital, gerenciamento e informação cujo acesso a know-how tecnológico é

³³ Atualmente, falar em “capitalismo” é quase motivo de embaraço. Embora seja plausível afirmar que o termo se tornou impreciso para designar a forma de organização econômica das sociedades contemporâneas, não podemos deixar de notar, como faz John Kenneth Galbraith, que é vantajoso para certos grupos lançar o incômodo rótulo “capitalista” no esquecimento: “Dinheiro e capital ainda conferem certa autoridade a quem os possui, mas o poder verdadeiro reside hoje em dia nas grandes corporações. Por isso, tenho relutado em usar a palavra capitalismo. E o mesmo acontece com outros economistas e administradores – ainda que por razões diferentes. Como digo em meu livro, empreendeu-se nas últimas décadas um esforço de troca de nomenclatura. Em vez do capitalista, temos o executivo, personagem que conquistou melhor aceitação pública do que seu antecessor. A um termo cheio de conotações históricas como capitalismo, prefere-se a expressão anódina “sistema de mercado”. Frequentemente, ela esconde o fato de que esse sistema supostamente impessoal está sujeito a manipulações abrangentes.” (Entrevista publicada na Revista *Veja*, em dezembro de 2004). Para um maior detalhamento sobre o tema, vide GALBRAITH, Kenneth. *A Economia das Fraudes Inocentes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.



importantíssimo para a produtividade e a competitividade.”³⁴ O que caracterizaria a nova sociedade é a rede, entendida como um conjunto de nós interconectados a nível global. As redes, continua Castells, constituem “a nova morfologia social de nossa sociedade e a difusão da lógica de rede modifica substancialmente a operação e os resultados do processo de produção, experiência, poder e cultura.”³⁵

O software livre, com a abertura do código fonte e a cláusula do compartilhamento obrigatório, constitui-se em produto paradigmático deste novo modo de produção. Como observou a Ministra do STF Ellen Gracie ao analisar legislação do Rio Grande do Sul que visava a promover o software livre:

“[Essa questão] na realidade se insere numa problemática muito mais ampla, internacional, que diz respeito à nova formatação que haverá de surgir da evolução do direito à propriedade intelectual e artística, não apenas no que diz respeito aos softwares, como a toda produção intelectual, dada a introdução de um fator totalmente novo que nós, até bem pouco tempo, desconhecíamos. O que representou para a civilização humana a invenção da imprensa de Gutenberg está sendo, hoje – e às vezes não nos apercebemos disso –, a introdução dos meios eletrônicos de difusão de conhecimento. A inovação traz problemas, sem dúvida. Essa legislação do Rio Grande do Sul – um estado de ponta na área de informática – nos indica exatamente onde iremos chegar. Muito provavelmente, a um mundo muito mais compartilhado, em que as informações circulem livremente, independentemente de valor monetário e econômico.”³⁶

³⁴ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2000; p. 499.

³⁵ Idem, p. 497.

³⁶ Julgamento da Medida Cautelar na ADIn 3059-1 (RS), em 15/04/2004. A percepção desta nova realidade já integra há algum tempo a agenda governamental brasileira em diversos níveis. Nas Bases do Programa Brasileiro para a Sociedade da Informação (1999), ao se enfrentar a questão das relações entre desenvolvimento econômico e produção científica no cenário internacional contemporâneo, afirmou-se: “A “nova economia” não é tão nova nem tão diferente ao ponto de haver motivos fundamentais pelos quais economias e sociedades como a brasileira não possam ser atores de primeira grandeza. As características básicas desta economia estão associadas à informação e ao conhecimento, sua conectividade e apropriação econômica e social. Os meios de comunicação, computação e os processos de cooperação estão convergindo rapidamente em torno de redes digitais abertas, interoperáveis, de alcance mundial. Tal convergência cria novos espaços e, em particular, exige que novos processos de coordenação sejam postos em prática para intermediar as formas de relacionamento entre os mais variados agentes. As mudanças no cenário sócio-econômico são mais do que suficientes para provocar rupturas que tornam necessária a intervenção do governo para capacitar e rearticular os mais diversos atores sócio-econômicos. O conhecimento, sua geração, armazenamento e disseminação, principalmente, são o foco de um Programa para a Sociedade da Informação em qualquer país.” (disponível no site http://www.mct.gov.br/temas/socinfo/socinfo_ok.pdf. Acesso em 21 de dezembro de 2004).



O software livre, com a cláusula de compartilhamento obrigatório, anuncia este novo modo de produção. Ao mesmo tempo em que o expressa, o pratica e o reforça. O compromisso com a ampla transparência e com a não-apropriação da inovação por nenhum dos participantes do processo de inovação viabiliza de modo definitivo a produção em redes e constitui um modo colaborativo acumulativo nunca antes experimentado pela sociedade global. Parte do pressuposto de que quanto maior for o número de participantes, mais rápido será o processo de inovação. A adesão ou não a este novo modo de produção é uma das decisões que a política pública da administração tem de enfrentar.

3. Os princípios constitucionais

3.1. O que são princípios constitucionais?

A Constituição não possui nenhuma regra específica e diretamente aplicável à escolha da administração pública por este ou aquele modelo de desenvolvimento de programas de computador, mas, como já ressaltamos, todo comportamento estatal está vinculado, no mínimo, por uma série de *princípios constitucionais*. Não há “espaço jurídico vazio” dentro do qual a Administração possa escolher livremente os fins a perseguir e os meios para alcançá-los.

O uso do termo “princípio” para se referir a uma norma traz consigo duas implicações básicas. A primeira diz respeito à destacada importância da norma em questão dentro do sistema; a segunda, de viés metodológico, procura sugerir algumas especificidades de sua estrutura e aplicação em relação a outras normas não-princípios, constitucionais ou não.

No tocante à hierarquia, é certo que inexistem normas constitucionais *superiores* umas às outras, por força combinada da supremacia e da unidade da Constituição. Por outro lado, é preciso reconhecer que certas normas possuem uma importância *funcional* mais destacada no sistema constitucional³⁷, seja por possuírem uma maior abrangência (aplicabilidade a um número maior de situações), seja por se constituírem no fundamento axiológico de outras normas constitucionais que as concretizam e especificam.

³⁷ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso fala de *hierarquia axiológica*, ressaltando inexistir hierarquia em sentido estrito pois uma norma constitucional não pode colher a sua validade em outra norma constitucional. (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998. Pg. 187).



Quanto à abrangência dos princípios, Luís Roberto Barroso os divide em fundamentais, gerais e setoriais.³⁸ Estes últimos se irradiam para setores mais determinados do ordenamento jurídico, enquanto os gerais e fundamentais têm uma aplicabilidade a princípio mais ampla ou irrestrita, respectivamente. Quanto ao papel de *fundamentação* de outras normas – pois o princípio pode expressar um valor que norteia a criação e aplicação de outras normas constitucionais e infraconstitucionais –, por sua vez, é preciso ressaltar que a existência de uma relação de fundamentação não exclui a aplicação direta do princípio. É antes um *plus*, um dos motivos para falarmos em sua função destacada dentro do sistema. Sendo normas jurídicas, os princípios constitucionais não podem ser encarados como meras diretrizes que o Constituinte deixou para o legislador ordinário ou para a administração pública – fins desejáveis que, se possível, devem ser oportunamente atingidos através de concretização infraconstitucional ou da adoção de políticas públicas. Ao contrário: têm capacidade de determinar o que o Estado e os particulares *devem* ou *podem* fazer nas situações sobre as quais incidem.

Nesse sentido, há certas particularidades metodológicas que devem ser levadas em conta quando nos referimos a uma norma como um princípio.³⁹ A “importância destacada” dentro do sistema pode vir a ser um ornamento retórico capaz de esvaziar completamente a utilidade prática das normas deste gênero. Para trabalharmos com princípios constitucionais sem correr o risco de, enxergando neles meros fundamentos de outras normas, reduzi-los a meras diretrizes gerais para futura produção legislativa, é necessário

³⁸ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, in BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pg. 364 a 366.

³⁹ O objetivo deste breve estudo sobre princípios constitucionais é investigar o *respaldo jurídico-constitucional* de eventuais iniciativas da Administração Pública que reconheçam e promovam o software livre. Não se trata de fornecer uma resposta definitiva do tipo “sim/não”, “constitucional/inconstitucional”, já que não se pretende (nem se precisa) chegar a uma decisão específica sobre o que se deve fazer em um determinado caso concreto. Não se cogita, portanto, de possíveis conflitos entre princípios constitucionais, que devem ser resolvidos à luz dos elementos trazidos pelo caso concreto; o que se pretende neste tópico tão somente argumentar que, *prima facie*, o incentivo ao modelo de produção de conhecimento caracterizado pelo software livre pode ser considerado em alguma medida como *obrigatório* ao administrador, já que diversos princípios constitucionais serão mais bem atendidos dessa forma. Assim, para os fins deste trabalho, são irrelevantes muitas das diferenças traçadas por autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin, como por exemplo o modo específico de conflito normativo (colisão, que deve ser resolvida sem expulsar do ordenamento um dos princípios conflitantes) e aplicabilidade gradual (no sentido empregado por Alexy, que encara os princípios como “mandamentos para serem otimizados”). Sobre o tema, confira-se, entre outros autores nacionais, ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630; BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit.



determinar o seu conteúdo normativo (o seu conteúdo de *dever ser*, isto é, que tipo de modificação pode ser promovida ou evitada na realidade através de sua aplicação), através da especificação do estado de coisas que visam a atingir.⁴⁰

Para utilizar a expressão de Humberto Ávila, pode-se dizer que princípios são normas imediatamente finalísticas – determinam indiretamente os comportamentos que devem ser adotados, ao descreverem um estado de coisas a ser alcançado.⁴¹ Todo comportamento necessário ao atingimento desse estado de coisas é, portanto, obrigatório. Utilizaremos esta perspectiva nas análises que se seguem.

3.2. O Princípio Democrático

O compromisso democrático expresso no artigo 1º da Constituição - o Estado Democrático de Direito - é um princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico e, como tal, fornece uma pauta válida para avaliarmos toda iniciativa estatal ou particular. Por ser princípio fundamental, sua abrangência é a maior possível. Alcança potencialmente todo ato, toda política pública, toda instituição. Democracia deve ser aqui entendida tanto como um ideal a ser implementado, quanto um índice que viabiliza comparações entre situações mais ou menos “democráticas”.

De fato, a democracia não é, pois, um estágio ou uma etapa. É antes um processo referencial, havendo graus diferentes de atingimento de instituições dignas de serem chamadas “democráticas”, até mesmo porque - como observa Norberto Bobbio - há um *continuum* de arranjos institucionais possíveis inclusive entre os tipos ideais de democracia (direta ou representativa).⁴² Por conseqüência, e logo seja notado, havendo dois processos sociais participativos a comparar, constitucionalmente democrático será aquele que contribuir para o atingimento do estado de coisas descrito através do conceito de “Estado Democrático de Direito”.

Desde já, vale dizer que o Estado Democrático de Direito é mais amplo do que a mera

⁴⁰ Cf. ÁVILA, Humberto, op. cit., pg. 63. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos observam que, quanto ao seu conteúdo, os princípios se diferenciam de outras normas constitucionais por na medida em que “*identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados*” (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., pgs. 340-341)

⁴¹ ÁVILA, op. cit., pg. 63.

⁴² BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.



democracia política, a forma de organização e exercício do poder do estado. A Constituição protege o voto periódico, universal e secreto (inclusive de emendas constitucionais) e a estrutura necessária ao seu exercício (por exemplo, assegurando partidos políticos independentes, em igualdade jurídica de condições de competição pelo voto popular e com acesso aos meios de comunicação), mas quer mais. Diz mais sobre o que se deve atingir com o Estado Democrático de Direito. O compromisso de nossa constituição para com a democracia aproxima-se do que Bobbio denomina de democracia social: organiza o exercício da convivência social em seu todo. Tem razão Bobbio. A constituição, mais do que a ata de um pacto político, é a ata de um pacto social.⁴³ A democracia política é apenas uma das concepções de regime democrático que integram o conceito amplo de democracia social, que perpassam as múltiplas dimensões da experiência humana, como a econômica e a tecnológica, por exemplo.

Nesse sentido, o constitucionalista Canotilho observa que a exigência contemporânea em nossas sociedades é a de “democratização da democracia”: não apenas incluir mais cidadãos no exercício do voto para os cargos do Legislativo e do Executivo, mas incluir cada vez mais espaços decisórios nas práticas democráticas.⁴⁴ Ao invés de se perguntar “quem vota”, pergunta-se “onde se vota”. Onde se participa. Em que espaços os cidadãos deliberam e participam da formação das decisões. A democracia passa a transcender os *loci* tradicionais de poder (o Legislativo e o Executivo) e se espalha para o campo da sociedade civil. Mais e mais relações sociais (administrador e administrado, produtor e consumidor etc) são tidas como relações políticas, tornando-se assim espaços onde o exercício da democracia é cobrado em respeito ao disposto na Constituição. A produção tecnológica de um país é inegavelmente um destes novos espaços para a democracia.

Nessa perspectiva, o voto é necessário, mas insuficiente para construir a democracia – o que não passou despercebido aos constituintes. De fato, nossa constituição combina o voto (seja nos institutos de democracia direta como plebiscito, referendo e iniciativa popular de elaboração de leis, seja nas eleições de representantes do povo nos órgãos decisórios) com outras garantias e mecanismos de promoção da democracia.⁴⁵ O ideal positivado do Estado Democrático de Direito é concretizado em diversas outras normas constitucionais, servindo-lhes de vetor explicativo e de fundamento axiológico.

⁴³ Esta a definição de “Constituição” adotada por Frei Caneca em seu Manifesto de 1824: “Uma constituição não é outra coisa, que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viver em reunião ou sociedade”. Disponível no site http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/imperio/caneca_1824.htm. Acesso em 03 de março de 05.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 2000.

⁴⁵ FALCÃO, Joaquim. “A Democracia Concomitante”, *in Democracia, Direito e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 85 e ss.



Neste ponto, será útil recorrer à distinção ressaltada por Canotilho, para quem o princípio democrático possui duas dimensões constitucionais: normativo-substancial (isto é, determina fins – “o que deve ser atingido”) e normativo-processual (determina procedimentos – “como deve ser atingido”).⁴⁶ Conseqüentemente, como princípio de organização do poder e até mesmo da vida em sociedade, o princípio democrático não traz consigo apenas a titularidade do poder por parte do povo. Possui uma dimensão substancial, uma pauta a partir da qual esse poder deve ser exercido. A participação dos cidadãos deve não apenas ser formalmente possível, mas substantivamente qualificada. A Constituição de 1988 já estendeu o voto até o limite com o sufrágio universal. Agora, atendendo à dimensão normativo-substancial do princípio democrático, deve-se ampliar a participação para outros espaços decisórios e criar condições para uma participação republicana qualificada, em especial através das garantias da publicidade e da educação para a cidadania. Estes são os critérios pelos quais uma política pública como a da promoção do software livre deve ser constitucionalmente analisada.

Embora múltiplas as democracias, porque múltiplas as experiências democráticas, todas se fundamentam e decorrem de algumas características, alguns critérios comuns, estruturadores. O que nos permite, em última instância, qualificar mais ou menos diretamente uma atividade ou um modo de produção a partir de sua potencial contribuição para o progresso ou não da democracia. Por isto, assim como muitos entendem que a economia de mercado tende a favorecer a democracia mais do que uma economia planejada favoreceria, pode-se também muito dizer, por exemplo, que um sistema de software livre, por estar mais consentâneo ao princípio constitucional da publicidade, tende a favorecer a democracia mais do que um sistema de Software proprietário.

O cientista político norte-americano Robert Dahl, um dos maiores teóricos contemporâneos da democracia, formulou alguns critérios bastante pertinentes nesse sentido. Critérios que coincidem em larga medida com os três elementos do princípio democrático acima descritos (condições para exercício da cidadania, ampliação da participação e publicidade). São eles:

(a) Participação efetiva, entendida como a possibilidade de todos os cidadãos terem oportunidades iguais e reais para que outros cidadãos conheçam suas opiniões.

(b) Igualdade de voto entendida como o fato de todas as opiniões expressas em votos

⁴⁶ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.



sejam contadas iguais.

(c) Entendimento esclarecido, significando a igual oportunidade para que todos se informem e aprendam sobre as opiniões e escolhas.

(d) Abrangência das decisões, entendido como a necessidade de que todos os assuntos relevantes de interesse comum estejam debaixo do escrutínio desta participação.

(e) Finalmente, a inclusão dos adultos, entendido como a necessidade de se incluir na participação, todos os que estarão sujeitos a obedecer às escolhas feitas, as opiniões vencedoras.⁴⁷

A maior ou menor compatibilidade do software – enquanto contrato de licenciamento em rede ou enquanto política pública e modo de produção do conhecimento – com estes princípios é um sinal de sua maior ou menor contribuição ao Estado Democrático de Direito.

Se o modo de produção do conhecimento tecnológico é um novo espaço decisório, como diria Canotilho, onde deve também ser aplicado o princípio democrático, é fácil constatar que este princípio será favorecido na medida em que a abertura do código fonte e o compartilhamento obrigatório permitem: (a) que um número maior de cidadãos participe deste processo; (b) que esta participação se dê em condições cada vez mais igualitárias; (c) que esta participação seja cada vez mais esclarecida, na medida em que todos os participantes se informam e aprendem com a participação do outro; (d) que toda e qualquer participação esteja sob o escrutínio da participação de todos.

Os princípios constitucionais que analisaremos a seguir possuem conteúdo autônomo, independente do princípio democrático, ainda que pelo menos um deles – o da publicidade – possa ser entendido como uma concretização do próprio compromisso com a democracia. Contudo, sendo este um princípio fundamental de nossa Constituição, todos os outros princípios se vinculam, em graus diferentes, ao objetivo maior da construção do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º. São eles: publicidade, função social da propriedade e soberania.

3.3. O princípio da publicidade

⁴⁷ DAHL, Robert. *How Democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2001. *Passim*.



A questão pertinente agora consiste em saber se a adoção do software livre pela administração pública, com as cláusulas contratuais que o caracterizam - a abertura do código fonte e o compartilhamento obrigatório -, contribui ou não para a efetividade do princípio constitucional da publicidade.

A publicidade se opõe ao segredo. Ao dissertar sobre as relações entre democracia, direito e segredo, Norberto Bobbio, citando Elias Canetti, afirma que o segredo está no núcleo mais interno do poder⁴⁸. O segredo impede que o cidadão faça um uso público da razão e, com isto, faça de seu voto uma escolha a mais racional possível. Num regime democrático, afirma Bobbio, a publicidade é a regra e o segredo é a exceção. A democracia é o governo do “poder visível”.⁴⁹ Todas as ações que afetam o direito dos outros homens e que não sejam compatíveis com a publicidade são injustas.

Dessa forma, esse princípio não molda apenas as relações de poder, aquelas que envolvem a cidadania e a administração pública. Não se restringe à mera publicidade dos atos administrativos, embora a inclua. Trata-se de princípio bem mais amplo. Dirige-se ao conjunto das relações sociais, sejam relações no âmbito do estado ou do mercado, devido ao fato de decorrer de duas necessidades da democracia. É fácil entender.

Por um lado, como afirma Dahl, o dever de publicidade decorre da exigência democrática de que todos os participantes do processo decisório da *polis* tenham a possibilidade de uma escolha esclarecida e a mais igualitária possível para realizar sua escolha. Esclarecimento quer dizer acesso às informações e capacidade de aprender com as informações. Igualdade significa igualdade formal e igualdade material. Ambas são condições indispensáveis para a participação. Por outro lado, a publicidade decorre da exigência democrática de que os assuntos que interessam a *polis* sejam objeto do conhecimento e do escrutínio dos cidadãos, direta ou indiretamente. Estas são as condições indispensáveis para que tenha efetividade a regra do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal, ao enunciar que “todo poder emana do povo”. Parafrazeando, poderíamos dizer: toda decisão emana do povo, pois decidir é poder.

Se decisões importantes, ou mesmo informações capazes de alterar decisões, são subtraídas do conhecimento e da participação do povo, o processo de deliberação democrática estará comprometido. O estado democrático de direito também. O princípio constitucional da publicidade é fundamental para que estas duas necessidades da

⁴⁸ Norberto Bobbio. *Teoria generale della politica*. Torino: Einaudi, 1999; p. 339.

⁴⁹ Norberto Bobbio. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1992, 5ª ed.; p. 83.



democracia social sejam satisfeitas.

Trata-se de princípio constitutivo do Estado Democrático de Direito e que rege o conjunto das relações sociais, por abranger não apenas a administração pública, mas também as relações privadas. O direito de informação, por exemplo, se relacionado com liberdade de expressão, com a vedação de censura de qualquer natureza na comunicação, enfim, com múltiplos outros direitos e princípios constitucionais – fundamentando alguns, concretizando e reforçando outros. O próprio direito à saúde, por exemplo, é reforçado através do direito de informação, conforme o disposto no artigo 220, §4º da Constituição, que regula a relação privada da obrigatoriedade de advertência ao consumidor dos males do tabaco a partir de uma norma de caráter público.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Por conseqüência, o princípio deve ser e efetivamente é promovido também em nossa legislação infraconstitucional. Confira-se, por exemplo, a obrigação do fabricante em dar publicidade à composição química dos medicamentos disponíveis ao consumidor, como também a obrigatoriedade de motivação de atos administrativos nas relações da cidadania com a Administração pública. Uma ampla abrangência do princípio da publicidade é condição indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Cumpra, porém, focar as relações entre a administração pública e o software livre a partir do artigo 37 da Constituição Federal, que especificamente estabelece que a “administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

A questão do conhecimento e da abertura ou não do código fonte do software que utiliza a



administração pública independe, pois, da vontade do administrador. Não é uma questão de conveniência ou de oportunidade, de discricionariedade. Não é necessariamente uma intenção subjetiva a perquirir, mas um dado objetivo a constatar. É comando constitucional. Como vimos, a discricionariedade do administrador está pré-determinada e tem que perseguir objetivos específicos. O maior desses objetivos é o Estado Democrático de Direito.

São dois os momentos em que a publicidade do código fonte se coloca para a administração pública. Primeiro, no momento de a administração pública conhecer ou não o código fonte dos softwares que está contratando para utilização própria. Segundo, no momento de divulgar ou não para o público o código fonte deste software por ela contratado ou de outros por ela criados. São momentos distintos.

No primeiro, somente a administração tem acesso ao código fonte. Trata-se de um acesso para fins internos. O beneficiário deste acesso é diretamente o agente público e, indiretamente, o cidadão, que mesmo não conhecendo o código-fonte, tem garantido o conhecimento mais amplo do poder público sobre o software que utiliza. No segundo, a administração pública divulga o código fonte dos softwares que cria ou usa. Trata-se de um acesso para fins externos. O beneficiário direto deste acesso é o público em geral.

Diante de uma necessidade de serviços de informatização, sendo outros fatores iguais, a administração pública tem o dever de contratar softwares com a condição de acesso ao código fonte, isto é, com código fonte aberto pelo menos para seu próprio uso interno. Tem também o dever de abrir ao público o código fonte dos softwares que cria ou usa, sempre que possível, porque desta maneira contribui mais para a efetividade do objetivo constitucional maior: a implantação do estado democrático de direito, já que estará ampliando a participação da cidadania no processo decisório nacional - mais especificamente, na produção do conhecimento tecnológico.

O que se procura conquistar na democracia com o princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos é um efetivo controle social da administração pública por parte dos detentores últimos do poder – o cidadão – e evitar que o necessário saber técnico característico da administração pública se esconda debaixo da regra do segredo.⁵⁰ Não

⁵⁰ Bobbio vai buscar em Weber dois exemplos de como o saber técnico pode ir de encontro à regra da publicidade, e a democracia. O primeiro é justamente segredo burocrático através do qual o Poder Executivo pode-se voltar contra o Poder Legislativo, alijando-o do processo decisório da nação. O Poder Legislativo é em geral entendido como o mais legítimo dos poderes, pois é escolhido diretamente pelo povo e o integra a grande pluralidade social. O segundo é o segredo comercial que se equipara ao segredo burocrático. Ambos são originados de saberes especializados. Bobbio



se separam o princípio da publicidade, o controle de legalidade e o controle de legitimidade do ato.

As razões pelas quais o administrador público está obrigado a conhecer e divulgar o código fonte sempre que houver esta escolha são os seguintes: (a) o princípio da publicidade deve atingir a todo e qualquer ato administrativo. É o que se denomina de amplitude quantitativa do princípio; e (b) o princípio da publicidade deve atingir a toda espécie de ato. É o que se denomina de amplitude qualitativa do princípio. Observe-se uma e outra.

*É unânime na doutrina o entendimento de que o princípio da publicidade exige mais do que a simples publicação em Diário Oficial do conteúdo das decisões da administração pública. Inclui os atos constituídos e os atos em formação também. Conforme expõe Hely Lopes Meirelles, a publicidade atinge “os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes”.*⁵¹

Continua Hely Lopes Meirelles: “A publicidade como princípio de administração pública abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de apropriação de conhecimento da conduta interna de seus agentes”.⁵²

Reafirmando este entendimento de que toda a Administração pública deve estar sujeita à publicidade, Carlos Ari Sundfeld assevera que o povo tem o direito de conhecer “tudo”, conhecer “passo a passo” o exercício do poder. Segundo o autor, “como a Administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever de absoluta transparência. Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal). É obvio então que o povo titular do poder tem o direito de

explica a razão do segredo comercial: “A razão do segredo baseia-se não só em manter uma superioridade decorrente de um conhecimento específico que o competidor não possui, mas também na incapacidade do público de captar sua natureza e dimensão”. Em outras palavras, assim como a burocracia do Poder Executivo tenta afastar o Poder Legislativo do processo decisório do Estado através do manejo de um saber especializado, assim também a empresa ao proteger o seu saber técnico da concorrência, o segredo comercial, acaba lançando o público, o consumidor nas trevas. Na medida em que estes saberes especializados são indispensáveis ao exercício tanto da atividade burocrática quanto da atividade comercial, o modo como as democracias lidam com este problema é aplicar a regra da publicidade que viabiliza o controle pelo povo, seja enquanto eleitor seja enquanto consumidor, de ambos os poderes, o burocrático e o comercial.

⁵¹ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998; p. 86.

⁵² Idem, *ibidem*.



conhecer tudo o que concerne a Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder”.⁵³

A amplitude do princípio da publicidade da administração pública não é só quantitativa, mas qualitativa também. O artigo 5, XXXIV assegura o cidadão certidões não apenas para explicitar detalhes e motivações de um ato administrativo específico, mas também para obter “esclarecimento de situações”. Celso Bastos e Ives Gandra vão mais longe. Afirmam os mencionados autores que “a constituição protege o direito do cidadão de se inteirar dos atos e até das intenções do Poder Público”.⁵⁴ O “esclarecimento de situações” e a “intenção dos atos” é condição indispensável para que se preencha o critério democrático da escolha esclarecida que viabiliza a participação igualitária. Assim se evitam manipulações ou subtrações de informações.

Neste mesmo sentido, Caio Tácito afirma ser necessário conhecer a motivação expressa e até mesmo a motivação implícita do ato administrativo. Segundo o autor: “O diagnóstico da compatibilidade da substância dos atos administrativos, com a finalidade legal a quem estão adstritos, conduz a que o exame de sua validade não se contenha aos aspectos exteriores da manifestação da vontade. O controle da legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso a motivação expressa ou implícita do ato administrativo.”⁵⁵

Se um programa de computador transforma certos *inputs* em informações a partir das quais as decisões administrativas são tomadas, é inegável que o mecanismo exato pelo qual as informações são produzidas integra a motivação implícita do ato estatal. Basta pensarmos em *softwares* utilizados para cálculo de imposto de renda, por exemplo – é com base nos resultados apresentados pelo programa de computador que o Fisco identificará os devedores e tomará as providências jurídicas para quitar a dívida. Sem a publicidade é impossível esse acesso.

Além disso, diante desta dupla amplitude, fica claro que a publicidade deve atingir não somente o conteúdo do ato administrativo, mas todos os diversos momentos do processo decisório em si, como as diferentes etapas, os pareceres, as diversas informações consideradas, a forma como foram coletadas, os motivos, as intenções, a metodologia

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio da publicidade administrativa (direito de certidão, vista e intimação)”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.199, jan/mar 1995, pg. 89.

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. Vol. 1. Pg. 46.

⁵⁵ Caio Tácito. *Temas de Direito Público*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, p. 341



utilizada. A amplitude abrange o conteúdo e o processo, em suma os múltiplos conteúdos de todos os momentos processuais. O código fonte é um conteúdo do momento inicial formativo do software, que, por sua vez, integra uma das etapas do procedimento decisório.

Não basta, por exemplo, o Banco Central determinar a manutenção ou não de determinada taxa de juros. É necessária também a publicação das atas do Comitê de Política Monetária (Copom) para descrever a situação, informando das análises elaboradas, dos argumentos formulados, dos estudos realizados, dos objetivos a conquistar, das intenções a concretizar, as motivações expressas e implícitas. Tudo deverá estar submetido ao escrutínio público. Não basta ao IBGE divulgar um índice de inflação. Há que divulgar também a fórmula matemática usada para o cálculo do índice bem como a metodologia utilizada para coletar as informações e determinar os diversos componentes do índice. A analogia com a divulgação do código fonte é inevitável e pertinente.

Ao somar a amplitude quantitativa com a amplitude qualitativa, fica claro que o critério adotado pelo legislador constitucional para a incidência deste foi apenas um: deve estar sob escrutínio público, portanto debaixo do princípio da publicidade, toda informação e todo processamento da informação capaz de alterar a natureza da participação do cidadão no processo decisório e o próprio conteúdo da decisão administrativa.

Neste sentido, se o suporte tecnológico que viabiliza o processo de tomada de decisão – ou seja, o software – for capaz de interferir e mesmo de alterar o conteúdo da própria decisão, deverá estar também submetido ao princípio da publicidade. O conhecimento e abertura do código fonte na medida em que favorece a identificação de fatores capazes de interferir ou de alterar o conteúdo da decisão contribui para a efetividade do princípio da publicidade e, portanto do Estado Democrático de Direito.

Não se defende a abertura do código fonte como requisito necessário à proteção de um direito individual, embora muitas vezes cumpra também tenha este objetivo. Não se trata de uma exigência decorrente de um interesse particular. Trata-se de um requisito de interesse geral. É através dele que o povo poderá melhor participar e exercer o controle da administração pública porque conhece melhor a totalidade de seu processo decisório, inclusive seu suporte tecnológico. Desta maneira, poderá de forma mais esclarecida participar deste processo. Como lembra Caio Tácito: “Valoriza-se a participação dos usuários na Administração Pública e possibilita-se o acesso de autoridades a informações



privilegiadas com o sentido de superar o isolamento burocrático e prover canais de circulação em benefício do interesse geral .”⁵⁶

Nesse contexto, perde força o argumento de autores como Alfonso Fugetta, ressaltando a pouca relevância de se abrir o código fonte porque só pouquíssimos cidadãos terão capacidade de entendê-lo e avaliar seu desempenho.⁵⁷ Por menos numerosos que sejam, serão sempre mais numerosos do que aqueles que têm acesso a um código fonte fechado. Não se vai exigir aqui que todo o cidadão seja especialista em software e compreenda linguagem de programação. Mas vai se exigir que todo o cidadão que seja especialista em software e código fonte tenha a ele acesso. O que importa aqui é a tendência democrática de ampliar o conhecimento e a participação.

O princípio da publicidade não impõe nenhum ônus ao cidadão no sentido de obrigá-lo a apreender, entender e processar as informações. Impõe apenas o ônus à administração pública em tornar aquela informação disponível aos cidadãos. A discricionariedade, no caso, não é da administração pública, de revelar ou não o código fonte, mas do cidadão, de acessá-lo ou não.

Celso Bastos e Ives Gandra sublinham inclusive que a nossa Constituição, em seu inciso XXXIII do art. 5º, abriu pela primeira vez a possibilidade de qualquer cidadão “se inteirar de informações de interesse coletivo ou geral abrindo perspectivas extremamente amplas para a participação dos cidadãos”.⁵⁸ Diz o dispositivo constitucional:

“Art. 5º (...)

XXXIII - Todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob

⁵⁶ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*, vol. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; p. 45.

⁵⁷ Cf. FUGGETTA, Alfonso. “Open Source and Free Software: a New Model for the Software Development Process”, in *Upgrade – European Journal for the Informatics Professional*, vol. V, n.5, Out/2004; e “Open Source software – an evaluation”, in *The Journal of Systems and Software* 66 (2003). Em ambos os trabalhos, Fuggetta procura mostrar que o debate entre software livre e software proprietário não é formado por distinções absolutas – por exemplo, “toda a publicidade está do lado do software livre, e todo o segredo com o software proprietário”. O autor mostra – e com bons exemplos – que a distinção “livre/proprietário” não pode ser simplesmente superposta a pares de adjetivos como “colaborativo/não-colaborativo” e “código/fechado”. Acreditamos ser perfeitamente possível, porém, afirmar que o software livre como modelo de produção de conhecimento *tende a favorecer* mais certos elementos (como a publicidade e o trabalho colaborativo) do que o software proprietário, embora a presença destes elementos em algum grau não seja exclusiva deste ou daquele modelo.

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, op. cit., pg. 47.



pena de responsabilidade, ressalvadas aquela cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Nesta mesma linha de raciocínio, Carlos Ari Sundfeld observa:

“Na condição de verdadeiro titular e beneficiário do poder, qualquer do povo tem o direito de esclarecer-se a respeito dos negócios públicos. Não é preciso haver suspeita de ilegalidade, não é preciso que a certidão seja necessária ou útil para qualquer tutela de direito. Basta o interesse em esclarecer-se sobre a situação, o que o próprio pedido de certidão comprova, para nascer o dever de o agente fornecer os elementos solicitados”.⁵⁹

Na verdade, a abertura do código fonte não é apenas matéria de interesse coletivo. Trata-se também de matéria de fundamental interesse da própria Administração, indispensável à sua própria auto-governabilidade e auto-administração. É de seu próprio interesse conhecer as bases tecnológicas que estruturam e moldam o seu processo decisório. Sobretudo quando este suporte tecnológico é capaz de afetar o conteúdo da decisão. Trata-se de uma condição de sua autonomia. Este conhecimento, sempre que for possível, não deve ficar exclusivamente em mãos de terceiros, por maiores que sejam as garantias. Se o total conhecimento do processo interno de decisões da administração pública puder não depender da ação de terceiros, é melhor que assim seja.⁶⁰

Pode, é verdade, existir situação onde se restringe a publicidade dos atos da administração pública. Mas esta será sempre a exceção e não a regra. A restrição, se houver, não deverá ser uma opção discricionária do agente administrativo. Ou será uma imposição fática, isto é, quando se estiver pressionado por uma necessidade da administração pública, sem que existam alternativas de software de códigos abertos no mercado⁶¹, ou será uma situação com expressa previsão legal, a começar com as hipóteses constitucionais. Quais são estas hipóteses?

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., pg 101.

⁶⁰ Vale ressaltar que um dos princípios motivos que levaram diversos países europeus a adotarem medidas pró-software livre foi justamente o receio de deixar seu aparato estatal dependente de fornecedores específicos e, em particular, de fornecedores norte-americanos específicos. Diversificar os possíveis fornecedores é contribuir para a diminuição da vulnerabilidade do Estado nesse sentido. (EVANS, David S. e REDDY, Bernard. “Government Preferences for Promoting Open-Source Software: a solution in search of a problem”, in *National Economic Research Associates* (http://ssrn.com/abstract_id=313202, acessado em 19.12.2004).

⁶¹ Tratar-se-ia, na verdade, de uma situação análoga à da dispensa de licitação prevista no art. 25 da Lei 8666/93.



São duas pelo menos as condições que o agente administrativo deverá obedecer para afastar o dever de publicidade. Primeiro, é necessário que exista expressa determinação legal. Exista uma formal restrição através de lei própria. Segundo, que se trate de uma exigência do interesse social ou de defesa da intimidade, e não mera conveniência da administração. Trata-se de exigências externas ao interesse da administração pública.

Uma outra hipótese de restrição ao princípio é aquela de imprescindibilidade do sigilo - e não apenas conveniência - para a segurança do Estado e da sociedade, nos termos do já citado art. 5º, XXXIII. Sendo a publicidade do código fonte do software contratado ou criado pela administração pública matéria de interesse coletivo, como vimos, só por oposição a outro interesse coletivo - casos de segurança do estado e da sociedade - ele deverá permanecer fechado.

É importante mencionar que não constitui exceção ao princípio da publicidade dos atos administrativos, pois não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas – defesa da privacidade, interesse social, segurança do estado ou segurança da sociedade –, o interesse comercial de empresas criadoras de softwares. O interesse meramente financeiro privado, embora legítimo, não cria exceção ao princípio da publicidade, nem possuirá um peso relativo maior do que esta norma constitucional na esmagadora maioria dos casos.

De qualquer maneira, as exceções de defesa da privacidade, interesse social e segurança do Estado e da sociedade dizem respeito apenas à divulgação ao público do código fonte, o acesso externo. Não se aplicam ao acesso interno, à necessidade de a administração pública conhecer, sem divulgar, os códigos fontes que utiliza ou cria; este conhecimento, por ser do interesse da própria administração, deveria ser obrigatório. O princípio da publicidade abrange a necessidade de a própria administração conhecer-se a si mesma. Neste caso, o princípio da publicidade é um princípio protetor da própria administração pública.

O princípio da publicidade é condição indispensável para assegurar tanto a legalidade dos atos administrativos, quanto a própria legitimidade da Administração pública, como detentora do poder de gestão da *res publica*. Enquanto gestora da coisa pública, a Administração representa o povo, que, em última análise, detém o poder de produzir, circular e distribuir a riqueza social. O representante tem o dever de informar o representado o mais plenamente possível sobre e seus atos. Sem o quê a participação do povo no processo da riqueza nacional ficará prejudicada, pois não será esclarecida. Não



será substancialmente qualificada. Inexistirá democracia.

Em resumo, em relação à adoção do software pela administração pública, existem duas situações diferentes nas quais incide o princípio da publicidade. Primeiro, no conhecimento dos códigos fonte dos softwares de terceiros que compra ou utiliza. Segundo, na divulgação ao público dos códigos fontes que cria, compra ou utiliza. As exceções constitucionais ao princípio da publicidade - defesa da privacidade, interesse social, segurança do estado e segurança da sociedade - aplicam-se apenas à segunda situação. As exceções não prevalecem em relação à primeira hipótese. Existindo a possibilidade de escolha, o princípio da publicidade prevalece; o conhecimento do código fonte é necessário em nome do interesse geral e no da própria auto-governabilidade e autonomia da administração pública.

3.4. O Princípio da função social da propriedade

A questão pertinente agora consiste em saber se a adoção do software livre pela administração pública, com as cláusulas de abertura do código fonte, do compartilhamento obrigatório e as quatro liberdades que daí derivam para o usuário contribui ou não para a efetividade do princípio constitucional da função social da propriedade.

O tratamento que a constituição deu a função social da propriedade é duplo. Por um lado a estabeleceu genericamente como um direito fundamental, no artigo 5º, XXIII e como princípio da ordem econômica no art. 170, III.

“Art. 5º. (...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

III - função social da propriedade;”



Ambas as normas estabelecem parâmetros para a legislação infraconstitucional. Por outro discriminou algumas situações onde a função social é logo constitucionalmente regulada. Como, por exemplo, a desapropriação para fins de reforma agrária, que pode ocorrer quando o imóvel não esta cumprindo sua função social.

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...)

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

O fato é que a constituição não restringe o imperativo da função social apenas a propriedade de bens imóveis, e, de forma mais abrangente, de bens materiais. Ao contrário, além dos dispositivos mais gerais, a própria constituição estabelece a função social da empresa pública – no art. 173, §1º, I –



o que não guarda qualquer relação com a disciplina dos bens imóveis. E, por não se restringirem à propriedade de bens imóveis, os imperativos da função social também se aplicam à propriedade do software. A tutela constitucional abrange a todas as relações de todos os tipos de propriedade.

Uma interpretação minimamente sistemática da constituição, evidencia que pela primeira vez o legislador garantiu o direito de propriedade e estabeleceu que atenderá a sua função social, não apenas como um princípio da ordem econômica, mas além: como um direito fundamental. Trata-se de um direito fundamental que concretiza princípios e objetivos fundamentais dos artigos 1º e 3º. Afasta – se, assim, o país de vez da concepção de função social do período do *laissez faire*.

Segundo Gustavo Tepedino, processou-se uma vital evolução no conceito de direito de propriedade. Não prevalece mais a visão liberal clássica mitigada pelo *welfarismo* que o entendia a partir do equilíbrio entre dois direitos: o direito do proprietário de um lado e o direito da sociedade, ou melhor, dos não proprietários de outro. Até antes da constituição de 1988, prevalecia a concepção de que a função social seria um limite que o estado intervencionista imporia em nome do interesse público ao exercício do direito de propriedade antes entendido como um direito quase absoluto das sociedades liberais capitalistas.⁶²

A normatização do direito de propriedade aparecia então como o resultado do equilíbrio entre os interesses egoístas do proprietário e os interesses altruístas do público. Equilíbrio entre o mercado livre e a intervenção estatal. Esta concepção não mais prevalece. A função social que aparecia como uma restrição, externa ao direito de propriedade, ao direito subjetivo do proprietário, não o é mais. Não é mais nem restrição, nem limite.

Depois da constituição de 1988, sendo agora um direito fundamental, inexistente direito de propriedade sem que exista a função social da propriedade. Ou seja, a função social constitui a própria natureza do direito de propriedade, que o legitima e justifica. Os direitos não-proprietários são quem, em última instância, determinam a tutela jurídica - as formas de adquirir e dispor, usar e gozar - do direito de propriedade. Os contra-direitos são agora constitucionalmente protegidos.

Conforme explicita Gustavo Tepedino: “A determinação do conteúdo da propriedade, (...)”

⁶² Gustavo Tepedino. “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”, in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: renovar, 2003; p. 320.



dependerá de centros de interesses extra- proprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. (...) Quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social sendo por esta conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização. Mais ainda; até mesmo um *cono gelato* no dizer de autorizada doutrina, não pode deixar de cumprir uma precisa função social”.⁶³

Ou seja, inexistente tutela constitucional de software, seja livre ou proprietário, seja como bem de produção ou consumo, seja até mesmo como serviço como anuncia Silvio Meira⁶⁴, sem que esta tutela esteja a serviço de uma determinada função social. Se assim é, ao contratar um software, a administração pública além de procurar atender às suas demandas imediatas de informatização, tem que levar em conta que este bem tem uma função social a cumprir. Contratar um software é colaborar para o exercício de uma, ou mais, determinadas funções sociais. Que função social seria esta?

Já foi dito que o que distingue a civilização contemporânea das que a precederam é que esta é a primeira que utiliza o conhecimento, e em especial o conhecimento científico e tecnológico, como meio para se conquistar o progresso, isto é, a riqueza, a justiça e a saúde. Por isto dizemos que o desenvolvimento do conhecimento científico e tecnológico é hoje condição *sine qua non* justamente para atingir os objetivos do artigo 4º.

Para que exista desenvolvimento nacional, por exemplo, ou para que se reduza à pobreza ou se prolongue a média de vida dos cidadãos, é necessário que a sociedade defina, proteja e estimule um permanente processo de criação e inovação científica e tecnológica. A função social do software, seja livre ou proprietário é, pois uma função vinculada ao interesse geral de se estimular a inovação tecnológica sem a qual desenvolvimento nacional não há.

A função social do software comporta duas dimensões. A primeira seria a possibilidade de que todos possam usar, gozar e dispor do software segundo suas necessidades. Esta função social é alcançada quando o software ingressa no domínio público. Neste momento, a função social se confunde plenamente com o exercício do direito de propriedade. Todos os usuários têm também os mesmos direitos dos proprietários.

⁶³ Gustavo Tepedino. “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”, in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: renovar, 2003; p. 320.

⁶⁴ Silvio Meira. “Closed vs. Open = No”, in *Observatório de Políticas Públicas de Infoinclusão*, http://gizmo.rits.org.br/apc-aa-infoinclusao/infoinclusao/busca_results.shtml?x=102, acessado em 19.12.2004.



Confundem-se. Todos se beneficiam da criação para preencher suas necessidades individuais sem restrições. Chamamos esta função de função de domínio público. Ela vincula-se diretamente ao estado democrático de direito porque viabiliza o ideal da participação igualitária dos cidadãos e do seu acesso ao conhecimento no processo decisório nacional, respeitadas as necessidades e suas individualidades.

A segunda dimensão seria indireta. Toda tutela que incide sobre qualquer bem ou serviço, para estar de acordo com a constituição deveria preencher um interesse geral capaz de contribuir para a consecução dos objetivos fundamentais da República estabelecidos no artigo 4º. São eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos ou discriminações. Existe um interesse geral, além do interesse das partes, na contratação pela administração pública de um software livre. Chamamos esta função de função de interesse geral. Ela vincula-se diretamente ao estado democrático de direito porque traz para a participação de todos uma decisão, a escolha dos caminhos para se chegar aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.⁶⁵

A melhor maneira de perceber este interesse geral é enfrentando a seguinte questão: se todos os bens cumprem uma função social, como afirma com razão Gustavo Tepedino, o software proprietário também cumpriria. Que interesse geral poderia haver na contratação de um software proprietário capaz de preencher sua função social? O software proprietário não responderia a um interesse apenas privado, o do proprietário? Seu eventual interesse geral é o mesmo do da contratação do software livre? Como se distinguiria no caso, um de outro?

São múltiplos os caminhos desta inovação. Cada um contribui através de um caminho diferente. O caminho do software proprietário pressupõe uma concepção de direito de autor que importa conhecer.

Inicialmente, justificava-se a proteção ao direito de autor porque se acreditava que o ato de criar era uma projeção da personalidade do indivíduo, talvez a mais digna.

⁶⁵ **Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



Prevalecia uma concepção jusnaturalista e individualista do direito de autor. Com o tempo e com mais realismo, o direito do autor modificou sua natureza. Não se trata mais de proteção a personalidade, ao indivíduo, mas de uma proteção ao próprio processo de criação em si. O que se protege não é o indivíduo, mas o contexto em que o indivíduo se insere: o processo de criação. Estimular este processo, implementar a criação contínua e permanente que molda a atual civilização é o objetivo maior, a função social do direito de autor. Mas o que significa estimular um processo?

Aqui surge a primeira diferença entre o interesse geral pertinente ao software livre e o relativo ao software proprietário. Na concepção de livre mercado estimular significa exclusivamente capitalizar o autor. A capitalização do autor é o estímulo a criação, a inovação, ao progresso.

Para capitalizar é preciso colocar debaixo da vontade do autor as faculdades de livremente usar, gozar e dispor de sua obra tendo em vista atender: (a) suas necessidades de consumo e gastos pessoais; e (b) e os custos do processo de criação que, na sociedade industrial, eram cada vez mais elevados. Eis aí mais claramente o *ethos* da proteção ao direito de autor que o software proprietário revela: a capitalização do autor não existiria para fins meramente egoístas, mas com a finalidade de manter os autores, atrair novos, e cobrir os custos de investimentos necessários a uma contínua produção de inovações.

A faculdade do proprietário decidir monopolisticamente como usar, gozar e dispor do código fonte para fins de capitalização é o principal mecanismo da regulamentação jurídica do direito de autor, no caso. Na medida em que esta faculdade permite fechar o código fonte, lhe tornar exclusivo do proprietário, cria-se uma escassez de acesso, não real, mas legal, no mercado. Escassez que por sua vez cria uma demanda que valoriza o software – lhe estabelece um preço – e assim viabiliza a capitalização do autor.

A consequência principal desta lógica, como bem observa José de Oliveira Ascensão, é que o direito de autor passou a ser fundamentalmente um direito de proteção aos investimentos feitos para a criação. Na medida em que hoje em dia os principais detentores do direito de autor não são mais os próprios autores, mas as empresas que os empregam ou contratam, o direito de autor passou fundamentalmente a proteger os interesses comerciais das empresas onde a obra se produz. Estamos diante de um direito de proteção de investimentos.⁶⁶

⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito de Autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias”.



O caminho do software livre para a consecução da inovação tecnológica é outro. Como não estamos mais no período da nacional sociedade capitalista *tout court*, como hoje em dia o processo de criação tecnológica ocorre através do globalizado processo em rede, e cada vez mais de redes abertas, o software livre expressa uma alternativa a lógica que pretendia a capitalização como única maneira de se estimular o processo de criação. A realidade contemporânea demonstra mais e mais que a capitalização do autor não é nem a única motivação, nem o único estímulo a criação, no caso, tecnológica. Por vários motivos, pelo menos três.

Primeiro, porque a estrutura de custos da inovação na sociedade virtual, não é exatamente a mesma dos custos de criação na sociedade industrial onde mais se desenvolveu o direito de autor. O mundo de hoje se organiza através do conhecimento. A criação virtual pode ocorrer até mesmo nos fundos de uma garagem, sem precisar de quase qualquer capital financeiro. A capitalização como indispensável para a cobertura dos custos de investimentos não é mais necessariamente verdadeira. Em várias situações e em vários momentos a criação dispensa investimentos. Veja o exemplo sempre citado do Linux.

Segundo, por que as fontes de capitalização são múltiplas. Na medida em que o direito de autor aparece como um direito de proteção aos investimentos realizados, estes investimentos não são mais feitos exclusiva e privadamente pelas empresas enquanto autoras ou detentoras do direito autoral. Estes investimentos podem ser feitos por terceiros não necessariamente vinculados a criação. Pode ser feito com recursos públicos, por exemplo, sejam governamentais ou comunitários, ou através de doações de fundações privadas. Vincular o direito de autor a proteção dos investimentos privados feitos é aprisioná-lo aos interesses comerciais das empresas que detêm a propriedade dos direitos de autor. O que é válido para muitos casos, mas não necessariamente para todos .

Terceiro, considere-se também que as motivações para a criação e inovação não são apenas monetárias, embora estas sejam as motivações dominantes. Elas podem ser as mais plurais possíveis: vão da realização pessoal e da busca da auto-estima até mesmo ao exercício da cidadania plena e solidária, a vocação para o bem comum. O que, aliás, está previsto em nossa constituição quando estabelece, no artigo 3º, a construção de uma

Palestra proferida na Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas em 27/11/2003, cuja transcrição encontra-se publicada na Revista Forense nº 374; pp. 151/169.



sociedade livre e solidária como primeiro objetivo fundamental da República. A solidariedade é uma motivação constitucionalmente legitimada.

Num mundo marcado pela acirrada competição entre indivíduos, empresas e nações, falar de solidariedade como motivação da convivência social pode parecer idealismo ou ingenuidade. O fato, porém, é que, além de ser um objetivo constitucional fundamental, uma das principais características da sociedade contemporânea tem sido o surgimento do Terceiro Setor, da sociedade civil organizada, onde a motivação principal para a organização e ação social é justamente o partilhar solidariamente de valores coletivos.⁶⁷

Mesmo não sendo em geral a motivação dominante, a prática da solidariedade tem tido em muitos casos conseqüências não triviais para a inovação tecnológica. O paradigmático exemplo desta solidariedade no campo da invenção tecnológica é o de Santos Dumont. Santos Dumont recusou-se a patentear suas descobertas afirmando que se tratava de “um presente para a humanidade”, explicitando melhor do que ninguém a motivação não-monetária do ato de criação.⁶⁸ Este espírito de solidariedade conformou o exercício da faculdade de abrir o “código fonte” do Demoiselle, do 14-Bis e de todas as suas invenções, o que fez com que, poucos anos depois de sua invenção, já existissem na Europa dezenas de fábricas de aviões.

Existe, entretanto, uma outra motivação que não é nem a da capitalização nem a da solidariedade que contribui para o interesse geral. Trata-se de uma motivação de natureza pragmática. O aperfeiçoamento ou uso do software livre vai ocorrer não porque se pretende lucrar com este aperfeiçoamento, mas por que resolve um problema concreto que o usuário-aperfeiçoador está enfrentando. Haveria um interesse individual, não lucrativo, para participar de um processo de criação de aperfeiçoamento dos softwares. Por isto, como observa Gibbons, o novo modo de produção do conhecimento está ligado a motivações outras além das meramente comerciais.⁶⁹

O aperfeiçoamento do software passa a ser uma tarefa para onde convergem interesses individuais e gerais de múltiplas naturezas: comerciais, psicológicos, científicos,

⁶⁷ Sobre os fatores do desenvolvimento do Terceiro Setor no Brasil, confira-se FALCÃO, Joaquim e CUENCA, Carlos (orgs.). *Mudança Social e Reforma Legal: estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor*, Brasília, Conselho Comunidade Solidária, UNESCO, BID, FBB, 1999. (Série Marco Legal do Terceiro Setor, n. 3).

⁶⁸ HOFFMAN, Paulo. *Asas da Loucura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. Pg. 250.

⁶⁹ GIBBONS, Michael. Op. cit. No mesmo sentido, cf. BENKLER, Yochai, op. cit., e BONACCORSI, Andrea e ROSSI, Cristina, op. cit.



profissionais, políticos e tantos outros. Comporta, pois, múltiplas motivações.⁷⁰

O software livre se distingue do software proprietário por que como existem outras fontes de motivações e financiamento, ele dispensa a escassez artificialmente criada com fins da capitalização das empresas responsáveis pelos investimentos. As necessidades de financiamento das empresas monopolizaram o que seria interesse geral. O software livre quebra este monopólio. Expressa e exemplifica outras maneiras de se estimular um processo permanente de criação. Um processo estruturado não mais através da competição pelo lucro entre interesses individualizados, mas através da colaboração acumulativa em rede com múltiplas finalidades.

O prazo para que uma obra tenha uma função social entrando no domínio público, para que o código fonte seja revelado, não é mais então indispensável. No software livre, estas duas funções sociais da propriedade – a de sua apropriação pelo domínio público e a de sua contribuição para a consecução de um novo modo de inovação tecnológica – são realizadas concomitantemente. A sociedade como um todo pode usar, gozar e dispor do software e ao fazê-lo implementar um novo modo de produção do conhecimento. Por isto o software livre contribui decisivamente para a implantação do próprio estado democrático de direito.

Neste caso, passa a inexistir, ou pelo menos atenua-se, a diferença entre proprietários e não proprietários. O ideal igualitário da democracia se concretiza. Passa a existir um novo estatuto do direito de propriedade intelectual: ela é individual e coletiva ao mesmo tempo. Não se distinguem mais – como determina a constituição no artigo 5º, XXII e XXIII e como bem defende Gustavo Tepedino – a garantia da propriedade do exercício de sua função social. A propriedade é a sua função social. Da mesma maneira, o software livre é sua função social.

Na verdade, as motivações para a inovação parecem se espalhar dentro de uma escala onde o *little program*, como já mencionado, é um dos pontos extremos e os *systems-programs* o outro. Para aqueles tende a prevalecer os interesses não comerciais, inclusive o interesse individual de resolver seu “pequeno” problema, para o que a capitalização nem

⁷⁰ Um bom exemplo pode ser encontrado no século das descobertas marítimas, fruto de uma intensa convergência de motivações variadas. D. Manuel e os reis católicos Isabel e Fernando buscavam a riqueza e o poder geopolítico. Cristóvão Colombo e Américo Vespúcio, por sua vez, tinham motivações que não eram iguais. Vespúcio perseguia a glória eterna, enquanto Colombo queria a satisfação de comprovar suas teorias contra o obscurecimento da Inquisição além do poder político como governador das novas Índias. (cf. FALCÃO, Joaquim. “Mundus Novus: dos navegantes de ontem aos internautas de hoje”, mimeo, 2004)



sempre é o fator preponderante. Para estes, devido à complexidade da tarefa e o acúmulo de recursos necessários, a capitalização tende a representar um papel mais destacado. Trata-se de uma questão de gradação da eventual importância que a capitalização representa para a consecução do projeto, embora as circunstâncias variem na prática, podendo mesmo um *system-program* ser produzido através do modelo colaborativo de desenvolvimento. Tudo indica que o progresso tecnológico não prescinde de ambos os modos de inovação. Necessita de ambos. Cabe à administração pública definir uma política que comporte esta diversidade.

Finalmente, existe também outra diferença entre o software livre e o proprietário no que diz respeito à função social: é o meio pelo qual a propriedade cumpre com esta função. Ou pela intervenção do estado, ou seja, por imposição legal, por exemplo, quando a obra entra em domínio público, ou quando o Código Civil estabelece o respeito ao patrimônio histórico como indispensável ao direito de propriedade; nesses casos, há uma imposição externa aos interesses das partes contratantes.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O mesmo resultado, porém, pode ser alcançado pela vontade das partes, quando a função social decorre não de um ato de *imperium*, de um ato do estado, de uma imposição legal, mas sim de um ato de *societas*, de um ato de mercado, da livre vontade das partes contratantes, como no caso de Santos Dumont. É o que ocorre com o software livre através de seu contrato de licenciamento em rede quando o autor exerce seu direito de autor em favor da comunidade em rede através da cláusula do compartilhamento obrigatório.

O artigo 1228 do novo Código Civil estabelece que: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa (...)”. A função social decorre exatamente do exercício desta faculdade pelo proprietário que decide, livremente, abrir seu código fonte e a se



comprometer com a cláusula de compartilhamento obrigatório.

Em resumo, a possibilidade que o software livre abre para ampliar a participação de todos não somente nos benefícios da inovação, mas no próprio processo da inovação estimula o surgimento de um modo de produção de inovação tecnológica colaborativo acumulativo onde a função social da propriedade intelectual se desenvolve plenamente. Além de contribuir para a efetividade do estado democrático de direito.

3.5. O princípio da soberania

A questão pertinente agora consiste em saber se o software livre com as cláusulas contratuais de abertura do código fonte e de compartilhamento obrigatório e as quatro liberdades que daí derivam para os usuários contribui ou não para a efetividade do princípio constitucional da soberania. Para responder a esta pergunta cumpre antes conhecer como a constituição tratou o princípio da soberania e o que entende por soberania.

Em primeiro lugar, a constituição estabeleceu a soberania como o primeiro de todos os cinco princípios fundamentais. É o que estabelece o artigo 1º, I:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;”

Trata-se de soberania sem qualificativos. Como tal, abrange e inspira todos os campos da vida da República, seja a política, a economia, a cultura ou a tecnologia ou qualquer outro. Sem soberania, Estado Democrático de Direito não há. República Federativa do Brasil não há.

Em seguida, no parágrafo primeiro do mesmo artigo 1º, estabelece que o detentor da soberania é o povo ao estatuir que “todo poder emana do povo”. Já no artigo 14º, estabeleceu como esta soberania é exercida pelo povo: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos...”.



Neste sentido, e nos termos dos critérios de democracia que procuramos apreender da própria Constituição, soberania significa que todas as decisões nacionais serão tomadas pelo conjunto de cidadãos, que nenhum assunto relevante deixará de estar sobre o escrutínio destes cidadãos, e que nenhuma outra deliberação tomada por qualquer outro conjunto cidadãos ou países se imporá aos cidadãos nacionais. Todo o poder, isto é todas as decisões, emana do povo, isto é, do povo brasileiro.

A constituição, no entanto, vai mais longe, além de apenas estabelecer a soberania como princípio fundamental e determinar a forma política de seu exercício. Ela expressamente enfatiza o seu conteúdo econômico, ao estabelecer no artigo 170 que a ordem econômica tem de se conformar ao princípio da soberania nacional.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

Mais uma vez, o constituinte elegeu a soberania como o primeiro princípio a observar, agora na ordem econômica, dentre os nove princípios elencados no referido dispositivo. Justifica-se esta ênfase constitucional. No mundo de hoje, não mais se desassocia soberania nacional de desenvolvimento econômico. Não pode haver atividade econômica constitucionalmente fundamentada sem que esta esteja a favor da soberania nacional. A soberania nacional não é um dado externo a ordem econômica. Ao contrário, a integra. Não é constitucional uma atividade econômica contrária à soberania nacional.

A constituição em seu artigo 4º, I, estabelece que, nas relações internacionais, o Brasil rege-se pelo princípio da independência nacional. O fundamento da independência nacional é a soberania, inclusive e, sobretudo aquela que se realiza na e através da ordem econômica.

Seja enquanto princípio fundamental, seja enquanto princípio de ordem econômica, a soberania está vinculada à consecução de determinados fins, de determinados objetivos. Estes objetivos são tanto os objetivos fundamentais do artigo 3º (em especial os dispostos



nos incisos I e II, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária e garantir o desenvolvimento nacional), quanto os objetivos da ordem econômica, constantes do próprio artigo 179 (assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social).

No mundo globalizado de hoje, desenvolvimento nacional implica no desenvolvimento político democrático e no desenvolvimento econômico também, que por sua vez implica no desenvolvimento científico e tecnológico. Isto é quase um truísmo. Um truísmo, no entanto, que a constituição reconhece, valoriza, estimula e protege.

Não somente esta é a primeira de nossas constituições a incluir um capítulo específico sobre ciência e tecnologia, como estabelece uma série de obrigações ao estado e estímulos ao mercado e à pesquisa para que o Brasil forje a sua autonomia tecnológica, nos termos dos artigos 218, §2º e 219 da Constituição Federal.⁷¹ Note-se que não se trata de qualquer autonomia tecnológica. Trata-se da autonomia do país. A constituição assim está necessariamente se referindo a dimensão tecnológica da independência nacional do país no conjunto das capacitações tecnológicas dos demais países. Trata-se de uma diretriz constitucional que decorre diretamente do direito da autodeterminação e do auto-governo, do princípio da soberania enfim.

Celso Antonio Bandeira de Mello enumera este comprometimento constitucional para com o desenvolvimento tecnológico e científico ao lembrar que existem “dispositivos constitucionais específicos que proclamam o dever do Estado de favorecer a autonomia tecnológica do país, de promover o desenvolvimento do sistema produtivo nacional, de beneficiar a capacitação tecnológica no Brasil, de apoiar a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, de estimular empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao país, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos”.⁷² Trata-se de tarefa múltipla.

⁷¹ Os referidos dispositivos estão assim redigidos: (i) art. 218. (...) §2º. “A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução de problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.”; e (ii) art. 219. “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.” Como observa Caio Tácito, “pela primeira vez surge, nas Constituições brasileiras, um capítulo especial dedicado à Ciência e à Tecnologia. É um símbolo da velocidade do desenvolvimento científico e da aplicação dos conhecimentos de modo a colocar ao alcance do maior número os recursos do progresso material.” (in *Temas de Direito Público*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997; pg. 909-910).

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Preferências para licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Judiciária, nº14, junho/agosto de 2002. Pg. 7. Disponível no site www.direitopublico.com.br. Acesso em 22/02/04.



Por sua vez, a autonomia tecnológica no mundo interconectado de hoje inclui necessariamente autonomia na área da tecnologia da informação. Neste mesmo sentido, observa claramente o especialista em capacitação científica Simon Schwartzman: “Ciência e Tecnologia são mais do que nunca importantes para o Brasil, se o país pretende elevar os padrões de vida de sua população, consolidar uma economia moderna, e participar como um parceiro significativo num mundo global e cada vez mais integrado (...). Uma forte competência endógena é necessária para participar como um igual nas negociações internacionais com importantes conseqüências políticas e econômicas para o Brasil, em áreas como a proteção da propriedade intelectual e direitos de acesso à informação, normas de controle ambientais, e o estabelecimento de padrões técnicos nas redes de comunicação internacionais”.⁷³ Esta competência endógena a desenvolver é o conteúdo necessário da autonomia tecnológica voltada para a soberania.

A partir daí o desafio é saber se a adoção do software livre pela administração pública contribui ou não para se alcançar esta competência endógena, para conquistar a autonomia tecnológica, clara diretriz constitucional para a consecução do desenvolvimento e independência nacional. Entenda-se, porém antes, com José Afonso da Silva que a autonomia comporta quatro aspectos: 1) capacidade de auto organização; 2) capacidade de auto governo; 3) capacidade de auto legislação; 4) capacidade de auto administração.⁷⁴ Donde o desafio é determinar se software livre contribui para a consecução de qualquer um destes aspectos.

Tudo indica que a constituição brasileira fez uma opção a favor de uma independência nacional fundamentada numa autonomia tecnológica que assegure a capacidade de auto-administração e de autogoverno do país diante do conjunto dos demais países. O que não é de estranhar. Todos os países fazem o mesmo, sobretudo aqueles exportadores de softwares. É impensável que um país e sua administração pública abram mão de se autogovernar ou de se auto-administrar, seja para quem for – outro país ou entidades não-governamentais nacionais, internacionais ou mesmo multilaterais.⁷⁵ Trata-se de uma

⁷³ SCHWARTZMAN, Simon. “Science and Technology in Brazil: a new policy for a global world” (1995), in <http://www.schwartzman.org.br/simon/scipol/summ1.htm>, acessado em 19.12.2004.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001; p. 49.

⁷⁵ Trata-se de uma questão freqüentemente em pauta no debate sobre os poderes conferidos à ICANN – Internet Corporation for Assignment of Names and Numbers para regulamentação da Internet a nível mundial. Sobre os problemas trazidos pela regulamentação expedida pela ICANN e a soberania brasileira, vide Joaquim Falcão. “Globalização e Judiciário: a internalização das normas de nomes de domínio”, in LEMOS, Ronaldo e WAISBERG, Ivo (orgs) *Conflitos sobre Nomes de Domínio e outras questões jurídicas da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; p. 20 e ss.



autonomia tecnológica *erga omnes*.

Analisar as relações entre o software livre a Administração pública é analisá-lo em relação tanto ao imediato atendimento das demandas de informatização quanto à autonomia tecnológica. Naquele, a análise foca mais em padrões como custo, segurança, estabilidade e privacidade. Assim, aproxima-se da lógica de uma empresa privada contratante, na busca da maximização dos lucros financeiros. Neste, a análise foca mais em padrões estratégicos como independência, inovação e competição. A análise aproxima-se mais da lógica do estado que deve compatibilizar os diversos fins a que persegue, além daquela pertinente à eficiência administrativa, tais como o da soberania, o da independência nacional.

É neste último sentido que um número cada vez maior de países começa a desenhar e a adotar políticas públicas afirmativas, favoráveis ao software livre. Em 5 de Setembro de 2001, o Parlamento europeu passou uma resolução conclamando o Comissariado e os estados membros a “promover projetos de software cujo código fonte seja público (*open source software*).” Em 9 de novembro de 2001, a Alemanha passou uma resolução sobre a economia alemã na sociedade de informação para explicitamente promover a adoção de software livre na administração federal. Desde 1999 a França direciona-se para a criação de uma completa infra-estrutura de software de código aberto na administração pública. Vários outros países como a Argentina, a Itália, e o Peru tem também experiências na mesma direção.⁷⁶

Os principais argumentos a favor de uma política pública afirmativa do software livre são dois. Primeiro, a convicção de que a inovação poderá ser tanto mais rápida e eficaz, quanto mais numerosas sejam as pessoas envolvidas no processo de inovação com continuidade. O código fonte aberto estimula e permite uma crescente comunidade de inovadores, não restritos aos empregados ou contratados das empresas que detêm o código fonte dos softwares fechados.

Além de aumentar a velocidade da inovação, a abertura do código fonte e a cláusula de compartilhamento obrigatório permitem que os esforços de inovação se voltem para o atendimento de demandas ligadas às próprias especificidades nacionais. O software livre cria condições mais favoráveis para que usuários se reconheçam como participantes de

⁷⁶ Para uma exposição abrangente das principais iniciativas governamentais de promoção software livre, confira-se EVANS, David S. e REDDY, Bernard. “Government Preferences for Promoting Open-Source Software: a solution in search of a problem”, in *National Economic Research Associates* (http://ssrn.com/abstract_id=313202, acessado em 19.12.2004).



problemas similares e empreendam um esforço colaborativo para solucioná-los. As necessidades locais passam a ser o critério prioritário da inovação. Este ponto já foi inclusive percebido por setores ligados à indústria nacional de programas de computador. Em memorando intitulado “A adoção de software livre pelo governo e o desenvolvimento da indústria de software brasileira”, setores representativos desse segmento produtivo afirmam:

“O Brasil, em função do seu mercado, cultura e modelo de desenvolvimento, exige soluções de software nem sempre iguais às soluções desenvolvidas para outros países. Ainda que em algumas situações os problemas sejam praticamente os mesmos, não podemos simplesmente adotar soluções desenvolvidas para a realidade dos EUA, Europa ou Ásia. Devemos estudar as demandas de software considerando o país como uma República Federativa, democrática, com grande extensão territorial, desigualdades sociais, inserido num mundo globalizado e extremamente competitivo.”⁷⁷

Assim, o desenvolvimento científico na área de tecnologia da informação não passa necessariamente pela aquisição de soluções já prontas – isto é, da aquisição do resultado de processos de inovação empreendidos em realidades distintas da nossa -, mas, ao contrário, pela valorização da capacidade dos usuários-aperfeiçoadores brasileiros de trabalharem conjuntamente para resolver os problemas identificados em sua própria experiência. Como observa Simon Schwartzman: “No fundo, a maneira de manter o

⁷⁷ Alguns setores considerados no memorando como carecedores de soluções próprias são Controle de Fronteiras, Segurança Pública, Vigilância Sanitária, Ensino à Distância, Combate à Fraude e Sonegação Previdenciárias, Geoprocessamento e Desenvolvimento do Setor Elétrico (cf. “A adoção de software livre pelo governo e o desenvolvimento da indústria de software brasileira”, disponível em <http://www.assespro-rj.org.br/instituc/slivre.htm>. Acesso em 03 de março de 2005). O documento foi elaborado e subscrito em 26 de outubro de 2004 pela ASSESPRO (Associação Nacional das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, Software e Internet), FENAIFO (Federação Nacional das Empresas de Serviços Técnicos de Informática e Similares) e SOFTEX (Sociedade para Promoção da Excelência do Software Brasileiro). Vale notar que a própria IBM tem colaborado com a adoção de software livre pelo Governo de São Paulo, tendo assinado, em novembro de 2004, um convênio para capacitação de 980 servidores públicos para o desenvolvimento de programas em um modelo aberto (cf. “IBM treinará servidores paulistas em software livre”, notícia publicada na *Gazeta Mercantil* em 26/11/2004). De forma mais abrangente, a própria IBM assinou recentemente com o ITI – Instituto de Tecnologia da Informação, um convênio para a criação do Centro de Difusão de Tecnologia e Conhecimento. O referido centro possui como objetivo aperfeiçoar a difusão de soluções que utilizem padrões abertos, através do treinamento de técnicos e usuários de sistemas da administração pública (in <http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/PressRelease2004Aug30B>, acessado em 19.12.2004). Os referidos exemplos mostram que a indústria brasileira de computação não está “contra” ou “a favor” do software livre como uma questão de princípio ou ideológica, mas, ao contrário, encontra razões pragmáticas, convergentes com seus próprios interesses, para defender a adoção em algum nível deste modelo de produção no Brasil.



controle e alcançar os benefícios do conhecimento científico e tecnológico não é pela apropriação de produtos ou artefatos tecnológicos, sejam físicos ou intelectuais, mas pelo desenvolvimento da habilidade de absorver o conhecimento existente, de criar novos produtos e de colocar os antigos para usos melhores.”⁷⁸ O código fonte do software proprietário, sendo fechado, não permite o indispensável acesso para que a comunidade de usuários-aperfeiçoadores absorva este conhecimento existente como o faz o software livre. Não estimula a competência endógena.⁷⁹

O segundo argumento que favorece uma política pública afirmativa do software livre é correlato e diz diretamente respeito à necessidade da auto-governabilidade e auto-administração, isto é, da independência gerencial. Como qualquer empresa, a administração pública não quer ficar dependente de um só fornecedor – o que muito provavelmente ocorrerá se for adotado software proprietário. Não quer ficar sem a possibilidade da escolha. Se isto vier a ocorrer, sua autonomia e sua própria soberania ficam em perigo. É que decisões importantes, como aquelas ligadas à conveniência ou não da contratação, bem como as condições contratuais e o preço, fugirão ao controle da administração pública. Haverá uma clara situação de dependência.⁸⁰

Assim, não é incomum que muitas empresas tenham uma política de compras que inclui sempre uma segunda escolha, mesmo quando esta segunda escolha é um pouco mais

⁷⁸ SCHWARTZMAN, Simon. “Science Policy and Globalization”, in www.schwartzman.org.br/simon/inscript.htm, acessado em 19.12.2004 [tradução livre do inglês]. Se essa descrição é precisa, continua o autor, então “as políticas públicas no campo da ciência no século XXI, não apenas para os países do Sul, mas para todos eles, devem ser em sua essência políticas voltadas para educação, disseminação, *networking* e comunicação, ao invés de políticas voltadas para o desenvolvimento de produtos específicos, da proteção de firmas e instituições específicas (...)” (idem, *ibidem*).

⁷⁹ Competência endógena que, no caso brasileiro, possui um inegável potencial, não apenas para atender às demandas internas, mas também às externas. Pesquisa feita pelo Prof. Carlos Lucena mostra que, em 1993, o Brasil era responsável por 1% das publicações científicas em todo o mundo na área de tecnologia da informação. Assim, argumenta o autor, “se o país conseguisse exportar também 1% do que é consumido pelo mercado mundial de software, este produto seria, de longe, o maior item de exportação do país. Esta analogia merece ser ponderada, porque software e publicações têm muitas características comuns. Além disso, o cientista que publica no exterior precisa também entender bastante de *marketing* (conquistar internacionalmente um espaço na sua área etc). este tipo de talento para atender a especificações do “mercado” internacional e nele vender uma expressão da produção científica e tecnológica não parece ser escasso no país. (cf. LUCENA, Carlos J. P. “Computação”, in SCHWARTZMAN, Simon (coord.). *Ciência e Tecnologia no Brasil. A Capacitação Brasileira para a Pesquisa Científica e Tecnológica (vol.3)*. Rio de Janeiro: FGV, 1996. Pg. 19. Disponível no site <http://www.schwartzman.org.br/simon/scipol/computacao.pdf>. Acesso em 21 de dezembro de 2004)

⁸⁰ Além disso, os programas adquiridos pelo governo podem conter elementos nocivos como *backdoors*, *eletronic spies* e rotinas de coleta de informações para fins de marketing – inseridos pelo autor do programa sem autorização da administração pública. (Cf. EVANS, David S. e REDDY, Bernard, op. cit.).



cara ou de menor qualidade.⁸¹ A independência exige a decisão mesmo que temporária de postergar uma imediata maximização dos lucros, em favor de um ambiente futuro de maior controle e possibilidade de escolha. O mesmo pode ocorrer e estaria ocorrendo na administração pública de países que adotam políticas afirmativas, sobretudo na medida em que a política pública informal de informatização que prevaleceu nos últimos anos colaborou, involuntariamente ou não, não vem ao caso, para que o mercado de software para computadores individuais fosse controlado 93% por uma só empresa norte-americana. Neste contexto considerações como independência, autonomia e mesmo soberania passam a fazer todo o sentido para uma opção pelo em favor do software livre, como opção a uma perigosa situação de quase monopólio.

Neste sentido, por mais paradoxal que pareça, uma política pública afirmativa do software livre - adoção e estímulo - passa a aparecer como defesa da competição e da livre concorrência, outro princípio da ordem econômica (art 170, IV). Este estímulo não consiste no governo criar empresas ou entidades que venham a produzir softwares de código-fonte aberto. Não é esta, em princípio, atribuição da administração pública. Mas consiste muito bem em estimular o desenvolvimento no país de um modo de produção de inovação tecnológica diferente daquele que conduziu o mercado à situação de, no mínimo, quase monopólio.⁸²

Trata-se de estimular uma competição entre pelo menos dois modos diferentes de produção de inovação: o modo capitalista do software proprietário e o modo colaborativo acumulativo do software livre. Sem esta concorrência o poder não emana do povo através das decisões da administração pública, pelo simples fato de que ter poder é poder escolher. No caso, inexistindo competição, inexistente escolha. Sem escolha não há poder.

A propósito, convém lembrar que ao contrário de países como os Estados Unidos que não condenam o monopólio diretamente, mas apenas indiretamente quando uma empresa monopolista fere a livre concorrência através de práticas desleais, a legislação brasileira se opõe frontalmente ao monopólio conforme estabelece a constituição no artigo 173 §4º: “A lei reprimira o abuso de poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” . Note-se ainda que é justamente a lei nº 7232, de 1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática que

⁸¹ EVANS, David S. e REDDY, Bernard, op. cit., pg. 71.

⁸² Vale observar que, segundo o professor de Harvard Jonathan Zittrain, o principal fator que possibilitou a criação do monopólio da Microsoft foi a legislação de direitos autorais existente no país, combinada aos “efeitos de rede” típicos do mercado de software (cf. ZITTRAIN, Jonathan. “The Un-Microsoft Un-Remedy: Law can Prevent the Problem it can’t patch later”, *Connecticut Law Review*, v. 31, 1999).



se opõe não somente à existência de monopólios, mas até mesmo a atos capazes de gerar criar de monopólios, isto é, a atos que possam vir a possibilitar a existência de monopólios.

O artigo 2º determina que a política nacional de informática atenderá ao seguinte princípio: “IV – proibição à criação de situações monopolísticas de direito ou de fato.” Trata-se de uma legislação mais do que curativa, para usar expressões das ciências médicas, mas preventiva de monopólios. A administração pública quer como detentora do poder de polícia, quer como contratante no mercado também esta sujeita a este princípio da política nacional de informática. Não pode colaborar para a criação, consolidação, sobrevivência ou expansão de qualquer tipo de monopólio.

Como os demais países mencionados, a administração pública brasileira enfrenta hoje o mesmo problema: como desenhar uma política pública afirmativa de aquisição de softwares para suas necessidades quotidianas sem que isto implique no reforço ao quase monopólio do software proprietário representado por um único fornecedor. Esta política pública afirmativa pode ir desde garantir a preferência ao software livre na contratação de softwares para o quotidiano da administração pública, até em alguns casos a assegurar a exclusividade desta contratação. O Supremo Federal já decidiu que, se for o caso, esta política pública tem que ser formulada pelo poder executivo e não pelo poder legislativo, e não pode interferir com as regras gerais da licitação pública de competência privativa da União, no caso de vir a ser uma política estadual ou municipal.⁸³

O objetivo soberano de uma política afirmativa de software livre não é o de elegê-lo como o único software a ser contratado pela administração, mas o de fomentar sempre a existência de alternativas de escolha para a administração pública. Neste sentido um desafio crucial é o da criação de *standards* abertos, *free standars*, que possibilitem a troca de arquivos pelos diferentes programas existentes no mercado. Como bem alerta Edwards: “Um monopólio capaz de controlar os padrões com base nos quais os arquivos dos programas podem ser intercambiados pode eventualmente controlar um mercado e então impedir que novas empresas entre no mercado.”⁸⁴

Para evitar esta situação indesejável pode-se ou esperar o surgimento pelo mercado de programas *de facto* que viabilizem o intercâmbio de programas, ou, como indica

⁸³ STF, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3059-1/RS, rel. Min. Carlos Britto, j. em 15.04.2004.

⁸⁴ EDWARDS, Kasper. “An Economic Perspective on Software Licenses – Open Source, Maintainers and User-Developers”, p. 132 (in www.sciencedirect.com, acessado em 19.12.2004).



Gomulkiewicz, a indústria, ou o próprio governo pode criar um programa *de iure* capaz de estimular a convergência entre softwares livres e softwares proprietários.⁸⁵ Este programa *de iure* estaria plenamente de acordo com uma política pública afirmativa de softwares oriundos de modos de produção de inovação tecnológica distintos.

Finalmente, outra diretriz constitucional faz com que uma política pública afirmativa do software livre, e do modo colaborativo acumulativo de produção de inovação tecnológica contribua para a efetividade do princípio constitucional da soberania. Trata-se da diretriz constitucional do incentivo ao mercado interno.

Na verdade, o capítulo IV do Título VIII determina duas maneiras distintas a partir das quais o estado pode e deve promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. Não são maneiras excludentes, mas complementares e que devem ser se possível concomitantes também.

Por um lado, a administração pública pode incentivar através de ações diretas, através de políticas públicas que visem, por exemplo, vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica (art. 218, §5º, da CF) ou dar prioridade à pesquisa científica básica (218, §2º, da CF). Por outro lado, pode incentivar também através de sua ativa participação no mercado interno como contratante. O artigo 219 da Constituição Federal diz que: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar (...) a autonomia tecnológica do país.”

Ora, em um país onde a participação do Estado no PIB é da ordem de 20%, como é o caso do Brasil, o impacto da administração pública como contratante no mercado interno não deve ser menosprezado. Na medida em que a administração pública passe a usar software livre nos seus computadores, estará indiretamente estimulando um mercado interno para o desenvolvimento deste tipo de software, ainda que não exclusivamente, já que o software livre não trabalha com barreiras geográficas. Mas a opção pelo software proprietário, na medida em que a quase totalidade deste mercado vem com código fontes, produzidos no exterior, dificilmente favoreceria o desenvolvimento do mercado interno nacional de softwares.

Em resumo, o princípio da soberania constitucional é mais amplo do que a simples

⁸⁵ GOMULKIEWICZ, Robert W. “De-bugging Open Source Software Licenses”. *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 64:75 (2002), pgs. 100-102. Disponível em: <http://www.law.washington.edu/Faculty/Gomulkiewicz/Publications>. Acesso em 03 de março de 2005.



soberania política. Ela se efetiva expressamente na e através da ordem econômica. O desenvolvimento da ordem econômica por sua vez é fundamental para se conseguir o objetivo fundamental do artigo 3º de nossa constituição, o do desenvolvimento nacional. O desenvolvimento de qualquer país no mundo de hoje não prescinde do desenvolvimento tecnológico. A diretriz constitucional para se obter o desenvolvimento tecnológico é conseguir a autonomia tecnológica. Esta autonomia implica a capacidade de se auto-governar e auto-administrar.

Como observaram os Ministros Cezar Peluso e Ellen Gracie durante o julgamento da já citada Medida Cautelar na ADIn 3059-1 (RS), a grande questão por trás das iniciativas que surgem ao redor do mundo na promoção do software livre é o monopólio de fato que vem sendo construído nas últimas duas décadas. Na medida em que 93% do mercado de programas de computador é controlado por uma única empresa estrangeira, vários países começam a formular políticas públicas visando reestabelecer a competição no mercado. A adoção destas políticas públicas afirmativas em relação ao software livre estimula a autonomia tecnológica do país na medida em que estimulam o modo de produção de software livre colaborativo acumulativo abrindo uma alternativa ao dominante modo de produção do software proprietário. O objetivo é restaurar a capacidade de o país escolher. Sem possibilidade de escolha inexistente a capacidade de exercer o poder – de exercer a soberania.

Presidência da República
Casa Civil
Instituto Nacional de Tecnologia da Informação





ASPECTOS DO SOFTWARE LIVRE SOB O DIREITO PRIVADO

A proteção jurídica do software e a licença GNU/GPL

O software no Brasil é regido pelo direito autoral. Na sua maioria das vezes, essa proteção decorrente da lei segue aliada aos termos conferidos por um contrato atinente a determinado software. Esse contrato é denominado “licença”. A licença de um software estabelece um rol de direitos e deveres que se projetam sobre um determinado usuário do software.

É importante mencionar que software livre não se confunde com software de código aberto. Um software pode ter seu código aberto, mas não propiciar as liberdades descritas na introdução ao presente estudo com relação a seus usuários. Do mesmo modo, o acesso ao código fonte funciona como *requisito implícito* para efetividade de dois caracteres definidores do software livre: o direito de estudar como o programa funciona e o direito de fazer aperfeiçoamentos sobre o mesmo. Em outras palavras, todo software livre deverá ter o seu código aberto, mas nem todo software de código aberto será um software livre. Ele só o será no caso de, além do código-aberto, garantir através de uma licença as quatro liberdades fundamentais: executar, estudar, redistribuir e aperfeiçoar.

Essas quatro liberdades fundamentais são estabelecidas, por exemplo pelos termos da GNU GPL (GNU General Public License), acima referida. Essa é a licença jurídica que será considerada no presente estudo. É importante mencionar que nem sempre essas mesmas liberdades estão presentes em outras licenças, ainda que sejam licenças ditas “abertas”. Nesse sentido, para efeitos desse estudo, apenas a definição de software livre da *Free Software Foundation* (Fundação do Software Livre), tal qual esposada pela licença GNU GPL, será considerada.

Conforme decisão da corte distrital de Munique que conheceu da validade das cláusulas da licença GNU GPL, o software livre não se confunde com abdicação de direitos autorais sobre o software, mas sim com o estabelecimento de termos precisos sobre como aqueles direitos podem ser fruídos por terceiros. Nesse sentido:

“De início, o Painel compartilha a visão de que não se pode enxergar nos termos da GPL (General Public License) provisões contendo a abdicação dos direitos autorais



relativos às correspondentes posições jurídicas. Ao contrário, os usuários valem-se especificamente dos termos da legislação do direito autoral para garantir e dar efeito ao seu conceito empregado para o desenvolvimento posterior e disseminação do software⁸⁶.”

A legislação de direito autoral, conforme aplicável ao software no Brasil, é discutida abaixo. De modo geral é possível afirmar que a mesma estrutura jurídica postulada pela corte alemã também ocorre sob o direito brasileiro. O titular de direitos autorais sobre um software que licencia o mesmo em regime livre, por exemplo, através da licença GNU GPL da *Free Software Foundation* (Fundação do Software Livre), não está abdicando de seus direitos de autor. Na verdade, esse mesmo titular está na verdade valendo-se dos seus direitos de autor para, através de uma licença, condicionar a fruição desses direitos por parte de terceiros, impondo o dever de respeitar as quatro liberdades fundamentais acima descritas. O software livre, portanto, é produto direto do direito de propriedade do autor sobre o software e consiste em uma modalidade de exercício desse direito, através de uma licença jurídica.

Regime de Proteção do Software e do respectivo Código Fonte no Brasil - Licenciamento

O regime jurídico da propriedade intelectual no Brasil se divide entre os ramos da propriedade industrial, regido pela Lei 9.279, de 14/05/96, e do direito autoral, regido pela Lei 9.610, de 19/02/98. O Software possui um regime jurídico especial, sendo regido por lei específica (Lei 9.609/98, de 19/02/1998), porém complementado pela legislação referente a direitos autorais naquilo em que a lei específica for omissa.

Não há dúvidas de que o regime aplicável ao software é aquele do direito autoral, apenas modificado em alguns aspectos, como se verá abaixo, pela lei do software. É interessante notar o artigo 2º da lei do software, que atribui ao programa de computador o mesmo regime de proteção aplicável **às obras literárias**:

Art. 2º “O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador

⁸⁶ Corte Distrital de Munique, nº 21 O 6123/04; “*To begin with, the Panel shares the view that one cannot perceive the conditions of the GPL (General Public License) as containing a waiver of copyright and related legal positions. On the contrary, the users avail themselves of the conditions of copyright law in order to secure and carry into effect their concept of the further development and dissemination of software*” (veja Dreier/Schulze, *UrhG*, § 69a, Rn. 11).”



é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.”

O código fonte é igualmente protegido pela lei do software, que em seu artigo 1º define software como “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem *natural* ou *codificada*”. A definição é abrangente o bastante para compreender o código-fonte, que por sua vez é definido da seguinte forma:

“Código Fonte: Programas de computador ou sistemas operacionais são originalmente escritos por seres humanos em uma linguagem de programação. O resultado é chamado de código fonte do software. Para que o programa seja de fato usado pelo computador, é preciso que este seja traduzido pelo computador a partir do código fonte para a linguagem de máquina, que o computador entende e executa. Este processo de tradução, por sua vez, é chamado de compilação⁸⁷.”

Os direitos autorais sobre software, assim como sobre as obras literárias, são independentes de registro. A Lei do Software estabelece, no entanto, que o INPI é o órgão governamental encarregado do registro do software. Note-se, entretanto que não há incompatibilidade entre o registro de um software no INPI e seu posterior licenciamento, inclusive como software livre. O registro serve como comprovação de anterioridade de autoria sobre o software caso esta venha em algum momento a ser questionada judicialmente. Entretanto, seu autor, valendo-se de suas prerrogativas, pode subsequente autorizar no limite em que desejar o uso do software por terceiros, conforme descrito acima. O licenciamento em software livre nada mais é do que uma modalidade de exercício dos direitos do autor do software através de uma licença jurídica.

Nesse sentido, a legislação de direito autoral, também aplicável ao software, é clara. Quanto aos direitos patrimoniais, cabe ao autor o direito exclusivo de reproduzir, editar, adaptar ou transformar, distribuir, incluir em bancos de dados, utilizar em quaisquer modalidades existentes ou que venham a ser inventadas (artigo 29 da Lei 9.610).

⁸⁷ Universidade da Califórnia-Davis. Information & Educational Technology Glossary. “*Computer programs or operating systems are originally written by a human being in a programming language. This is called the source code of the software. To be actually used by a computer, the program has to be translated by the computer from the source code into the machine language that the computer understands and can execute. This translation process is referred to as compiling.*” Disponível em <http://iet.ucdavis.edu/glossary.cfm>.



Tais direitos podem ser cedidos, integralmente ou em parte, por seus titulares. No caso do software, a Lei 9.609 introduziu no ordenamento brasileiro especificamente a figura da *licença* (Art. 9º “*O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença*”). A licença usualmente consiste na autorização de uso,⁸⁸ limitada aos termos contratuais, feita por parte do licenciante - aquele que detém direitos sobre o software - ao licenciado - aquele que recebe o direito de uso. A mesma diferencia-se da cessão dos direitos patrimoniais sobre programas de computador – no caso da cessão, todos os direitos são transmitidos ao cessionário, enquanto na licença com o licenciante permanecem.

Importante ressaltar que a Lei do Software exclui a aplicação dos direitos morais sobre programas de computador, com poucas exceções (direito de exigir a *paternidade* ou de se opor a modificações não-autorizadas quando as mesmas impliquem mutilação do programa e afetem a honra ou a reputação de seu autor).

Por fim, ainda quanto ao licenciamento, um traço de dirigismo contratual imposto pela Lei do Software é o dever de estipular um Prazo de Validade Técnica para os programas de computador *comercializados* no país. Durante este prazo, aquele que *comercializa* o programa tem o dever de assegurar aos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao funcionamento do programa⁸⁹. A lei é clara ao utilizar o termo “*comercializa*” ao estabelecer essa obrigação. Como o software livre não é propriamente comercializado, mesmo a imposição desse prazo de validade técnica não é aplicável. Isso porque não se “compra” um software livre como se adquire, por exemplo, um “software de prateleira⁹⁰”. O que se compra, no caso do software livre, são serviços relativos à distribuição do software. É possível, por exemplo, ir a uma loja e comprar um pacote de softwares livres. Entretanto, esse mesmo software poderia ter sido descarregado pela Internet ou meramente copiado de alguma outra cópia disponível. A aquisição em loja é, primordialmente, não do software em si, mas das facilidades trazidas por aquela distribuição do produto.

Licenciamento como fator determinante do software livre

⁸⁸ Outros direitos relativos ao programa de computador, que não o uso, podem ser licenciados, como os direitos de distribuição, comercialização e etc.

⁸⁹ Art. 8º “*Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações.*”

⁹⁰ Por “software de prateleira” entenda-se o software cujas cópias são embaladas para a venda de massa no varejo.



Por fim, do ponto de vista de sua natureza, não existe nenhum subsídio para que se estabeleça qualquer distinção entre os softwares chamados livres e os softwares chamados proprietários (ou fechados) em termos de sua essência. Ambos consistem em instruções lógicas e do ponto de vista técnico, operam da mesma maneira com relação a um computador. Inclusive, mesmo a lei do software, em sua definição do que vem a ser um software⁹¹, não faz qualquer distinção entre um software livre e um software proprietário.

Por isso, é importante estabelecer, dessa forma, que a diferença entre um software livre e um software proprietário é uma diferença que se dá meramente a partir dos termos do contrato de licença atribuído a cada um deles. Se o contrato de licença incluir as quatro liberdades constantes da definição do software livre acima mencionadas, o software será considerado como “livre” a partir dos critérios da *Free Software Foundation*. Se esse contrato de licença não incluir essas quatro liberdades, ele não será considerado, para esses efeitos, como software livre pela *Free Software Foundation*⁹² (Fundação do Software Livre).

Software Livre e Bens Imateriais

Uma das principais características do modelo do software livre é que ela maximiza o potencial de distribuição dos bens intelectuais, aproveitando na maior extensão o caráter não-exclusivo e não-competitivo das idéias e da informação⁹³. Com isso, o advento do

⁹¹ 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.”

⁹² Lembramos apenas que o presente estudo optou por adotar a definição de software livre da *Free Software Foundation*. Entretanto, isso não significa que outros softwares licenciados sob outras modalidades de licença não sejam também considerados como “livres” para as finalidades, por exemplo, de políticas governamentais, licenciamentos privados e modelos de negócio. Há diversas outras licenças cujos termos compartilham da mesma idéia da GNU GPL, adicionando cláusulas ou apresentando diferentes condições. Para uma catalogação não exaustiva de outras modalidades de licença também “livres” ou ao menos de “código aberto”, vide <http://www.opensource.org/> e <http://www.fsf.org/licensing/licenses/license-list.html>.

⁹³ Por não competitivos entende-se que a utilização do bem por uma pessoa não exclui que outras pessoas utilizem-se igualmente dele. E por não-exclusivos entende-se que, uma vez que o bem tenha sido produzido, é muito difícil, senão impossível, excluir alguma pessoa de ter acesso ao bem. Trata-se do caso da iluminação pública, das forças armadas, de um farol marítimo ou das idéias e bens culturais.



software livre e de outros modelos de produção colaborativa leva à possibilidade de repensar paradigmas e modelos tradicionais não só da propriedade intelectual, mas também de outros campos do direito. O software livre demonstra que com a tecnologia digital e a Internet, novas formas de desenvolvimento econômico e social surgem em coexistência com as formas tradicionais.

Essa posição encontra-se em consonância com a Política Nacional de Informática, definida pela Lei 7.232 de 29 de outubro de 1984, que é analisada abaixo. À guisa de introdução, cumpre apenas mencionar que referida lei estabelece como objetivos da Política Nacional de Informática “*a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira*”⁹⁴.

O software livre coaduna-se com tais objetivos, uma vez que esses consideram como valor intrínseco o desenvolvimento social e cultural, que no caso do software livre, materializa-se na disponibilidade do código fonte.

Nesse contexto, os incisos I, IV, XI do artigo 2º, em especial, apontam para a adoção do modelo GPL.

Na mesma esteira, os incisos I, II, III, IV e V do art. 4º da lei determinam a adoção de instrumentos que estimulem o crescimento, institucionalizem padrões, aperfeiçoem os esforços de capacitação e a mobilização de recursos públicos no sentido de fomentar o desenvolvimento das atividades de informática.⁹⁵

Exemplos de iniciativas governamentais envolvendo software livre no mundo

Como fenômeno comunitário e global, diversos países hoje adotam o software livre como

⁹⁴ Art. 2º “caput”

⁹⁵ Art. 4º “São instrumentos da Política Nacional de Informática:

I - o estímulo ao crescimento das atividades de informática de modo compatível com o desenvolvimento do País;

II - a institucionalização de normas e padrões de homologação e certificação de qualidade de produtos e serviços de informática;

III - a mobilização e a aplicação coordenadas de recursos financeiros públicos destinados ao fomento das atividades de informática;

IV - o aperfeiçoamento das formas de cooperação internacional para o esforço de capacitação do País;

V - a formação, o treinamento e o aperfeiçoamento de recursos humanos para o setor;...”



parte de suas políticas governamentais⁹⁶. Na Alemanha, o software livre é adotado, por exemplo, pelo Ministério da Economia e Trabalho, pelo *Auswärtiges Amt* (Ministério das Relações Exteriores), pela prefeitura da cidade de Munique, dentre outros.

Na Espanha, a cidade de Extremadura obteve destaque adotando de forma ampla a plataforma chamada LinEx, baseada no sistema GNU/Linux. Do mesmo modo as cidades de Barcelona e o Ministério da Educação da Catalunha seguem o mesmo caminho.

Na França, o Governo Francês planeja a adoção do software livre para mais de 900.000 computadores, começando pelo Ministério, que já iniciaram o processo de migração, começando pelos servidores. Na Holanda, 85% dos departamentos do governo Holandês já possuem experiência com aplicações de software livre, enquanto na Itália, foi adotada a diretiva governamental chamada “Stanca Directive for Open Source”, que estabelece padrões para a aquisição e reutilização de softwares pelo setor público privilegiando soluções em software livre e código aberto. A cidade de Roma, em maio de 2004, iniciou a migração de seus 9.500 servidores para a plataforma Linux.

Em Portugal, em outubro de 2004 foi baixada a resolução 66/2004, pela qual a Assembléia da República recomenda ao governo a tomada de medidas com vistas ao desenvolvimento do software livre em Portugal. Além disso, Áustria, Bélgica, Bulgária, Eslováquia, Eslovênia, Irlanda, Noruega, Reino Unido, Suécia e Suíça também já contam com ações governamentais na direção de se adotar o software livre.

Nos Estados Unidos, o governo norte-americano tem incentivado o uso de sistemas baseados em software livre em diversas instâncias⁹⁷. Como exemplo, as iniciativas da USAID (United States Agency for International Development). O Departamento do Tesouro norte-americano também tem desenvolvido aplicações críticas em software livre, dentre outros órgãos e agências norte-americanas.

Análise do Software Livre a partir do Direito Privado

A presente seção tem por objetivo analisar o software livre a partir da perspectiva do direito privado brasileiro. Naturalmente, não há a intenção de esgotar o assunto, mas sim de prover subsídios para uma melhor compreensão do regime de licenciamento aplicável

⁹⁶ Fonte: http://www.softwarelivre.citiap.gov.pt/sw_livre_europa/sw_livre_europa

⁹⁷ http://www.infoworld.com/article/04/03/12/11FEopgov_1.html



ao software livre à luz do direito brasileiro. Nesse sentido, prevalece a opção feita ao longo de todo o presente trabalho de foco na licença GNU GPL. No entanto, os mesmos elementos de análise são também aplicáveis a outras licenças consideradas funcionalmente como “livres”, incluindo as licenças de “código aberto”.

O presente estudo concentra-se especificamente sobre a versão CC-GNU GPL, que nada mais é que a versão GNU GPL traduzida para o português e embalada através do modelo de licenciamento chamado Creative Commons. Para todos os fins, não há qualquer diferença entre a CC-GNU GPL e a GNU GPL tradicional. A versão em português da licença pode ser obtida no site governamental www.softwarelivre.gov.br⁹⁸. Todas as referências à licença são feitas com base nessa versão. Os termos GNU GPL ou CC-GNU GPL possuem, assim, significado intercambiável ao longo do estudo.

A licença GNU GPL pode ser classificada como um contrato benéfico, atípico, consensual e unilateral. O caráter consensual da licença exprime-se pela desnecessidade de requisitos formais ou solenes para sua plena validade e eficácia jurídica. A atipicidade da licença, por sua vez, resulta da inexistência de previsão legal expressa quanto ao seu conteúdo e tem sua validade assegurada pelo art. 425 do Código Civil, da seguinte forma:

Art. 425. “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas nesse código.”

A unilateralidade do contrato constata-se sob a ótica de seus efeitos, pois gera direitos e obrigações para somente uma das partes. Ao licenciar um programa de computador sob o crivo da licença GPL, o licenciante não assume nenhuma obrigação, da mesma maneira que a utilização de sua obra por terceiros não lhe gera qualquer direito, uma vez que a utilização, distribuição e modificação é gratuita.

Por outro lado, o licenciado passa a ter o direito de usar, copiar, modificar e distribuir o programa, sendo que o exercício desses direitos gera-lhe os encargos de não cobrar pela utilização da obra, licenciá-la nos mesmos termos do programa primígeno, afixar aviso quanto à modificação do programa original e exclusão de garantia e fornecer ou possibilitar o acesso ao código fonte.

⁹⁸ A versão integral da licença encontra-se disponível no endereço <http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view>.



Note-se que os encargos impostos não se reverterem em favor do licenciante, não podendo, portanto, serem entendidas como obrigações *stricto sensu*, assemelhando-se assim aos encargos estabelecidos pela doação modal, consagrada em nossa doutrina como exemplo clássico de contrato benéfico e unilateral.

A classificação remanescente da GNU GPL enquanto contrato benéfico (ou contrato desinteressado) é a que mais merece atenção para os fins do presente estudo, pois dela decorrem importantes aspectos interpretativos, com reflexos para a validade da cláusula de exclusão de garantia e da ausência de obrigatoriedade de prestação de assistência técnica. Outro aspecto importante da licença GNU GPL é que sua cláusula (2), que consiste na exigência de que modificações ao programa sejam licenciadas pelo mesmo regime de licenciamento “livre”, estabelece uma estipulação em favor de terceiros, que será também objeto de análise destacada.

Os contratos benéficos (também chamados gratuitos ou desinteressados) são definidos da seguinte forma pela doutrina:

- “Contrato gratuito é o negócio jurídico em que uma só das partes obtém um proveito. Via de regra, à vantagem corresponde um sacrifício. Que a vantagem seja do contraente ou de terceiro, é irrelevante⁹⁹.”
- “Nos *contratos gratuitos*, toda a carga contratual fica por conta de um dos contratantes; o outro só pode auferir benefícios do negócio. Daí a denominação também consagrada de *contratos benéficos*¹⁰⁰.”
- “Diz-se a título gratuito o contrato quando somente uma das partes sofre sacrifício patrimonial, enquanto a outra apenas obtém um benefício¹⁰¹.”
- “Gratuitos ou benéficos, aqueles dos quais somente uma auferir a vantagem, e a outra suporta, só ela, o encargo. Há quem distinga os contratos gratuitos propriamente ditos, ou pura liberalidade, dos contratos desinteressados, com a observação de que, naqueles, há diminuição patrimonial de uma das partes em proveito de outra (como na doação), enquanto que nos outros um dos contratantes presta um serviço ao outro sem nada receber em troca da prestação feita ou

⁹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*, 20.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000 p. 73.

¹⁰⁰ VENOSA, Silvio, *Direito Civil Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. v. 2, 3ª ed., p. 401.

¹⁰¹ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, v. 3, 30ª Ed.2002 Editora Saraiva, São Paulo p. 31.



prometida, porém sem empobrecer-se, ou sem sofrer diminuição no seu patrimônio¹⁰².”

Das definições acima, verifica-se que aquele que licencia seu programa de computador nos termos da licença GPL o faz através da autorização da utilização, alteração ou distribuição do programa por parte de terceiros, em perfeito arrimo com os princípios da contratação benéfica, ou desinteressada, como ensina *Joserand*:

“Referindo-se à distinção francesa entre os contratos gratuitos e os onerosos, que consideramos interessados e desinteressados, diz que o título gratuito e o título oneroso do contrato constituem condições complexas e relativas, a um tempo. A primeira condição para que seja gratuito (desinteressado), é que proceda de uma intenção liberal. A segunda, menos importante, é que essa intenção se efetive, não permanecendo em estado abstrato ou teórico. Conjugam-se, assim, o critério psicológico e o critério econômico.”¹⁰³

A propriedade intelectual de programa de computador é regida pela Lei 9.609/98, que em seu art. 2º prescreve que “o regime de produção intelectual do programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País”. É importante ressaltar que onde for omissa a Lei 9.609/98, aplicar-se-á a Lei 9610/98 e por fim, onde for omissa a legislação autoral, aplicar-se-á o Código Civil. O autor do programa de computador é, assim, dotado de diversas prerrogativas advindas da lei, como por exemplo, detentor do direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra. Depende, assim, de sua expressa autorização a reprodução, edição, distribuição e outros usos do software.

Nesse sentido, o licenciamento efetuado através da GNU GPL nada mais é do que o regular exercício do direito do autor, definidos, por exemplo, pelo artigo 49 da Lei de Direitos Autorais. Cumpre ressaltar que a GNU GPL impõe condições para o exercício dos direitos concedidos. Nesse sentido, a cláusula (1) da GNU GPL condiciona o exercício dos direitos atribuídos pela licença, como direitos de cópia e alteração, a algumas obrigações, quais sejam: (a) publicar, de forma ostensiva e adequada, em cada cópia, um

¹⁰² PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. III, 11ª ed., 2002 Editora Forense, p. 65.

¹⁰³ *Joserand apud BESSONE, Darcy. Do Contrato*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.



aviso de direitos autorais (ou copyright) apropriado e uma notificação sobre a exoneração de garantia; (b) manter intactas as informações, avisos ou notificações referentes à licença e à ausência de qualquer garantia; (c) fornecer a quaisquer outros receptores do programa uma cópia da licença. E assim por diante.

É importante ressaltar que estas condições não desvirtuam o caráter de contrato gratuito ou benéfico atribuído à GNU GPL. Isto porque tratam-se muito mais de condicionantes que regulam o modo de exercício dos direitos concedidos através da licença do que efetivamente obrigações assumidas pelas partes recipientes dos direitos atribuídos. A análise da doutrina coaduna-se com essa manutenção do caráter benéfico da licença:

“Não deixa de ser gratuito o contrato que circunstancialmente impõe deveres à parte beneficiada, como o dever do donatário em não incorrer em ingratidão”¹⁰⁴

De forma prática, o licenciamento através da GNU GPL opera da seguinte forma:

- (i) o titular dos direitos patrimoniais sobre o programa de computador licencia em favor da coletividade os direitos de copiar, distribuir e modificar o programa;
- (ii) qualquer membro da coletividade que optar por exercer estes direitos, gera para si as obrigações de publicar aviso de direitos autorais e exclusão de garantia, manter intactos avisos anteriores, fornecer cópias da licença e possibilitar o acesso ao código fonte do programa;
- (iii) do ponto de vista do direito subjetivo, qualquer beneficiário da licença que detectar o não cumprimento dos termos da licença, inclusive no que tange ao seu direito de modificar e distribuir o software, ter acesso ao código-fonte, aos avisos de direitos autorais e ao conteúdo integral da licença, possui a legitimidade para demandar em juízo o cumprimento integral dos termos da licença contra o agente responsável pelo descumprimento.

Em outras palavras, o licenciamento através do modelo GNU GPL produz efeitos *erga omnes*: qualquer pessoa na sociedade está livre para exercer os direitos da licença na

¹⁰⁴ VENOSA, Silvio de Salvo; *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol 2, 3ª edição, pág 401.



forma como foram atribuídos (sujeitando-se também às condições estabelecidas). Ao mesmo tempo, qualquer pessoa tem também o direito de demandar o cumprimento das obrigações estabelecidas pela licença que afetem de alguma maneira sua fruição.

Estipulação em Favor de Terceiro

Uma das cláusulas fundamentais da GNU GPL é a cláusula 2, que estabelece a obrigação de que modificações subseqüentes ao software devem ser mantidas também sob o regime de licenciamento GNU GPL. Tal cláusula é o pilar que sustenta o caráter coletivo e transindividual do software livre. Por sua importância, a mesma é transcrita abaixo na íntegra:

1. *“Você poderá modificar sua cópia ou cópias do Programa ou qualquer parte dele, formando, dessa forma, uma obra baseada no Programa, bem como copiar e distribuir essas modificações ou obra, de acordo com os termos da Cláusula 1 acima, desde que você também atenda a todas as seguintes condições:*
 - a. *Você deve fazer com que os arquivos modificados contenham avisos, em destaque, informando que você modificou os arquivos, bem como a data de qualquer modificação.*
 - b. *Você deve fazer com que qualquer obra que você distribuir ou publicar, que no todo ou em parte contenha o Programa ou seja dele derivada, ou derivada de qualquer parte dele, seja licenciada como um todo sem qualquer custo para todos terceiros nos termos desta licença.*
 - c. *Se o programa modificado normalmente lê comandos interativamente quando executado, você deverá fazer com que ele, ao começar a ser executado para esse uso interativo em sua forma mais simples, imprima ou exiba um aviso incluindo o aviso de direitos autorais (ou copyright) apropriado, além de uma notificação de que não há garantia (ou, então, informando que você oferece garantia) e informando que os usuários poderão redistribuir o programa de acordo com essas condições, esclarecendo ao usuário como visualizar uma cópia desta Licença. (Exceção: se o Programa em si for interativo mas não imprimir normalmente avisos como esses, não é obrigatório que a sua obra baseada no Programa imprima um aviso).*

Essas exigências se aplicam à obra modificada como um todo. Se partes



identificáveis dessa obra não forem derivadas do Programa e puderem ser consideradas razoavelmente como obras independentes e separadas por si próprias, nesse caso, esta Licença e seus termos não se aplicarão a essas partes quando você distribuí-las como obras separadas. Todavia, quando você distribuí-las como parte de um todo que constitui uma obra baseada no Programa, a distribuição deste todo terá de ser realizada em conformidade com esta Licença, cujas permissões para outros licenciados se estenderão à obra por completo e, conseqüentemente, a toda e qualquer parte, independentemente de quem a escreveu.

Portanto, esta cláusula não tem a intenção de afirmar direitos ou contestar os seus direitos sobre uma obra escrita inteiramente por você; a intenção é, antes, de exercer o direito de controlar a distribuição de obras derivadas ou obras coletivas baseadas no Programa.

Além do mais, a simples agregação de outra obra que não seja baseada no Programa a ele (ou a uma obra baseada no Programa) em um volume de mídia ou meio de armazenamento ou distribuição, não inclui esta outra obra no âmbito desta Licença.”

Esta cláusula fundamenta-se no regime jurídico aplicado ao software no país. A cláusula segunda da Lei 9.609 estabelece que “o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei”. Desse modo, aplica-se ao software o regime de direitos exclusivos conferidos ao autor, elencados exemplificativamente pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610). De acordo com o artigo 28 e 29 da referida lei:

Art. 28. “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”

Art. 29. “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

- I - a reprodução parcial ou integral;*
- II - a edição;*



III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.”

Deste modo, o autor de um programa de computador possui o direito exclusivo sobre o mesmo, que inclui o direito de autorizar ou não a realização de obras derivadas a partir do software originário. Nesse sentido, a cláusula 2 da GNU GPL funciona como exercício dos direitos exclusivos do autor sobre a obra, no sentido de que ela somente autoriza terceiros a utilizarem o programa de computador para a criação de obras derivadas na medida em que os licenciados concordem que essas mesmas obras derivadas sejam licenciadas sob o mesmo regime da GNU GPL.

O autor que possui a prerrogativa de autorizar ou não a realização de obras derivadas a partir de sua obra, conseqüentemente, possui também a faculdade de estabelecer condicionamentos para a realização dessas mesmas obras derivadas. Do ponto de vista do direito privado, essa condição trata-se da aceitação de uma estipulação em favor de terceiro. A estipulação em favor de terceiro encontra-se prescrita no artigo 436 do Código Civil, da seguinte forma:

Art. 436. “O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.”

A doutrina define de seguinte forma a estipulação em favor de terceiro:

- “Estipulação em favor de terceiro (*“pactum in favorem tertii”*) é um contrato



estabelecido entre duas pessoas, em que uma (estipulante) convencionou com outra (promitente) certa vantagem patrimonial em proveito de terceiro (beneficiário) alheio à formação do vínculo contratual¹⁰⁵.”

- “Quando falamos em contratos ou estipulações em favor de terceiros, desejamos mencionar aqueles que originalmente não participaram da relação jurídica, mas podem ser chamados a fazê-lo. A estipulação em que dois contratantes procuram beneficiar terceiros apresenta-se, portanto, como uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos¹⁰⁶.”

- “Por meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, que tenha na promessa um interesse digno de proteção legal, a obrigação de efetuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio; diz-se promitente a parte que assume a obrigação e promissário o contraente a quem a promessa é feita¹⁰⁷.”

- “A estipulação em favor de terceiro é uma relação contratual *sui generis* em que a prestação, em vez de ser realizada em favor do próprio estipulante, como geralmente ocorre, é feita em benefício de terceiro. Trata-se, portanto, de uma exceção ao princípio da relatividade do contrato, segundo o qual seus efeitos limitam-se às partes, não beneficiando ou prejudicando terceiros¹⁰⁸.”

- “A estipulação em favor de terceiro é, realmente, o contrato por via do qual uma das partes se obriga a atribuir vantagem patrimonial gratuita a pessoa estranha à formação do vínculo contratual¹⁰⁹.”

A legitimidade de qualquer membro da coletividade para demandar em juízo o cumprimento de que alterações subsequentes a um software livre sejam mantidas também em regime de “livre” decorre da natureza de estipulação em favor de terceiro da cláusula (2) acima transcrita.

O contrato em favor de terceiro possui no mínimo três partes: o estipulante, o promitente e

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena, Código Civil Anotado, Saraiva, 2004, p. 365.

¹⁰⁶ VENOSA, Silvio, *Direito Civil Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. v. 2, 3ª ed, p. 487.

¹⁰⁷ Código Civil Português, art. 443, *apud*, VENOSA, op. cit.

¹⁰⁸ LOUREIRO, Luis Guilherme Loureiro, *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*, São. Paulo: Editora Método, 2002 p. 184

¹⁰⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*, 20.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000 , p. 165.



o beneficiário. O beneficiário é o terceiro que, não obstante não fazer parte da relação contratual original, é afetado por ela de alguma forma, pois pode receber vantagem decorrente daquele contrato. O promitente é aquele que se comprometeu junto ao estipulante a entregar a vantagem ao beneficiário. No caso do software livre, é o beneficiário da licença, aquele que decide exercer os direitos outorgados pelo licenciante, aceitando suas condições e obrigando a licenciar ao terceiro qualquer modificação que vier a fazer com base no software livre, E o estipulante é aquele que, como mostra a denominação, estipulou que a vantagem fosse concedida ao beneficiário. No caso do software livre, é o licenciante original do software.

Por fim, no caso da GPL, a coletividade como um todo, num primeiro momento indeterminada, mas a qualquer momento determinável, é a beneficiária. Por ser beneficiário da relação contratual, não obstante não tenha participado de sua formação, qualquer indivíduo da coletividade tem legitimidade para exercer o direito de ação no caso de descumprimento dos termos da licença.

O contrato em favor de terceiro é um contrato *sui generis*, pois, como visto, relativiza o princípio segundo o qual o contrato só pode surtir efeito entre as partes. No caso do software livre, percebe-se claramente que a disposição afeta e interessa a toda a sociedade. Não admitida pelo Direito Romano, a estipulação em favor de terceiro também não foi inicialmente admitida pelo Código de Napoleão tampouco no Código Civil Italiano de 1865.

A tendência introduzida pelo direito suíço e germânico, que viam na estipulação em favor de terceiro uma exigência imposta pela pelas necessidades práticas e pelo desenvolvimento do direito, foi seguida maciçamente por toda doutrina civilista, que manifesta-se cada vez mais no sentido de possibilitar e facilitar este tipo de convenção.

Segundo comentadores, a estipulação em favor de terceiro é um contrato onde há uma declaração acorde do estipulante e do promitente com a finalidade de instituir o *iuris vinculum*, mas com a peculiaridade de estabelecer obrigação de o devedor prestar em benefício de uma terceira pessoa, a qual, embora não participe do contrato, se torna credora do promitente. Em outras palavras:

“Outro aspecto a considerar reside na indagação formulada pela doutrina (*Colin et Capitant, Mazeaud et Mazeaud, de Page*) se é válida a estipulação em favor de pessoa



indeterminada e futura. Pelo nosso direito não padece dúvida. Somente a indeterminação absoluta do credor invalida o contrato. **Se o terceiro é momentaneamente indeterminado, mas suscetível de identificação (determinável), o ato é válido. O mesmo dir-se-á da futuridade, desde que ligada a fatores positivos de caracterização...**(grifo nosso)¹¹⁰

No mesmo sentido, já é assentada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se vê da seguinte ementa:

“Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, que se identifica o beneficiário no momento do sinistro.”

“O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação (...)”¹¹¹

O Código Civil garante ao terceiro, beneficiário da estipulação o direito de exigir o cumprimento da obrigação, que no caso da GPL abrange não só as obrigações estabelecidas na cláusula (2) acima transcrita, mas também as obrigações de licenciar a obra derivada nos mesmos termos do licenciamento da obra original, incluir o aviso de direito de autor e de exclusão de garantia e oferecer o código fonte.

Sob a ótica da utilização da GPL, o parágrafo único do artigo 436 do Código Civil, acima transcrito, deixa claro que a toda coletividade, de maneira indivisível, é dado exigir o cumprimento das obrigações na licença, porquanto é toda ela beneficiária do contrato. Nesse sentido:

“Do prisma puramente processual, José Carlos Barbosa Moreira cunhou uma fórmula muito interessante para caracterizar o conteúdo da indivisibilidade. Ensinou que indivisível é o interesse que resulta para os interessados numa

¹¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. III, 11^a ed., 2002 Editora Forense

¹¹¹ Resp 401718 / PR, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ em 24.03.2003, p.228. No mesmo sentido, confira-se Resp 257880 / RJ, publicado no DJ em 07.10.2002.



situação absolutamente idêntica e indissociável: a defesa da parcela de um deles (se fosse possível) implicaria simultaneamente na de todos; a transgressão da parcela de um dos interessados (ou o resultado negativo de uma demanda – dependendo da fundamentação, como analisarei adiante) implicaria na transgressão de todos.¹¹²”

Pontes de Miranda, em seu livro “Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro”, atesta a absoluta juridicidade da estipulação em favor de terceiro, bem como a indubitosa prerrogativa do terceiro, beneficiário, de exigir o cumprimento da obrigação. Maria Helena Diniz, Wahsington de Barros Monteiro e Orlando Gomes corroboram deste mesmo entendimento, confira-se:

“O promitente se obriga a beneficiar o terceiro, mas nem por isso se desobriga ante o estipulante, visto que tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação. Na fase da execução contratual, o terceiro passa a ser credor, podendo exigir o cumprimento da prestação prometida, desde que se sujeite às condições e normas do contrato por ele aceito, enquanto o estipulante não o inovar nos termos do art 438.”¹¹³

“O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Ao terceiro em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir e o estipulante não o inovar”

“Vê-se, portanto, que a exigibilidade pertence tanto ao estipulante como ao beneficiário; na estipulação em favor de terceiro a ação de reclamar o cumprimento da obrigação se transfere ao beneficiário, sem aliás perdê-la o próprio estipulante.”

“Conseqüentemente, não só o estipulante que tem direito de ação para compelir o devedor ao cumprimento da prestação; também pode intentá-la o beneficiário, para constranger o

¹¹² VIGLIAR, José Marcelo Menezes; Tutela Jurisdicional Coletiva, Ed. Atlas, 3ª ed., 2001, p. 69

¹¹³ DINIZ, Maria Helena, Código Civil Anotado, 10a. Edição revista e atualizada de acordo com o novo código civil



promitente a satisfazer a obrigação”¹¹⁴

“A estipulação em favor de terceiro é, realmente, o contrato por via do qual uma das partes se obriga a atribuir vantagem patrimonial gratuita a pessoa estranha à formação do vínculo contratual”

“Para estipulação em favor de terceiro é necessário que o contrato resulte, para este, uma atribuição patrimonial gratuita. O benefício há de ser recebido sem contraprestação e representar vantagem suscetível de apreciação pecuniária. A gratuidade do proveito do proveito é essencial, não valendo a estipulação que imponha contraprestação.”¹¹⁵

Assim sendo, alguns elementos da GNU GPL são ressaltados:

- (i) trata-se de um contrato benéfico com estipulações em favor de terceiro;
- (ii) o terceiro, beneficiário, é a coletividade, que a qualquer momento pode ser determinada em um ou vários indivíduos
- (iii) qualquer membro da coletividade é parte legítima para propor ação visando sanar eventual descumprimento dos termos da GPL, bem como o próprio licenciante/estipulante (Art. 436 do Código Civil).

A GPL é um modelo contratual em que demonstra na prática, por exemplo, acepções do princípio da função social do contrato. Trata-se de modelo contratual que tem por objeto de regulação direitos que transcendem o interesse das partes e caracterizam-se como de interesse transindividual. Trata-se da materialização prática de princípios antes relegados à especulação teórica, tornada possível graças ao avanço da tecnologia digital e da Internet, com impacto para o desenvolvimento econômico, cultural e social.

Nesse sentido, trata-se de um modelo contratual que de nenhuma forma onera a sociedade, mas por outro lado impulsiona diretamente seu desenvolvimento. Perceba-se que seu principal mote é traduzir em termos jurídicos a própria natureza dos bens

¹¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, 2a. Parte, 33a. Edição

¹¹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*, 20.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000



imateriais, que possuem o caráter de não-exclusividade e não competitividade¹¹⁶. A GNU GPL expressa, nesse sentido jurídico, a natureza intrínseca dos bens intelectuais.

Validade das cláusulas de exclusão de garantias e das cláusulas de exclusão de responsabilidade

Como visto acima, considerando que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (Art. 421 do Código Civil)”, a GNU GPL exerce uma função social positiva e importante, sendo imperativo que se considere essa função na exegese de seus termos, efeitos e pressupostos.

Nesse contexto, a GNU GPL configura-se como um contrato benéfico em nada se aproximando do conceito de contrato por adesão. Aliás, a disparidade de posições entre as partes, que caracteriza a hipossuficiência de uma delas, não se faz presente no licenciamento de um software pela GNU GPL. Ao contrário, por se caracterizar como contrato benéfico, a GNU GPL encontra-se regida pelo estatuído no artigo 392 do Código Civil, transcrito abaixo:

Art. 392. “Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.”

No comentário da doutrina:

“(...)a proteção outorgada ao contratante que recebe a título gratuito é menos importante que a conferida a quem obtém a título oneroso. Pois aqui incide a regra segundo a qual, havendo de escolher entre o interesse de quem procura assegurar um lucro (*qui certat de lucro captando*) e o de quem busca evita um prejuízo (*qui certat de damno vitando*), é o interesse deste último que o legislador prefere.”

¹¹⁶ Como visto anteriormente, por não competitivos entende-se que a utilização do bem por uma pessoa não exclui que outras pessoas utilizem-se igualmente dele. E por não-exclusivos entende-se que, uma vez que o bem tenha sido produzido, é muito difícil, senão impossível, excluir alguma pessoa de ter acesso ao bem. Trata-se do caso da iluminação pública, das forças armadas, de um farol marítimo ou das idéias e bens culturais.



“A responsabilidade pelo ilícito, nos contratos gratuitos, deve ser apreciada com maior indulgência, só a determinando, em regra, se se caracterizar o dolo do autor da liberalidade¹¹⁷.”

As cláusulas de exoneração de garantia e de exclusão de responsabilidade inserem-se nesse contexto. A não ser em caso de comprovação de dolo, que jamais pode ser afastado contratualmente, a responsabilidade daquele que disponibiliza programa de computador sob uma licença GNU GPL é limitada de acordo com os termos da licença, conforme suas cláusula de exclusão de garantia e de responsabilidade.

A cláusula de exoneração de responsabilidade, outrossim, é prática comum no direito privado pátrio, mesmo em contratos que não são considerados como benéficos. Assim comenta a doutrina:

“Deve a cláusula de irresponsabilidade ser declarada válida, como contrapeso ao vulto excessivo que a vida moderna trouxe aos encargos da reparação do dano. É um fator de equilíbrio, corretor da descompensação produzida pela agravação dos riscos.

Também não é válida, se o sacrifício não é compensado por vantagem contratual. O problema de sua validade encontra definição exata nas exigências de ordem pública. Respeitada esta, deve ser reconhecida na responsabilidade contratual e na extracontratual. É interdita, porém, para o dolo, não para a culpa propriamente dita, a falta involuntária, por mais grave que seja, pois a negligência, a incúria e a estupidez não se equiparam à malignidade. A culpa grave não é vício de consentimento”.

“Só por sua prudente admissão se possibilitará o desenvolvimento de numerosas atividades ameaçadas de paralisação ou descalabro, sob o peso de encargos

¹¹⁷ RODRIGUES, Silvio, op.cit.



concernentes à obrigação de reparar^{118,}

Conforme visto acima, a GNU GPL é parte de um fenômeno social que se constituiu em torno do software livre. A validade das cláusulas de exoneração de garantia e de responsabilidade são elementos importantes para o desempenho da função desse modelo de licenciamento. Especialmente por se tratar de modelo de licenciamento que afeta a sociedade como um todo, a pré-condição para sua viabilidade é que tais cláusulas sejam válidas e eficazes.

A GNU GPL surge também como fenômeno econômico, em que os modos de produção e criação intelectual tornam-se incluídos e colaborativos. Não se trata de uma relação consumerista, em que existe um fornecedor e um consumidor, cada um com papéis jurídicos distintos. No software livre, as figuras do consumidor e do fornecedor são mescladas. O consumidor de hoje é potencialmente o fornecedor de amanhã. Qualquer pessoa que utiliza um software livre tem a capacidade de entender como ele funciona e participar ativamente nos seus desenvolvimentos futuros. Pode, assim, distribuir cópias subsequentes do software, aperfeiçoado, tornando-se mais um elo da cadeia de desenvolvimento do programa. Esse modelo diferencia-se e transcende qualquer análise consumerista.

A relação de consumo, nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno “*pressupõe dois pólos de interesse: o consumidor – fornecedor*”¹¹⁹. O alcance da GPL, como já demonstrado, é sócio, *erga omnes*, colaborativo e recursivo, pois envolve interesses de toda a coletividade, não se reduzindo a uma relação bipolar.

Por essa razão não há o que se falar na aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre um licenciamento GNU GPL. O Código poderá ser aplicado, sim, à toda cadeia produtiva e de serviços constituída a partir do software livre. Essa cadeia compreende inúmeros prestadores de serviço ao consumidor final, distribuidores de software livre, consultores, vendedores e outros agentes. Entretanto, essas atividades não se confundem com o processo de licenciamento do software livre. Sobre ele, não há incidência do Código de Defesa do Consumidor. Várias são as razões (i) ausência das figuras de consumidor e/ou fornecedor; (ii) a natureza benéfica do contrato; (iii) alcance *erga omnes*

¹¹⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas; Elementos de Responsabilidade Civil. Renovar, 2000, p. 180-181

¹¹⁹ Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, 7ª edição, pág 43.



dos efeitos da licença, fugindo à característica bipolar dos contratos consumeristas; (iv) interesse difuso originado do contrato de licenciamento, que inclusive legitima terceiros para demandar o cumprimento dos termos da GPL e (v) caráter transindividual das relações constituídas pela licença.

No mesmo sentido, manifestaram-se com muita propriedade os professores Augusto Tavares Rosa Marcacini e Marcos da Costa:

“Todavia, em nosso entender, é difícil caracterizar a relação jurídica estabelecida nos termos da GPL como uma relação de consumo e, portanto, sujeita à aplicação destas normas. Destaque-se, aqui, como já o fizemos anteriormente, que o presente estudo se restringe a analisar a GPL e não todos os demais negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, que tenham por objeto produtos ou serviços relacionados com um software livre. Eventualmente, alguns desses negócios outros podem apresentar características que o agasalhem sob o manto da legislação consumerista. Entretanto, nenhum destes contratos onerosos pode ter objeto que se confunda com o da GPL, senão por infração aos seus termos; afinal, qualquer relação jurídica envolvendo o uso, cópia, modificação e distribuição do software não poderia ser estabelecido de outra maneira, a não ser pela própria GPL, que não define pagamento de contraprestação para se praticar estes atos.

A relação de consumo forma-se entre sujeitos definidos como fornecedor e consumidor, e tem por objeto produtos ou serviços que este adquire daquele. Embora a Lei nº 8.078/90 traga, em seus artigos 2º e 3º, a definição destes elementos, tais conceitos ainda estão distantes de um entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, não faltando exemplos concretos de situações polêmicas acerca de uma ou outra destas conceituações. O mesmo se diga, então, do conceito de relação de consumo.

Some-se a esta polêmica o fato de que estamos tratando de uma situação muitíssimo nova e inusitada, em que um bem que



já é bastante peculiar, como acima já dissemos ser o software, ainda está sendo produzido em comunidades abertas, por trabalho voluntário, e distribuído livremente juntamente com seu código-fonte.

O modelo de relação jurídica estabelecido pela GPL é algo de tal forma peculiar, que dificilmente poderia ser comparável a uma relação de consumo. O que ocorre aqui é simplesmente o seguinte: uma comunidade de pessoas que jamais se viram, espalhadas pelo mundo afora, produziu uma criação e a deram ao conhecimento público como quem dissesse: “criei isso; use-o se quiser; use-o como quiser; melhore minha criação, se puder”. Trata-se, assim, de uma relação franca e aberta de compartilhamento de informações, de colaboração e cooperação, que jamais se poderá compreender como uma relação de consumo. Ao entender como e porque tais comunidades se organizam e desenvolvem este trabalho gratuito, fica claro que estamos diante de uma nova forma de organização e relacionamento social que não pode ser reduzida a uma relação de consumo entre consumidores e fornecedores.”¹²⁰

Pensar de forma diferente significa negar validade e inviabilizar um modelo de produção que se tornou não só eficiente do ponto de vista econômico, como abriu caminhos para promissores modelos de organização produtiva inéditos historicamente.

¹²⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa e Marcos da Costa, *Primeiras Linhas Sobre Software Livre*, setembro de 2003. disponível em http://www.marcosdacosta.adv.br/documento.asp?ID_Documento=467 (último acesso: 3 de março de 2005)



Software livre: a Administração Pública e a comunhão do conhecimento informático

1. Introdução

O crescente uso da computação e a consolidação da rede mundial de computadores alteraram de forma profunda as possibilidades de comunicação entre indivíduos e corporações privadas e públicas. Essas alterações nas relações sociais geram a percepção de que o poder e a liberdade passam a depender das possibilidades de acesso e controle dessas novas tecnologias e das informações nelas veiculadas.

A partir dessa percepção, dois temas tornaram-se fundamentais nas chamadas *sociedades de informação*: de um lado, com relação à informação veiculada, a liberdade individual perante o controle de informações e a necessidade de universalização do acesso à nova informação e, de outro, com relação ao veículo de informação, como promover e divulgar o conhecimento tecnológico. Ambos os temas, ligados à política informática, guardam estreita relação com o direito, tanto como causa de transformações na ordem jurídica, quanto como resultado dessas transformações. O tema da liberdade no espaço virtual da rede de comunicações, como defendemos em outra oportunidade,¹²¹ merece uma reinterpretação, o que acarreta imediatos reflexos na noção de direito subjetivo. Por sua vez, a definição acerca da comunhão ou fechamento do conhecimento informático faz-se por meio da definição de direitos subjetivos com relação a esse conhecimento ou o produto desse conhecimento.

Assim, como conseqüência dessas rápidas transformações na estrutura da sociedade e na própria percepção da sociedade dessas transformações, altera-se também a compreensão da ordem jurídica que a disciplina. Ou seja, até mesmo sem alterar a ordem jurídica, transformações sociais desse porte provocam, necessariamente, uma reinterpretação da ordem vigente. Essa reinterpretação pode ser local, relativa a uma norma específica, como o problema de se determinar se um contrato firmado pela internet deve ser considerado contrato *entre ausentes* ou *entre presentes*, ou pode ser global, relativa a *topoi* que organizam o sistema normativo, como a conceituação da noção de *liberdade* dentro do ambiente de comunicação informática.

¹²¹ Ferraz Jr, Tercio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação, em *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. Marco Aurélio Greco e Ives Gandra da Silva Martins (eds.), Revista dos Tribunais, 2001, pp. 241 a 248.



No seio dessas duas questões, liberdade de acesso à informação e abertura *versus* fechamento de conhecimento informático, situa-se a oposição entre *software livre* e *software proprietário*. 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*,¹²² 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 que 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.

Há intenso debate sobre qual deveria ser o modelo, ou a forma de exercício do direito preponderante, adotado para o uso dos softwares. As críticas partem principalmente daqueles que desejam quebrar o modelo proprietário. Como criação, o software é incorporado ao regime tradicional de propriedade intelectual e de direito autoral, o que permite ao autor amplo poder sobre sua criação, inclusive o de excluir os outros. Todavia, há nessa criação, uma forma de conhecimento que se torna inacessível, ou com acesso muito custoso, quando for fechado o código fonte. Esse duplo caráter, de *criação* ou *produto intelectual*, com uma utilidade prática bem definida, de um lado e de *conhecimento*, de outro, está na base da controvérsia.

Os defensores do modelo de software livre enfatizam o aspecto de ***conhecimento***, que teria uma vocação comunitária. Argumentam que o regime proprietário desvirtua o ambiente natural, de comunhão de conhecimento em que surgiram os softwares, nas

¹²² “Código Fonte: Programas de computador ou sistemas operacionais são originalmente escritos por seres humanos em uma linguagem de programação. O resultado é chamado de código fonte do software. Para que o programa seja de fato usado pelo computador, é preciso que este seja traduzido pelo computador a partir do código fonte para a linguagem de máquina, que o computador entende e executa. Este processo de tradução, por sua vez, é chamado de compilação” Universidade da Califórnia-Davis. Information & Educational Technology Glossary. Disponível em <http://iet.ucdavis.edu/glossary.cfm>.



universidades. Esse paradigma de comunhão permitiria a disseminação e conseqüente aperfeiçoamento desse conhecimento, tanto pela ampliação do uso e teste dos programas, quanto pela atuação de uma comunidade de programadores.¹²³ Por outro lado, enfatiza-se a redução de custos de transação com a desnecessidade seleção e contratação de programadores e, nos casos de distribuição gratuita, amplia-se o acesso a essa forma de conhecimento e a integração da coletividade no ambiente informático. Dada a crescente importância dessas tecnologias nas relações econômicas e sociais, o acesso a sua estrutura de desenvolvimento seria também uma garantia contra a sujeição a seus controladores. Nesse sentido, acrescentam que o regime de software-livre poderá contra-balancear o domínio das empresas norte-americanas sobre a tecnologia de software.¹²⁴ Haveria, portanto, aqui, uma garantia de progresso tecnológico, descentralização do conhecimento, o que proporcionaria autonomia individual (liberdade), e desenvolvimento cultural autônomo.

Já os defensores do modelo proprietário enfatizam o **produto** do conhecimento e apontam para a apropriação dos benefícios da criação intelectual como forma de estimular investimentos em novas tecnologias. Sustentam-se, por outro lado, no sucesso da organização de mercado perante regimes alternativos de produção, argumento que traz uma forte carga ideológica ao debate. Como contrapartida, há a peculiaridade do mercado de software que, em função do chamado efeito de rede, estabiliza-se em situações de monopólio, com uma alocação de recursos potencialmente ineficiente e o risco de perpetuação do domínio independentemente de se manter a melhor inovação.¹²⁵

Não é intenção desse trabalho discutir a melhor política econômica ou mesmo defender uma determinada política jurídica para o software. No Brasil, a produção e a comercialização de softwares constituem *atividades econômicas stricto sensu*¹²⁶ e, como

¹²³ Ver. Boyle, James. *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, disponível em <http://www.law.duke.edu/journals/66LCPBoyle>; Rifkin, J. *The age of Access: How the shift from ownership to access is transforming modern life*, London, Penguin, 2000; Lessig, L. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York, Penguin, 2004; Benkler, Y. Coase's Penguin, or Linux and the nature of the firm, *The Yale Law Journal*, 2002. disponível em: <http://www.benkler.org/CoasesPenguin.PDF>.

¹²⁴ Fuggeta, Alfonso. Open source and Free Software: a new model for software development, 2004.

¹²⁵ Economides, Nicholas. Competition and Vertical Integration in the Computing Industry, in *Competition, Innovation, and the Role of Antitrust in the Digital Marketplace*, Jeffrey A. Eisenach and Thomas M. Lenard (eds.), Kluwer Academic Publishers 1999; Zittrain, Jonathan. The Um-Microsoft Um-Remedy: Law can prevent the problem that it can't patch later. *Connecticut Law Review*, 1999. disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/zittrainmsdoj.pdf>

¹²⁶ Valemo-nos aqui da conhecida distinção de Eros Grau, ao interpretar a ordem constitucional entre serviço público e



tais, são organizadas pelo regime de livre iniciativa e livre mercado. A legislação autoral e de propriedade intelectual reconhece o software como objeto de direito de autor, com regime específico dado pela Lei do Software (Lei 9.609/98), subsidiada, naquilo que for omissa pela Lei de Direito Autoral (Lei 9.610/98). Assim, cabe ao titular do direito autoral a definição da forma como disporá desse direito, se em regime proprietário, ou em regime livre. Essa decisão, certamente, situa-se fora do âmbito de atuação do Estado.

Mas o próprio Estado, como pessoa jurídica de direito público, pode se colocar na posição de usuário de softwares cuja titularidade pertence a particulares e também ser titular de direito de autor sobre programas de computador. Como tal e fazendo uso de seu papel regulador da atividade econômica (CF 88, art. 174), pode sinalizar para o mercado um determinado posicionamento acerca do modelo que atenda de forma eficiente (CF 88, art. 37) o interesse público e a política de informática definida em lei.

É o que vem fazendo o Governo brasileiro ao adotar um conjunto de iniciativas para implementação do software livre no Brasil. Assim, até como reação aos enormes custos gerados à Administração com licenças de softwares, o Decreto Presidencial 18/00 instituiu o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, no intuito de racionalizar os gastos com softwares. Para efetivar esse objetivo, instituiu o Comitê Técnico de Implementação de Software Livre, por meio do Decreto 29/03. Dentro desse programa, estuda a criação de um novo Decreto Presidencial, que define a forma (livre) pela qual o Estado deve se posicionar na aquisição e distribuição de seus softwares.

O Decreto Presidencial proposto determina, de um lado, que a Administração Pública somente adquira programas cujas cláusulas de licenciamento sejam compatíveis com o software-livre, ou seja, que lhe permitam usar, estudar o código fonte, copiar, modificar, e redistribuir o software e, de outro, que os softwares de propriedade da Administração sejam distribuídos a terceiros nesses termos, obrigando, ademais, esses licenciados, a licenciar todas as derivações nos mesmos termos (o chamado *copyleft*). Inicialmente, limita-se o decreto àqueles tipos de programas para os quais já estão disponíveis softwares livres eficientes e de amplo uso, como sistemas operacionais de servidor de rede e de computador pessoal, aplicativos de navegação em rede, aplicativos de correio eletrônico e aplicativos de escritório. Admite-se a inclusão de novas categorias por Resolução conjunta do Comitê Técnico de Implementação do Software Livre e do Comitê Técnico de Sistemas Ligados e Licenças de Software, obviamente como forma de incluir

atividade econômica *stricto sensu*; ver Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, p. 137-139.



no rol de softwares aquelas novas soluções “livres” que se tornarem padrão no mercado.

Não nos limitaremos, nesse estudo, a examinar o projeto de decreto. Abordaremos aqui o tema de uma forma mais ampla, pois existem diferentes formas pelas quais a Administração poderia figurar em contratos de licença, compatíveis com seu uso em regime livre, além da contratação de softwares-livres gratuitos já de grande aceitação. Assim, diante da noção tradicional de “bem público” no direito administrativo pátrio e da força de que se reveste o princípio de licitação na CF88, examinaremos questões tais como:

a) Pode a Administração exigir que o ofertante de software transfira-lhe direitos compatíveis com o uso livre (tais como, executar, copiar, redistribuir a terceiros, modificar)? Pode a Administração optar, em uma aquisição particular de direitos, pelo regime “livre” de uso do software? Pode a Administração fazer uma opção prévia e geral por esse regime? Essa opção feriria o princípio de isonomia da licitação? Haveria discriminação com relação aos ofertantes de software em regime proprietário?

b) Ao distribuir em regime livre seus softwares ou os softwares sobre os quais adquiriu direitos, mediante contraprestação, não estaria a Administração dispondo de bens indisponíveis porque afetados ao interesse público?

Tais perguntas decorrem da dificuldade de se enquadrar às inovações tecnológicas e às novas relações que elas proporcionam nos institutos jurídicos tradicionais. É evidente que novas tecnologias e os problemas por elas trazidos não podem ser adivinhados pelo legislador e mesmo pela doutrina, mas isso não significa que a legislação disponível seja *lacunosa*, ou que se exija uma reforma da legislação existente para que relações jurídicas possam se firmar com referência a esses novos objetos.

O conceito técnico de lacuna é interno ao próprio sistema normativo e depende de uma regulação já existente sobre um objeto ou conjunto de ações, ou seja há, propriamente, uma lacuna, se essa regulação já existente não estabelece soluções deônticas (obrigatório, proibido, permitido, etc.) para todas as condições relevantes de sua aplicação (condições essas que são estipuladas na própria regulação).¹²⁷ A legislação pode também ter lacunas em sentido axiológico (*lacunas axiológicas*) quando a regulação não prevê

¹²⁷ Carlos Alchourrón Eugenio Bulygin. *Normative Systems*, Springer Verlag. 1971. As referências são da versão em espanhol traduzida pelos próprios autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, 1975, p. 152 e ss.



condições de aplicação que seriam relevantes para as soluções normativas em questão, tendo em vista os objetivos da regulação.¹²⁸ Por fim, há as chamadas *lacunas de reconhecimento*,¹²⁹ que derivam da vagueza e ambigüidade semântica dos termos da lei, gerando dúvidas acerca dos direitos e obrigações aplicáveis a uma determinada ação referente a determinado objeto (assim, por exemplo, a discussão sobre a “natureza” da aquisição de direitos sobre softwares para fins de tributação, i.e. se consistiria em prestação de serviços ou venda de mercadorias¹³⁰).

Na presente discussão estamos às voltas com os dois últimos tipos de “lacuna”. Existem institutos já arraigados no direito administrativo que permitem solucionar questões jurídicas que recaiam sobre o software livre, todavia é necessário compreender os regimes jurídicos de uso do software e o próprio software, com particular atenção ao seu duplo aspecto de *conhecimento* e *criação*. Identificados os institutos e regras aplicáveis, é necessário reconhecer situações típicas e atípicas de aplicação, dadas condições relevantes ou irrelevantes para o objeto considerado. Importante para o reconhecimento e sustentação dessa reinterpretação de institutos tradicionais do direito administrativo é a compreensão da mutação do conceito de liberdade no âmbito das relações na sociedade de informação, com imediatos reflexos na compreensão dos direitos subjetivos em torno do software.

As questões serão enfrentadas da seguinte forma. Primeiramente, na Seção 2, buscaremos entender o software em seus aspectos de criação intelectual e de conhecimento informático. Na Seção 3, serão delineadas as relações jurídicas e a extensão dos direitos que podem se firmar sobre esse objeto. Em seguida, na Seção 4, examinaremos se a atuação do Estado no sentido de implantar o software-livre na Administração Pública legitima-se dentro de seu papel regulador e da política de informática definida em lei. A análise desses dois pontos trará os instrumentos para examinar as questões dogmáticas acima levantadas acerca da observância da isonomia

¹²⁸ Zitelman, Ernst. *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903; Zitelman falava, nesses casos em lacunas espúrias, pois dependem de uma valoração do intérprete acerca dos casos que o legislador deveria ter solucionado por meio de normas.

¹²⁹ Hart, *The concept of Law*, Clarendon, Oxford, 2nd ed. 1997, p. 124 e ss. A denominação “lacuna de reconhecimento” que decorre da textura aberta (*open texture*) dos termos normativos é de Alchourrón e Bulygin.

¹³⁰ A ambigüidade foi resolvida pelo Supremo Tribunal de Justiça com a distinção de duas situações: se o contrato é de cessão ou envolve desenvolvimento de produto para o atendimento de determinada necessidade do contratante, caracteriza-se a prestação de serviços, sujeito ao pagamento do ISS; se consiste em licença para aquisição de direitos sobre software comercializado em larga escala e de maneira uniforme, há circulação de mercadorias, incidindo o ICMS. (1^o Turma do STJ- Resp. 123.022/RS- Rel. Min. Humberto Gomes de Barros-j 14.08.97- Recorrentes: Ação Informática Ltda. e outros; Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul- DJU 27.10.97, pp 54.729/30)



na licitação e da disposição de bens públicos. Na Seção 5 examinaremos se a fixação da contratação de softwares somente em regime livre violaria o princípio da isonomia na licitação. Na Seção 6, examinaremos se a distribuição dos softwares da Administração em regime livre constituiria disposição ilícita de bens públicos e quais as figuras jurídico-administrativas que poderiam fundamentar essa atuação. Por fim, teceremos, na Seção 7, algumas conclusões da discussão.

2. Uso do software e conhecimento informático

A polêmica em torno da forma de uso livre *versus* proprietária tem sua raiz, como apontado acima, no duplo caráter do software como *conhecimento* e como *produto* do intelecto. Argumenta-se que por ter a “natureza” de conhecimento o software deve ser livre ou que, por ser “essencialmente” um produto, deve ser apropriado pelo seu produtor para que se estimule sua produção. Na verdade, há, nesses argumentos, uma percepção invertida.

Deparamo-nos aqui com o antigo conceito jurídico de “natureza das coisas”. A dificuldade está em atribuir ao software a natureza de *res*, tal como o senso comum jurídico o faz. Tratá-lo como conhecimento ou produto é atribuir-lhe qualificações que ele comportaria como um substrato. Ao ser equiparado, pela lei, à obra literária (Lei 9609/98, art.2º), a idéia de substrato se mostra imprópria. Assim como esta não existe sem uma escritura (ou uma fala memorizada), mas não se reduz a ela, também não é possível tratar o software como *res*.

A obra literária, como mostra Antônio Cândido, só é numa relação dialética entre texto, autor e público. A obra não é o texto que lhe dá suporte físico, nem o sentido (idéia) expressa por esse texto, na figuração que lhe atribui o autor, nem essa expressão na figuração do leitor ou do público, mas é percebida na interação entre esses agentes.

“Na medida em que arte é –como foi apresentada aqui- um sistema simbólico de comunicação inter-humana, ela pressupõe o jogo permanente de relações entre os três, que formam uma tríade indissolúvel. O público dá sentido e realidade à obra, e sem ele o autor não se realiza, pois ele é de certo modo o espelho que reflete a sua imagem enquanto criador...Deste modo, o público é fator de ligação entre o autor e sua própria obra. A obra, por sua vez, vincula o autor ao público, pois o interesse deste é inicialmente por ela, só se estendendo à personalidade que a produziu depois de estabelecido aquele contato



*indispensável. Assim, à série autor-público-obra, junta-se outra: autor-obra-público. Mas o autor, do seu lado, é intermediário entre a obra, que criou, e o público, a que se dirige; é o agente que desencadeia o processo, definindo uma terceira série interativa: obra-autor-público”.*¹³¹

Se ela **é** numa relação, só a partir dessa é possível concebê-la. Por exemplo, um bilhete de alguém para outra pessoa não constitui obra literária. Mas os famosos bilhetes do ex-Presidente Jânio Quadros compuseram um livro, sob proteção do direito de autor. Sem aprofundar a investigação por uma “essência” da obra e especificamente do software, talvez se possa dizer, preliminarmente, que é antes a forma de uso, que torna a relação do sujeito com o software uma *relação de conhecimento* ou, simplesmente, uma *relação de consumo*. A interação entre o autor e o usuário poderá ser, assim, a de transmissão de um conhecimento ou alienação de um produto. Conseqüentemente, o regime jurídico de uso adotado permitirá ou não que se instaure uma relação de conhecimento. Daí a necessidade de se compreender o que significa *conhecimento* de um programa de computador, como uma relação do *sujeito cognoscente* que *usa* esse conhecimento.

2.1. Conhecimento informático

Em ensaio recente,¹³² Giovanni Sartor realizou esforço para conceituar as noções de conhecimento informático próprio e comunitário, tendo em vista a construção de soluções jurídicas referentes ao software-livre. A discussão parte da noção filosófica de conhecimento, de orientação analítico-pragmática.

Nos estudos filosóficos sobre epistemologia, “conhecimento” foi tradicionalmente conceituado como uma relação de um sujeito *S* com uma proposição *p* satisfazendo três condições: crença (*S* acredita em *p*); verdade (*p* é verdadeiro); e justificação (*S* está justificado em acreditar em *p*). Mas a definição de conhecimento, nesses termos, sujeita-se a situações paradoxais, como apontou Gettier,¹³³ por meio de exemplos nos quais as três condições são satisfeitas, mas que obviamente não são situações em que há relação de conhecimento. Quando vejo uma embalagem de leite na geladeira estou justificado em acreditar que há leite na geladeira, e portanto, por razões lógicas, estou justificado em acreditar que “há leite na geladeira ou George Bush está no Alasca”, mesmo que não tenha idéia de onde se encontra o atual Presidente dos Estados Unidos. Mas suponha

¹³¹ Candido, Antonio. *Literatura e Sociedade*. Editora Nacional, São Paulo, 1965, pp. 44-45.

¹³² Sartor, Proprietà e comunione del sapere informatico. A ser publicado na revista da Associazione Italiana per la documentazione Avanzata- AIDA, 2005

¹³³ Gettier, Edmund. Is Justified True Belief Knowledge? *Analysis* (1963), pp. 121-123.



que a caixa de leite esteja vazia, mas, de fato, Bush esteja no Alasca. Minha crença derivada “há leite ou Bush está no Alasca” é verdadeira e justificada, muito embora ninguém estivesse disposto a afirmar que conheço a proposição.

Os exemplos de Gettier mostram que a definição de conhecimento como crença verdadeira e justificada (*justified true belief*) é insatisfatória porque não estabelece qualquer relação entre os *elementos que tornam a proposição verdadeira* e as *razões pelas quais efetivamente o sujeito acredita na proposição*. Assim, uma das soluções trazidas pela discussão posterior está em exigir uma conexão entre esses elementos em termos de confiabilidade (*reliability*) do processo de justificação.¹³⁴ Na proposta de Goldman, por exemplo, exige-se, na própria noção de justificação, que o sujeito cognoscente tenha controle sobre o procedimento cognitivo que justifica a proposição e esse mesmo procedimento seja confiável, isto é, conduza à verdade.¹³⁵

Sartor busca aplicar esses requisitos na construção do conceito de *saber informático*. A noção de “crença verdadeira” não impede essa aplicação a um programa de computador, que, como sabemos, não é verdadeiro nem falso, apenas mais ou menos útil. Abandonasse, para tanto, a concepção de “crença” como um determinado estado mental em acordo ou desacordo com uma determinada realidade externa. Dentro de um contexto pragmático, enfatiza-se a incidência dessa crença no complexo de nossas atitudes epistêmicas e práticas, ou seja, em nossa habilidade de compreender o mundo e atuar sobre ele. Assim, a crença pode ser entendida como uma disposição para agir¹³⁶ a partir de um conteúdo de informação, que pode ser bem ou mal sucedida. Uma crença justificada é aquela disposição para agir a partir de um conteúdo de informação que provoca ações conducentes a resultados bem sucedidos, conforme as exigências que se apresentem. Nessa linha, um programa de computador constitui um saber “na medida em que englobe soluções corretas ou interessantes para o problema que é destinado a

¹³⁴ Ver, por exemplo, Alvin Goldman, What is Justified belief?, in G.S. Pappas (ed.) *Justification and Knowledge* (Dordrecht: D. Reidel, 1976) pp. 1-23 and *Epistemology and Cognition* (Cambridge MA: Harvard University Press, 1986); Marshall Swain, *Reasons and Knowledge* (Ithaca NY: Cornell University Press, 1981); e Frederick Schmitt, *Knowledge and Belief* (London, Routledge, 1992).

¹³⁵ Goldman, Alvin. What is Justified belief?, in G.S. Pappas (ed.) *Justification and Knowledge* (Dordrecht: D. Reidel, 1976) pp. 1-23.

¹³⁶ A definição de crença de Alexander Bain (*The emotions and the will*, London, Longman & Green, 1859) como “aquilo sobre o qual o homem está preparado para agir” tornou-se a tese central do pragmatismo (ver *Peirce Collected Papers*, ed. Burks and Weiss, 7 vol. Harvard, 1930-1951, 5.12); para uma discussão do conceito de crença nas teses pragmatistas de Peirce, Williams James, Ramsey Dewey e Levi, ver Pascal Engel *Belief as a Disposition to Act: variations on a pragmatist theme*, em *Anais do 7º Encontro Internacional sobre Pragmatismo*, 2004 a ser publicado na revista *Cognitio*.



resolver".¹³⁷

A solução satisfatória ao problema informático proposto não é suficiente para se afirmar que um sujeito *S*, que usa o programa *p*, adquire um conhecimento. A relação cognoscitiva entre um sujeito e objeto exige, como visto, uma conexão do sujeito com os elementos que causam o sucesso para resolução do problema. Dessa forma, exige-se do sujeito cognoscente que controle, por meio de algum procedimento, as razões que tornam essas soluções corretas ou interessantes para o problema informático. Essa exigência torna a acessibilidade um pressuposto ao conhecimento, de modo que Sartor afirma que *“para ser um saber, uma informação deve ser representada em estrutura conceitual compreensível por parte do homem... Onde falta esse aspecto podemos falar de informação, mas não de saber.”*¹³⁸

2.2. CONHECIMENTO *VERSUS* CONSUMO DO SOFTWARE

Percebe-se, portanto, que o uso que se pretende fazer do software é que determina se estamos diante ou não de uma atividade cognoscitiva do sujeito que o utiliza. Embora o software escrito em linguagem natural (código fonte) e o software traduzido em linguagem de máquina (código objeto) sejam **equivalentes com respeito ao processamento informático** ao qual se dirigem, **não são equivalentes no que se refere ao conteúdo informativo** por eles expresso.¹³⁹ Enquanto o programa em código objeto não expressa qualquer justificção das funções que os comandos exercem no programa, o programa em linguagem natural lhe confere acesso à justificção, na medida em que permite a compreensão de cada instrução e sua função no programa, que por sua vez leva o programador a compreender a função do programa como um todo.

Como o acesso ao código fonte permite que o sujeito controle as razões que tornam o programa eficaz,¹⁴⁰ abre-se espaço para que o mesmo seja desenvolvido de forma a adaptar-se a novas situações ou dirija-se à solução de novos problemas. Esse aspecto é relevante tendo em vista o caráter “derrotável” da justificção, ou seja, novos dados ou

¹³⁷ Sartor, op.cit., p. 5: *“nella misura in cui esse inglobi soluzioni corrette o interessanti per i problemi che esso è destinato a risolvere.”*

¹³⁸ Sartor, op.cit., p. 6: *“per essere sapere, un’informazione deve essere rappresentata in strutture concettuali comprensibili da parte dell’uomo ... dove manchi questo aspetto possiamo parlare di informazione, ma non di sapere.”*

¹³⁹ Sartor, op. cit., p. 8.

¹⁴⁰ Há, ainda, a engenharia reversa que constitui um método para reconstruir indutivamente, a partir da linguagem de máquina, o programa em linguagem natural.



novas exigências práticas podem tornar um conteúdo de informação não justificado.¹⁴¹ Um determinado conhecimento eficaz pode ser mostrar inapto para explicar fenômenos ou para produzir resultados bem sucedidos em diferentes contextos de uso, de forma que o conhecimento não é um conjunto estático de informações, mas um processo dinâmico de revisão e aperfeiçoamento desses conteúdos.

Assim, há uma distinção qualitativa entre o uso do programa somente em código objeto e o uso que inclui o estudo de seu código fonte. No primeiro caso tem-se o uso do software como simples *solução de informática*, no qual o usuário simplesmente “consome” o conteúdo de informação. No segundo caso tem-se o uso do mesmo como *conhecimento informático*.

3. Perfil do direito de autor sobre o software

O uso do software pode ser objeto de normas que, permitindo ou proibindo o acesso ao código fonte, podem definir seu caráter cognoscitivo ou meramente funcional. Dessa forma, o regime jurídico adotado define a natureza do uso do software e da relação do usuário com esse bem intelectual.

Tracemos, inicialmente, o perfil jurídico atribuído pela legislação brasileira ao direito sobre o software. No Brasil, esse direito é tratado como direito de autor, sendo o software equiparado às obras literárias (Lei 9609/98, art. 2º). Tal enquadramento, como direito autoral (Lei 9610/98) e não de propriedade industrial (Lei 9279/96), traz uma importante consequência jurídica: o que se protege não é a *res* na qual se concretiza a criação mas a própria criação, expressa em determinada forma (artística). É esse senso estético presente na obra e sua originalidade que justificam a proteção do autor por meio da atribuição de direitos relativos à obra.¹⁴² São esses direitos sobre as obras (e não as obras mesmas) considerados bens móveis (9610/98, art. 3º).

Como expressão do intelecto, a obra reflete e tem uma ligação íntima com a personalidade do autor, daí a dimensão moral desse direito, protegido pela garantias de: reivindicar a autoria da obra, ter seu nome anunciado, conservá-la inédita, opor-se a

¹⁴¹ Sobre a “derrotabilidade” ou fragilidade do conhecimento e da justificação diante de novas circunstâncias ver Lewis, David. *Elusive Knowledge*, Australasian journal of Philosophy 74, 4 (1996), pp.549-67. Essa fragilidade pode ser tomada como característica inerente ao conhecimento científico, tendo em vista sua sujeição à refutação (ver Popper, Karl. *Conjecturas e Refutações*. Almedina, Coimbra, 2003. Tradução de Benedito Bittencourt).

¹⁴² Bittar, Carlos Alberto. *Direito de Autor*, Forense, São Paulo, 3ª ed. 2001, pp. 30-31.



modificações ou atos que prejudiquem sua reputação, retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada (Lei 9610/98, art. 24). Segundo a Lei de Direito Autoral, esses direitos são *indisponíveis* porque atinentes à própria personalidade do criador (fala a lei em inalienabilidade e irrenunciabilidade, art. 27). Com relação ao software, a Lei 9610/98 derroga parcialmente os direitos morais de autor, restando apenas o direito de reivindicar a paternidade da obra e o de se opor a reproduções que ofendam a sua honra ou reputação (art. 2º, § 1º).

Por outro lado, há a proteção dos interesses patrimoniais que o autor possa ter com relação a sua criação. Dessa ordem, são as normas que atribuem ao autor o direito exclusivo de utilizá-la, dela fruir e dispor (Lei 9610/98 art. 28). Pela sistemática legal, são conferidos *amplos poderes* ao autor para explorar economicamente sua obra e dispor de seus direitos exclusivos de uso, o que é incorporado pela legislação sobre software.

Com relação a esses direitos patrimoniais, o titular do direito autoral é o sujeito de normas de níveis distintos: (i) em *nível primário* (normas de ação) detém, com exclusividade, o direito de utilizar o programa, i.e. executá-lo na máquina, copiá-lo, distribuí-lo e modificá-lo (permissão de uso); (ii) e, em *nível secundário* (normas de competência), detém o poder de alterar o seu regime de uso, conferindo a terceiros total ou parcialmente esses direitos.¹⁴³

Pela definição legal adotada (Lei 9609/98, art. 1º),¹⁴⁴ tais direitos recaem tanto sobre o código fonte quanto sobre o código objeto e independem do registro da obra (art.2º, §3º). Sendo exclusivo o direito de autor sobre o código fonte e sendo o programa em linguagem natural a chave para a justificação do programa, haveria aqui um direito exclusivo ao conhecimento ou à idéia subjacente ao software?

Nesse ponto, deve-se observar que os direitos (de uso exclusivo, cópia, modificação, etc.) recaem sobre a criação intelectual, i.e. a forma de expressão, não sobre o conhecimento subjacente. Assim é que, no campo das obras científicas, “...a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo seu conteúdo científico ou técnico...” (Lei

¹⁴³ Para uma discussão da distinção entre normas de conduta e de competência presentes no direito subjetivo, ver Alf Ross. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, p. 164 e ss. Para uma conceituação de normas primárias e secundárias tendo em vista a explicação do sistema normativo ver Hart, op. cit. p. 79 e ss.

¹⁴⁴ Lei 9609/98, 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 análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados” (grifos nossos)



9610/98, art. 7º § 3º). Não há direito patrimonial sobre o conhecimento envolvido na criação do software, uma vez que a idéia não é objeto de proteção como direito autoral (Lei.9610/98, art. 8º, inc. I). Assim, embora nas obras literárias seja perfeitamente possível dar cumprimento à regra de proteção à forma de expressão e, ao mesmo tempo, permitir a propagação do conhecimento ou cultura, como bem não apropriável, no caso dos softwares, nos quais a linguagem é codificada para execução em máquina, a proteção autoral do código fonte encerra uma aparente contradição.

Por exemplo, um software pode resolver com sucesso o problema de se fazer com que um robô encontre a saída de uma sala usando mais de um sensor de recepção de informações sobre presença/ausência de obstáculos. Sem acesso ao código fonte, porém, pode restar privado ao programador a idéia ou conhecimento de uma determinada lógica paraconsistente (que processe de forma eficaz informações contraditórias) utilizada como sistema subjacente à programação. Esse conhecimento, pela Lei de Direito Autoral, não pode ser apropriado (sobre ele não há titularidade) mas a Lei do Software permite que o mesmo se torne inacessível a terceiros.

O aparente conflito se resolve quando se observa que o conhecimento encerrado no software pode ser **próprio**, no sentido de que somente o titular tem acesso à justificação do programa, mas **não proprietário**, ou seja, não se pode comercializá-lo ou impedir legalmente que seja usado por terceiros. A diferença portanto, é de *fato*, não de *direito*. Se o conhecimento encerrado nas obras literárias é imediatamente divulgado e torna-se comum com sua exploração econômica, no caso do software esse conhecimento pode continuar próprio ao titular do direito autoral ainda que seu uso seja licenciado a terceiros (quando a licença permitir somente a execução do programa em código objeto).

Assim, a extensão dos direitos conferidos pelo autor sobre seu programa a terceiros é relevante na determinação de sua função como propagador do conhecimento informático ou como simples solução de informática. Esse poder do autor de modificar o regime jurídico do uso do software é exercido através do contrato de licença (Lei 9609/98, art.9º), pelo qual se conferem direitos relativos ao software a terceiros (normas de ação, como a permissão de usar, distribuir, modificar, etc.).

Note-se, que no contrato de licença o titular preserva a competência de alteração do regime jurídico sobre a obra, ou seja, ao contrário do que ocorre com a propriedade intelectual, na qual a *res*, uma vez transferida, passa a integrar o patrimônio do



adquirente, *a obra licenciada continua sob a esfera de atuação do autor*.¹⁴⁵ Há, porém, a possibilidade de cessão total ou parcial dos direitos patrimoniais, hipótese na qual o adquirente passa a ser o titular do direito de autor (pode usar, alterar o regime de uso e opor-se ao uso por terceiros), incorporando as suas prerrogativas, com exceção dos direitos morais (Lei 9610/98, art. 49).

3.1 Regimes jurídicos de uso do software

As regras presentes nas leis de Direito Autoral e do Software não predeterminam qual o regime de uso do programa de computador, se proprietário ou livre, atribuindo, antes, ao titular do direito autoral, amplos poderes de disposição sobre a obra, poderes esses que são compatíveis com ambos os regimes. Examinemos algumas possibilidades de licença, relevantes para o presente trabalho.

A autorização para o uso do software pode abranger somente a execução do programa em código objeto, hipótese na qual o licenciado não desenvolve qualquer atividade cognoscitiva e apenas “consome” uma determinada solução de informática.

Pode abranger também o uso do código fonte e o direito de estudar a arquitetura do programa e adaptá-lo às necessidades do licenciado. Nesse caso, o licenciado adquire e tem interesse não só na utilização de determinada solução como também em determinado conhecimento informático. Trata-se, aqui do chamado software de *código aberto* (*open source*). Lembramos que o direito subjetivo recai sobre o objeto da criação, expresso em linguagem natural, sendo que o acesso ao conhecimento é uma decorrência fática do exercício desse direito.

O regime de software livre não se limita ao *open source*, incluindo, além do direito de executar o programa e estudar seu código fonte, o direito de reproduzir, modificar e redistribuir o programa. A essas permissões para terceiros, que consistem em normas primárias, agrega-se o chamado *copyleft*, ou seja, a obrigação de que quaisquer derivações desenvolvidas por terceiros sejam licenciadas com os mesmos direitos, ou o que é o mesmo, a proibição de que alterem, nas derivações, o regime aberto de uso da obra original. Assim, o *copyleft* consiste em revogação da competência de terceiros acerca da disposição da obra derivada.¹⁴⁶ Atua essa proibição (ou revogação) no nível

¹⁴⁵ Bittar, op. cit. p. 5.

¹⁴⁶ Trata-se, por exemplo, regime adotado pela licença GNU GPL (GNU General Public License), considerada pela Free Software Foundation (FSF) como prototípica para a definição de software livre. Para o presentetrabalho consideraremos como livre o licenciamento que se enquadre na definição da FSF (cf. <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>).



normativo secundário.

Essa possibilidade de revogação dos poderes e direitos exclusivos de uso do autor da obra derivada sobre a derivação não implicaria violação das prerrogativas do autor autorizado? Embora reconhecidamente seja o autor da obra derivada o titular do direito sobre a derivação, a própria derivação depende, segundo a Lei 9610/98, art. 29, inc. III, de autorização prévia e expressa do autor da obra originária. Pelo argumento *a majoris ad minus*, se o autor originário pode proibir a derivação, pode condicionar o uso da derivação autorizada. O direito do autor, portanto, preserva ainda prerrogativas do autor original sobre a derivação.

Especificamente para o software, tendo em vista que não sobreviveu o direito moral de revogar usos já autorizados, essas condições para o uso da obra derivada devem estar presentes no momento da autorização. A Lei do Software é ainda mais clara sobre a possibilidade de condicionamento, ao estabelecer que “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**” (Lei 9609/98, art. 5º, *caput*, grifamos). Assim, pode o contrato mediante acordo entre autor originário e autor da derivação, “revogar” os direitos patrimoniais e a competência deste último para determinar o regime de uso da derivação. Por óbvio, permanecem com o autor da obra derivada os direitos morais de reivindicar a paternidade e opor-se a usos ofensivos de sua derivação.

Com o *copyleft*, estabelecido como condição para a autorização de uso, as derivações eventualmente produzidas passam a ser efetivamente comunitárias, no sentido de que a todos é autorizado o uso em todas as suas formas e a ninguém é dada a competência para alterar essa qualificação normativa. Cria-se, assim, efetiva cadeia de criação e produção de conhecimento informático. Na verdade, nessa cadeia, somente o produtor originário detém competência para modificar o regime livre das derivações. As derivações por ele mesmo produzidas, podem ser apropriadas, vez que, obviamente, não assina licença e não se submete ao *copyleft*. É possível, portanto, a criação de bifurcações na cadeia de produção comunitária de forma que um mesmo software pode ser desenvolvido no regime livre e ter uma de suas derivações apropriadas pelo autor original, que será então distribuída no regime fechado.

Essa forma de exercício da competência de modificar o regime do software que torna seu uso *livre* volta-se para a disseminação do programa, bem como do conhecimento que lhe



subjaz, no sentido de desenvolvimento de uma atividade cognoscitiva comunitária e recíproca. A solução de informática original é, assim, submetida a uma dinâmica de adaptações e derivações, de forma que o conhecimento subjacente é constantemente aperfeiçoado e esses aperfeiçoamentos não se tornam *próprios* a qualquer usuário, mas continuam compartilhados pela comunidade de programadores.

3.2 Exercício não exclusivo de direito subjetivo

Questão importante a enfrentar consiste no caráter ou não de renúncia aos direitos exclusivos de autor, pelo licenciamento do software em regime livre.

A idéia de renúncia encontra seu apelo na medida em que, pela lei de direito autoral, os direitos de uso competem exclusivamente ao autor. Pelo regime livre, esses direitos passam então a ser comunitários. Tornam-se comunitários pela vontade do autor, mas a “exclusividade”, nesse ato, é perdida. Essa exclusividade de uso, ao menos no que concerne ao software original, não se recupera. Já vimos que a Lei do Software derroga o direito moral do autor revogar autorizações de uso já concedidas. Ademais, essa revogação sequer seria eficaz, pois o conhecimento é já divulgado com a abertura do código fonte, fato que fica fora do alcance de atos normativos. Não seria a licença de software livre uma forma oblíqua de autor anular seus privilégios autorais e, assim, renunciar a seus direitos patrimoniais?

Tal concepção, que vê na perda da exclusividade de uso a dissolução de um direito subjetivo de autor sobre o software, apegar-se por demasiado à noção clássica de direito subjetivo, construída, tipicamente sobre três fatores: (i) um privilégio ou vantagem exclusiva de seu detentor ao qual se opõe um dever de outro ou de todos os demais; (ii) a competência ou poder de alteração dessa situação jurídica; (iii) a competência para iniciar procedimentos mediante a violação desses deveres por outros.

Esses traços típicos do direito subjetivo têm por base a noção de liberdade tal como concebida pelo liberalismo econômico fundado na livre iniciativa e no livre mercado e no qual o Estado possuía um papel apenas protetor dessas liberdades. A liberdade dentro dessa concepção tem um duplo sentido: de não impedimento e de autonomia. No sentido negativo, de não impedimento, a liberdade tem uma conotação de resistência, ser livre é garantir um espaço de ação que resiste à ação livre dos outros. Mas a liberdade aparece também em um sentido positivo de autonomia, de poder se determinar para algo e através da vontade fazer valer essa determinação perante outros.



O resultado dessa liberdade, construída na era moderna, é a abertura de oportunidades para que o indivíduo empregue seus bens no mercado, sem limitações externas. De fato, essa liberdade passa a se exercer através dos bens e dos direitos sobre esses bens, daí a noção de privilégio ou vantagem (i). Daí, também a proteção do Estado contra violações a esses privilégios, através da iniciação de determinados procedimentos (ii). A autonomia é institucionalizada na figura do contrato, que se reflete na construção do direito subjetivo como o poder de disposição dos direitos (iii).

Essa construção dogmática do direito subjetivo pauta-se por regras que atribuem deveres e competências aos indivíduos. Mas é preciso ter em mente que o mesmo constitui uma construção, que instrumentaliza essas regras. O direito subjetivo não constitui qualquer entidade ou substrato distinto das regras, nem contém uma essência que consistiria naqueles três traços típicos. Alf Ross chama a atenção para o risco de se *hipostasiar* o direito subjetivo e de se concebê-lo como um substrato distinto dos efeitos presentes na ordem jurídica.¹⁴⁷ Quando alguém fala em **seu** direito isso não significa que exista algo que lhe pertence, mas que determinados fatos desencadeiem determinados efeitos pela ordem jurídica, que lhe são benéficos.

Assim, a noção típica de direito subjetivo atende a uma determinada concepção de liberdade, que obviamente sofreu e continua a sofrer mutações. Com essas mutações, altera-se a ordem jurídica ou a interpretação da ordem jurídica o que permite uma reinterpretação da própria noção de direito subjetivo tendo a concepção de liberdade subjacente como um lugar comum (topos) que orienta essa interpretação.¹⁴⁸ Assim, não há propriamente uma unidade substancial do direito subjetivo mas situações jurídicas nas quais o conjunto de regras aplicáveis permite falar em direito subjetivo com seus traços típicos ou com traços atípicos, com relação à sua construção na era moderna.¹⁴⁹

No âmbito da sociedade de informação, a noção clássica de liberdade como espaço de ação não restrito pela liberdade dos outros, que se manifesta sobre bens cujo uso exclui o uso dos outros, merece revisão. No campo informático, tratamos de bens (informação e conhecimento), cujo uso por um, dada a inexistência de limitação física, não exclui o uso por outro. Ou seja, aquele espaço de ação pode continuar livre independentemente da ação dos outros. Mais do que isso, nessa esfera, o espaço de ação para o sujeito é

¹⁴⁷ Alf Ross, op. cit. p. 172

¹⁴⁸ Para uma análise da evolução histórica da noção de liberdade e de direito subjetivo ver Ferraz Junior, Tercio Sampaio. Direito e Liberdade, em Estudos de Filosofia do Direito, Atlas, 2ª ed. 2003, pp. 75 a 132.

¹⁴⁹ Cf. Alf Ross, op. cit. p. 172 e ss.



relevante na medida em que lhe permite se *comunicar* com os outros. O ciberespaço, por exemplo, somente se constrói na medida em cada espaço de ação de cada sujeito é voltado para a comunicação com os outros, sem a qual o próprio ambiente perde sentido.

A partir dessa percepção da alteração da concepção da liberdade no campo informático, cujo exercício se dá numa relação de reciprocidade, Wolfgang Hoffmann-Riem defende que *“o direito à auto-determinação informacional é, em consequência, não um direito de defesa privatístico do indivíduo que se põe a parte da sociedade, mas objetiva possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicação. Outros [seres humanos] constituem o âmbito social, em cujas lindes a personalidade de cada um se expande: a autonomia, e não a anomia, do indivíduo é a imagem diretora da Constituição. A autonomia deve ser possível em espaços vitais socialmente conectados, nos quais a liberdade de comunicação- ou melhor: a liberdade em comum- não pode ser orientada para um conceito limitador da proteção à expansão egocêntrica, mas deve ser entendida como o exercício da liberdade em reciprocidade. Esta liberdade não é ser livre dos outros, mas liberdade por intermédio dos outros.”*¹⁵⁰

Altera-se assim, o antigo princípio segundo o qual a dignidade humana está centrada na liberdade individual e a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro. Com efeito, no ambiente onde a comunicação e a reciprocidade são meios para a realização individual, a dignidade centra-se no viver em livre comunicação com o outro. Assim, a liberdade na sociedade de informação poderia ser bem apanhada pela fórmula “a liberdade de um começa onde começa a liberdade do outro”.¹⁵¹ Com base nessa liberdade, o sujeito de direito é pensado não como um agente que domina os bens informáticos mas como um agente que se comunica por meio desses bens.

Esse exercício da liberdade no sentido de reciprocidade manifesta-se na exploração chamada “livre” do software. Embora haja a possibilidade de exploração privatística (exclusiva), essa não é a única forma pela qual é possível se beneficiar da criação intelectual. O benefício pode ser dado pela própria interação de uma série indeterminada de programadores que poderão aperfeiçoar a criação, testando a obra e desenvolvendo-a para solucionar novos problemas e adaptar o programa original a novas necessidades. Por outro lado, essa comunicação e a propagação do uso do software cria condições para que aquele conhecimento informático se padronize, o que poderá significar um ganho para

¹⁵⁰ Wolfgang Hoffmann-Riem. *Rechtliche Rahmenbedingungen*, em *Der neue Datenschutz*, Helmut Bäumler (org.) Neuwied/Kriftel, Luchterhand, 1998, p. 13.

¹⁵¹ Ferraz Junior, Tercio Sampaio, *A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação*, em *Direito e Internet*, RT, São Paulo, 2001, pp. 241-247.



o criador na medida em que domina a tecnologia padronizada.

A atividade cognoscitiva integrada desencadeada pela abertura do software originário pode ser vista como um modo de produção alternativo ao modelo de propriedade e mercado. Como mostra Yochai Benkler, nesse modelo alternativo, que chama “*commons-based peer-production*”, em vez de a produção significar um custo a ser remunerado pela apropriação exclusiva dos benefícios, os custos de contratação de programadores e teste do programa são reduzidos a zero havendo ainda suficiente motivação (dado o grande número de participantes) para os agentes desenvolverem a atividade produtiva.¹⁵²

Na relação instaurada pela licença de software livre, todos os licenciados, *pacientes* do exercício do direito de explorar a obra, são também *agentes*, no sentido de que consomem a solução de informática e, ao mesmo tempo, ao menos potencialmente, a produzem e a fazem circular. Ademais, a qualquer integrante da cadeia de licenças é possível buscar a proteção judicial para violações contra esses direitos, ou seja para a proteção dessa liberdade recíproca. A violação ocorre justamente com a tentativa de apropriação, i.e. de exclusão dos agentes integrantes dessa atividade livre.

Tais regras dão ao direito subjetivo uma configuração distinta da clássica, o que não significa abdicação ou inexistência de direito, apenas o conforma em uma situação atípica. A Lei de Direito de Autoral confere ao autor o direito exclusivo de usar a obra, mas confere-lhe também a competência de alterar essa condição exclusiva. Aqui, há espaço para exercício de liberdade no sentido de reciprocidade. A licença a terceiros, ao conferir maior ou menor amplitude de direitos, não deixa de ser um ato de disposição pelo qual o sujeito de direito exerce sua vontade autônoma: a liberdade de incluir terceiros e ser incluído no processo de comunicação e produção de conhecimento informático. Como esse é o benefício esperado, o direito não se refere somente ao uso do bem original mas a essa participação. Como resultado daquela disposição original, o autor não perde a vantagem de usar o bem, essa vantagem somente deixa de ser um privilégio que exclui o outro, para passar a incluí-lo.

Assim, tem-se uma configuração na qual (i') o direito de uso sobre o bem é comum, ou seja as vantagens de uso não se opõem a terceiros mas são compartilhadas com terceiros; (ii') o poder para iniciar procedimentos no sentido de proteção dessas vantagens também é comum, (iii') mas somente cabe ao titular do direito a competência para

¹⁵² Benkler, Yochai, Coase's Penguin, or Linux and the nature of the firm. *Yale Law Journal*. disponível em: <http://www.benkler.org/CoasesPenguin.PDF>.



determinar o regime de uso do software. Deve-se lembrar aqui que cabe ainda ao autor e somente ao autor, mesmo depois de sua decisão de abrir o software original, a possibilidade de alterar o regime de uso de derivações que venha a produzir.

Assim, a licença livre não significa perda de direito subjetivo que passaria a ser comum, sob o não impedimento e a autonomia de todos. A leitura nesses termos clássicos não é adequada. A licença livre significa exercício autônomo da liberdade no sentido de reciprocidade no acesso à informação e ao conhecimento informático. Nesse processo, o não impedimento ao uso é conferido, pelo autor, a todos, mas a ninguém é conferida competência para alterar o regime. Pelo contrário, todos são *obrigados* a manter o regime livre definido *pelo autor*, mesmo sobre as derivações que vierem a produzir, preservando o autor o poder de disposição sobre as próprias derivações. Portanto, a obra, mesmo em regime livre, continua sobre a esfera de atuação do autor, como forma de exercício de seu título, não importando abdicação ou transferência desse.

Por essa razão, revela-se enganosa a oposição usualmente feita do software “livre” ao software “proprietário”: em ambos os casos há exercício de propriedade ou da titularidade do direito autoral. O software livre não nega a “propriedade” como tal, apenas uma de suas feições clássicas, qual seja, a exclusividade. Assim, talvez a terminologia mais adequada deveria opor o software “livre” ao “exclusivo” ou “fechado”, mas não ao “proprietário”.

Nesse sentido, a corte distrital de Munique concluiu que software livre não constitui abdicação de direitos autorais sobre o software, sendo antes uma forma de delineamento do uso por terceiros:

“De início, o Painel compartilha a visão de que não se pode enxergar nos termos da GPL (General Public License) provisões contendo a abdicação dos direitos autorais relativos às correspondentes posições jurídicas. Ao contrário, os usuários valem-se especificamente dos termos da legislação do direito autoral para garantir e dar efeito ao seu conceito empregado para o desenvolvimento posterior e disseminação do software.”¹⁵³

¹⁵³ District Court of Munich, nº 21 O 6123/04; “To begin with, the Panel shares the view that one cannot perceive the conditions of the GPL (General Public License) as containing a waiver of copyright and related legal positions. On the contrary, the users avail themselves of the conditions of copyright law in order to secure and carry into effect their concept of the further development and dissemination of software (see Dreier/Schulze, UrhG, § 69a, Rn. 11).”



A discussão acima permitiu-nos fixar algumas noções relevantes para qualificação jurídica do uso do software. Fica claro que, do ponto de vista do licenciador e do licenciado, a adoção dos diferentes regimes jurídicos para o software atende a finalidades distintas. A simples licença de uso para execução do programa atende ao fim, para o licenciado, de consumo de uma solução informática. A licença livre, por sua vez, atende à finalidade do licenciado em integrar e disseminar uma atividade cognoscitiva de produção de soluções de informática. Em todos os casos não há renúncia do licenciador original a direitos patrimoniais, apenas formas diversas de exercício desses direitos. A abertura ou não do conhecimento informático é uma decorrência da forma de exercício do direito sobre a criação intelectual. Ou seja, se o conhecimento é próprio (somente uma pessoa detém o saber) ou se torna comum (todos conhecem e sabem todos conhecem) é uma questão de fato, não de direito, pois não há direito subjetivo sobre o conhecimento subjacente ao programa.

4. Legitimação finalística da opção da Administração pelo software livre

4.1. Legitimação finalística dos atos administrativos

Conforme o projeto do Governo para o software livre, a Administração firmará, com relação aos programas que pretende contratar, a opção pelo uso no regime livre, expressando assim o interesse em participar da atividade econômica de produção e distribuição de software somente na forma de integração e disseminação de uma atividade cognoscitiva sobre conteúdos informáticos para a produção de soluções. Essa opção por um determinado regime de uso, seja ela específica para uma aquisição particular de direitos seja ela prévia e geral, para todas as futuras aquisições, legitima-se perante o interesse público?

A opção, mormente se prévia e geral, acarreta reflexos sobre o setor, tendo em vista o poder de compra e a relação dos órgãos públicos com corporações e indivíduos, o que indica para os agentes uma determinada orientação política, dentro do papel do Estado como regulador da atividade econômica.

Nessa posição, a atuação do Estado deixa de ser aquela de mera proteção da liberdade (Estado de direito e proteção da livre iniciativa), como também é abandonada a postura do Estado intervencionista, isto é, nesse processo a dimensão empresarial da Administração também se torna menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada na gestão de serviços públicos e a redução do espectro de atividades econômicas



nas quais o Estado atuava. Esse novo posicionamento do Estado com papel normativo e fiscalizador da economia, mas cuja atuação tem apenas papel indicativo e não determinante para o setor privado (CF 88, art. 174, *caput*), provoca aquilo que Karl Lowenstein chama de processo de “mutação constitucional”. Em particular, cria condições para uma releitura do princípio de legalidade, a partir do princípio de eficiência que deve guiar a atuação da Administração Pública (CF 88 art. 37).

Os atos administrativos são informados pelo princípio da legalidade, mas também pelo princípio da eficiência. Ao nosso ver, a Emenda Constitucional n. 19/98, que deu nova redação ao *caput* do art. 37 da CF 88 e introduziu a eficiência como princípio orientador da atividade administrativa, não quis dizer somente que a Administração deve ser rápida ou atender prontamente os administrados, mas estabeleceu um novo parâmetro de atuação e responsabilização pelos atos administrativos.¹⁵⁴

O princípio da eficiência tem por fim disciplinar a atividade administrativa nos seus *resultados*, tornando possível a legitimação dos atos administrativos por seu *êxito* em atingir os fins pretendidos por lei. Neste sentido, a validação do ato pelo princípio de eficiência tem estrutura finalística (validação pela obtenção do resultado pretendido por lei) e não condicional (validação pelo preenchimento das condições previstas em lei para realização do ato, independentemente de seu resultado). Em termos hermenêuticos, é possível, pois, entender a legalidade sob uma perspectiva de bloqueio (legalidade condicional) ou de legitimação pelos objetivos (legalidade finalística).¹⁵⁵

Cumpra, desse modo, examinar se e de que forma a opção da Administração atende aos objetivos da política nacional de informática definida na lei e na Constituição, de forma a verificar se a definição prévia e geral por um tipo de regime de contratação e de exploração de bem público se legitima finalisticamente. Não é intenção aqui examinar a constitucionalidade formal ou material do Projeto de Decreto, apenas investigar se a opção pelo regime livre, seja ela particular ou geral, legitima-se finalisticamente com relação ao interesse público, tal como definido na política de informática traçada na Constituição Federal e na Lei 7232/84.

¹⁵⁴ ver, Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 8, n.35, nov-dez de 2000, pp. 143-158; no mesmo sentido: Modesto, Paulo. “Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 2, maio, 2001

¹⁵⁵ ver, Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 8, n.35, nov-dez de 2000, pp. 143-158



4.2. A política nacional de informática

A Constituição Federal, em seu art. 216, inclui no patrimônio cultural brasileiro a criação tecnológica e artística. Obviamente, não quer a norma aqui, “estatizar” toda criação tecnológica ou artística, material ou imaterial, referindo-se, antes, ao conhecimento e aos elementos que apontem uma determinada identidade cultural. No § 3º desse dispositivo estabelece que a Lei não só incentivará a produção desses bens e valores culturais como proporcionará **o conhecimento dessa produção**. Por sua vez, no Capítulo IV, referente a Ciência e Tecnologia, a Constituição, prevê, tendo em vista a promoção da capacitação tecnológica (art. 218, *caput*), uma atuação positiva do Estado com relação ao mercado de tecnologia, que considera patrimônio nacional, e no qual o Estado deve incentivar o desenvolvimento cultural, o bem estar e a autonomia tecnológica do país (art. 219).

Essa atuação positiva não se confunde, obviamente, com intervenção direta, dado que o setor deve ser organizado pelas forças de mercado, cabendo ao Estado uma atuação somente supletiva, conforme art. 2º, inc. II, da Lei 7232/84, que fixa a política nacional de informática. Mas também não se limita a coibir abusos e irregularidades dos agentes. O mesmo art. 2º, no inc. VI, prevê a orientação de cunho político das atividades de informática, levando em conta a sua *natureza estratégica*. Essa consciência do legislador da importância estratégica da informática reflete-se na previsão de um *direcionamento* (não dirigismo) do esforço no setor para o desenvolvimento econômico e social e fortalecimento nacional. Assim, cabe ao Estado e estabelecer mecanismos, apontar e *induzir comportamentos*, para que os objetivos constitucionalmente elencados de desenvolvimento e autonomia nacional do conhecimento informático sejam alcançados.

4.2.1. Situações monopolísticas

Essa preocupação com a produção e propagação do conhecimento, mas principalmente com a autonomia do país no setor reflete-se em importante dispositivo legal, que prevê, dentro da política de informática, a *“proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato”* (Lei 7232/84, art. 2º, inc. IV). Proibir a *criação de situações* de monopolísticas não é o mesmo que reprimir monopólios, nem mesmo proibir a concentração de empresas (ambas formas negativas de atuação). Essa forma de atuação repressiva e preventiva da dominação de mercado, exercício abusivo de posição dominante e elevação arbitrária de lucros, já tem lugar na legislação geral de defesa da concorrência para qualquer mercado. O bem protegido nesse dispositivo não é a *concorrência* no mercado de software. A proibição tem a ver, antes, com a centralização



do conhecimento e reflete a preocupação do legislador com a importância estratégica do setor e a consciência de que o poder e a liberdade na sociedade de informação dependem do controle das novas tecnologias.

Portanto, proibir a criação de situações significa atuar positivamente nas causas da formação e preservação de monopólios no mercado de software para impedir a centralização de poder sobre a informação em algumas corporações. Para entender o alcance e sentido dessa atuação prevista na política nacional de informática é importante destacar algumas peculiaridades do mercado de softwares.

O mercado de softwares é baseado na alta tecnologia e na inovação. Nesse ambiente, o produto inovador, dada a necessidade comunicação entre usuários através do produto e a importância da compatibilidade de padrão tecnológico nessa comunicação, na medida em que ganha popularidade, passa a ter um elemento adicional de atratividade que cria um círculo virtuoso: quanto mais pessoas usam, essa é mais uma razão para mais pessoas o utilizarem. Esse é o chamado “efeito de rede”.¹⁵⁶

Em função desse efeito, os produtos inovadores vencedores acabam concentrando grande parte do mercado (*winner takes most*),¹⁵⁷ o que faz com que o equilíbrio natural desse mercado tenha a empresa líder com uma participação aproximada ou igual ao mercado como um todo.

Dentro desse contexto, Economides ressalta que a análise do grau de concentração no mercado de softwares pode superestimar a existência de poder de mercado.¹⁵⁸ Em primeiro lugar, não é possível concluir que práticas anticompetitivas foram responsáveis pela criação de tal desigualdade, afinal é este o equilíbrio natural em mercados com externalidades de rede e incompatibilidade de padrão tecnológico. Em segundo lugar, a despeito de sua participação de mercado, práticas de preços de monopólio são controladas pelo risco de se estimular a inovação por concorrentes que, a qualquer momento, podem redefinir o mercado como um todo.¹⁵⁹ Na verdade, a avaliação

¹⁵⁶ Shapiro, Carl e Varian Hal R., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston, Harvard Business School Press, 1999.

¹⁵⁷ Economides, Nicholas. *Competition and Vertical Integration in the Computing Industry*, in *Competition, Innovation, and the Role of Antitrust in the Digital Marketplace*, Jeffrey A. Eisenach and Thomas M. Lenard (eds.), Kluwer Academic Publishers 1999; e *The Impact of the Internet on Financial Markets*, *Journal of Financial Transformation*, vol. 1, no. 1 (2001), pp. 8-13.

¹⁵⁸ Economides (Agosto 2001).

¹⁵⁹ Economides, N. *The Microsoft Antitrust Case*, *Journal of Industry, Competition and Trade: From Theory to Policy* vol. 1, no. 1, pp. 7-39 (Agosto 2001).



tradicional pautada pelo modelo antitruste estrutura-conduta-desempenho é inadequada para o mercado de software, que segue um padrão de competição inteiramente distinto. Não haveria, portanto, razão imediata para uma proibição pela Lei 7232/84 pura e simples para situações de monopólio em nome somente da concorrência.

Todavia, o monopólio pode se tornar perverso na medida em que o controle do produto monopolista e sua exploração como saber próprio, inacessível a terceiros, pode preservar a supremacia do monopolista, ainda que surjam inovações competitivas. É essa *situação de monopólio*, resistente à dinâmica competitiva do mercado, que se torna um risco para o setor (além das restrições aos concorrentes), pois centraliza o conhecimento informático e sujeita os demais agentes ao detentor desse conhecimento, que controla, assim, como coloca Boyle, *o curso da inovação tecnológica*.¹⁶⁰

O caso Microsoft, envolvendo a guerra dos *browsers* com a Netscape, é paradigmático desse tipo de preocupação. Como argumenta Zittrain, o poder detido pela Microsoft decorre de uma combinação de sua participação de mercado, os efeitos de rede e sobretudo os direitos de propriedade sobre o software que impedem os concorrentes de produzir softwares compatíveis com o padrão tecnológico estabelecido e que sejam, assim, capazes, de quebrar esse efeito de rede.¹⁶¹ Para Zittrain, as conhecidas medidas antitruste de repressão e prevenção de monopólio são ineficazes, devendo se concentrar justamente na propriedade intelectual que torna inacessível o conhecimento a concorrentes¹⁶² e que, ao lado do efeito de rede, é responsável pela criação e preservação da situação de monopólio no mercado de software.

4.3. A opção da Administração pelo software-livre

A orientação política presente na Constituição e na Lei 7232/84 no sentido de promover a produção e conhecimento informático como patrimônio cultural, além da preocupação com a autonomia tecnológica e a oposição ao controle desse conhecimento por monopólios privados fornece supedâneo a ações administrativas no sentido de integração

¹⁶⁰ Ao comentar o caso Microsoft, Boyle ressalta que: “*The complaint against Microsoft of the world is not so much that they keep their prices high- though that is sometimes alleged. Instead it is the claim that their intellectual property rights over fundamental standards with strong positive network effects give them too much power to control the course of innovation*” (Boyle, James. The second enclosure movement and the construction of the public domain, in *Law and Contemporary Problems*, v. 66:33, p. 64, **grifamos**)

¹⁶¹ Zittrain, Jonathan. The Um-Microsoft Um-Remedy: Law can prevent the problem that it can't patch later. *Connecticut Law Review*, 1999 disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/zittrainmsdoj.pdf>

¹⁶² A proposta de Zittrain, em particular, consistem em reduzir drasticamente o prazo de propriedade intelectual, fazendo com que, em poucos anos, o código fonte dos programas caia sob domínio público.



e disseminação do conhecimento sobre programas de computador.

Obviamente, a atuação do Estado continua supletiva (não interventora) e o modelo adotado continua a ser o de livre mercado e de livre iniciativa (não pode o Estado obrigar empresas privadas a abrir seu conhecimento tecnológico). A ação administrativa não poderia ferir esse modelo. Nesse sentido, a proposta de se usar o poder de compra do Governo para estimular a exploração dos softwares no regime livre não ofende, pelo contrário, inclui-se no perfil de direito autoral adotado legalmente no país, pois o Estado faz exatamente o uso de sua propriedade intelectual ou adquire softwares de titulares que ofertam voluntária e autonomamente seus softwares em regime livre.

Por outro lado, caminha em direção ao objetivo de se tratar a criação tecnológica como um bem cultural, cujo conhecimento deve ser disseminado. Essa disseminação do conhecimento dos softwares utilizados pela Administração (que o Estado é proprietário ou adquiriu em regime livre) traz condições mais favoráveis para que se busque a autonomia tecnológica. Ademais, a proposta visa a estabelecer um mecanismo para que se dificulte a criação de *situações de monopólio*, pois dificulta a padronização de produtos proprietários, cujo conhecimento é fechado, e facilita que uma solução livre se torne padrão.

A dispersão dos consumidores de softwares gera uma barreira à entrada de novos produtos que objetivem quebrar o padrão dominante. O usuário que decida migrar para um novo produto ou mesmo uma nova plataforma enfrenta problemas de comunicação e compatibilidade com os demais usuários que continuam a utilizar o programa ou a plataforma padrão. Esse custo de troca oferece ao monopolista um mecanismo para que se reforce o efeito de rede e se preserve o monopólio.

Dessa forma, para que se quebre um padrão é necessário que haja um certo movimento de migração que chegue a afetar grandes consumidores. Exatamente por essa razão é que o produtor monopolista normalmente oferece condições e preços especiais para que grandes corporações, públicas e privadas, não substituam seu produto. Portanto, a conquista dos grandes consumidores, que mantém relações com largo número de usuários, é crucial para os concorrentes e principalmente para o líder, uma vez que esses clientes podem desencadear um processo multiplicador de substituição pelo produto inovador.



Em particular, o governo possui um papel crítico nessa dinâmica, considerando-se a abrangência e intensidade de suas comunicações com particulares. Como corporações privadas necessariamente mantém relações com entidades governamentais, precisam de softwares compatíveis. Da mesma forma, os funcionários e clientes com relação a essas empresas e com relação ao próprio governo. Os clientes dessas empresas podem ser novas empresas, com mais funcionários e mais clientes (empresas) e assim sucessivamente. Ademais, prestadores de serviços de *customização* de softwares no país que desejem prestar serviços à Administração recebem um incentivo para utilizar e estudar softwares livres que, adequadamente desenvolvidos, podem ser adotados pela Administração.

Fazendo uso de seu largo poder de compra e de sua ampla relação com os administrados, a opção da Administração pelo regime livre de uso de software pode criar, assim, um forte incentivo e induzir comportamentos no sentido de adoção desse modelo de uso o que dificultará o estabelecimento e preservação de monopólios privados.

Conclui-se, assim, que a opção da Administração pela contratação de softwares e a distribuição dos softwares de sua propriedade em regime livre, justifica-se, sob o prisma do princípio de eficiência (CF 88, art. 37) como meio para atingir os objetivos legais e constitucionais do setor de informática no sentido de difusão do conhecimento e busca de autonomia tecnológica e vedação a situações de monopólio que poderiam centralizar o conhecimento. Resta examinar se essa opção pode esbarrar em óbices legais, particularmente com relação ao princípio de licitação e à possibilidade de disposição de bens públicos.

5. Aquisição de direitos sobre o software e princípio de isonomia

A exigência de que a Administração somente figure como licenciada em contratos de licença compatíveis com o regime livre pode gerar questionamento acerca da observância do princípio da isonomia ou igualdade na licitação pública.

A impressão nesse sentido parte da idéia de que ofertantes de softwares proprietários estariam excluídos *ex ante* da licitação, muito embora disponham de programas de qualidade igual ou superior para os interesses da Administração. Essa foi a linha de raciocínio desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁶³ ao examinar liminarmente a

¹⁶³ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.059-1, Rio Grande do Sul, 15 de abril de 2004;



Constitucionalidade da Lei sul-rio-grandense n. 11.871/2002 que estabelecia que os órgãos da Administração do Estado “... utilizarão preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição” (art. 1º, caput).

O termo “preferência” contido na lei estadual induziu o entendimento pelo Supremo de que os softwares livres e proprietários seriam objetos comparáveis, atribuindo-se maior valor ao primeiro “tipo de software” do que ao segundo. Assim, ao examinar a questão, o voto condutor do Ministro Carlos Ayres Britto assevera que: “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” (Voto, p. 9). Essa forma de entendimento foi decisiva para a conclusão do Supremo no sentido de que as vantagens comparativas entre o software de “tipo” livre e o de “tipo” proprietário devem ser sopesadas no momento da licitação, tendo em vista os critérios do edital:

“Em suma, se os softwares abertos são, de fato, os mais interessantes para a Pública Administração, que isso fique demonstrado em termos da mais alta pontuação quanto aos critérios objetivamente figurantes das normas editalícias” (Voto, p. 14)

A conclusão aplica a regra de isonomia na licitação presente na Constituição (CF 88, art. 37, inc. XXI) e na Lei de Licitações (8666/93, art. 3º). Ocorre que todo o raciocínio desenvolvido pelo Ministro parte de uma premissa equivocada, induzida pelo infeliz termo “preferência” utilizado na lei analisada: software livre e proprietário não são tipos distintos de softwares, mas apenas regimes jurídicos distintos sobre o mesmo produto.

Como vimos anteriormente, os atributos “livre” e “proprietário” não constituem qualidades ou propriedades do objeto software, antes constituem regimes jurídicos que permitem formas de uso distintas desse mesmo objeto. O regime livre permite que o sujeito estabeleça com o objeto software uma relação de conhecimento e, mais do que isso, possibilita que esse integre e promova uma atividade cognoscitiva de desenvolvimento desse conhecimento. Já o regime proprietário, limitado à execução do programa em linguagem de máquina, permite ao sujeito “consumir” o software simplesmente como uma solução de informática, como simples informação.

Portanto, só há um “tipo” de produto “software”, seja ele usado para se obter e promover conhecimento, seja ele utilizado como informação. Como destacado acima, citando



Sartor, software livre e proprietário são *equivalentes com respeito ao processamento informático ao qual se dirigem, mas não são equivalentes, pelo contrário, são incomparáveis, no que se refere ao conteúdo informativo que contém e ao uso que possibilitam*. De fato não é possível comparar a pretensão de obter e promover conhecimento informático, com a pretensão de utilizar determinada solução informática. Trata-se de objetivos distintos alcançados por usos completamente diversos. Ou se define por uma forma de uso, ou por outra.

A situação é análoga à oposição entre a compra e o aluguel de uma casa. O “tipo” de objeto sobre o qual se pretende adquirir direitos é o mesmo: “casa”. Porém cada regime jurídico coaduna-se com interesses de uso inteiramente distintos (interesse em negociar o imóvel, interesse em residir no imóvel). Assim, a compra não é melhor, ou pior, ou preferível ao aluguel: ou o objetivo é comprar um imóvel ou o objetivo é alugar. A distinção que se discute aqui não é acerca de uma qualidade ou propriedade do bem que se pretende usar (casa com varanda é preferível a casa sem varanda) mas sim acerca do uso que se pretende fazer do bem e portanto diz respeito à finalidade da aquisição de direitos.

No contexto licitatório, essa definição entre compra ou aluguel da casa, entre software livre ou proprietário, não concerne às características ou qualificações técnicas do imóvel ou do software, i.e. não concerne às vantagens ou desvantagens do bem de acordo com o objeto definido, mas diz respeito à própria definição do objeto ou finalidade da licitação.

Deve-se atentar novamente para a confusão entre direito subjetivo e o objeto do direito subjetivo. Quando falamos em aquisição da propriedade, não nos referimos ao bem físico sobre o qual recaem direitos e obrigações. O termo “propriedade” não possui referência semântica, simplesmente sintetiza um conjunto de regras que definem em quais condições são adquiridos determinados direitos e se assumem determinadas obrigações.¹⁶⁴

Assim, o objeto de uma licitação pública consiste sempre em direitos ou obrigações com relação a determinados indivíduos (relações obrigacionais) ou com relação a todos os indivíduos e que recaem sobre um bem (relações reais). Ou seja, o objeto da licitação não é dado pelos bens sobre os quais recaem direitos mas pelos próprios direitos que recaem sobre os bens. Não se faz uma licitação para uma “casa” e dentro do certame se avalia se

¹⁶⁴ Cf. Alf Ross, op. cit. p. 164 e ss.



é mais vantajoso alugá-la ou comprá-la. Define-se antes o regime e participam do certame somente vendedores ou somente locadores.

Se a definição for pela compra não se avalia se a oferta de imóvel para locação seria mais vantajoso, o locador simplesmente não participa e não pode se considerar discriminado por não fazer parte do objeto (situação análoga à do professor que não é discriminado quando não quer participar de um concurso que exija dedicação integral, pois só tem disponibilidade para meio período). Da mesma forma, não se pode fazer uma licitação para “software” e dentro do certame avaliar se é melhor utilizá-lo em regime livre ou proprietário. Define-se antes o regime como *objeto da licitação*.

O que rege o processo, nesse ponto de definição da finalidade, não é, primariamente, o princípio da igualdade, mas da eficiência. O que poderia ser objeto de dúvida seria qual modalidade (regime de uso) é mais adequada, mas não se a opção por um regime de uso fere a isonomia (que se refere ao objeto a ser usado). Não se aplica aqui, portanto, a garantia de “*igualdade de condições entre concorrentes*” presente no art.37, inc. XXI da CF88, justamente porque a questão é definir, a partir do objeto quem se qualifica como tal. Locadores não são concorrentes para uma licitação de compra de imóvel, professores com disposição para meio período não são concorrentes para um concurso de contratação em período integral e ofertantes de software em regime proprietário não são concorrentes em uma licitação para aquisição de softwares em regime livre.

Portanto, é o regime jurídico sobre o bem que define a forma de uso e, assim, permite induzir a finalidade que se persegue com esse uso. Estamos aqui no campo da definição do que significa a vantajosidade da licitação. É a partir dessa definição e com referência a ela é que se permite discutir se determinadas propriedades ou características dos bens concorrentes atendem melhor ou não essa vantajosidade, se as diferenças ou preferências estabelecidas são isonômicas ou se criam uma discriminação injustificável.¹⁶⁵

Entende-se agora porque a conclusão do Supremo de que os softwares abertos devem sua melhor qualidade no momento da licitação constitui verdadeiro contra-senso. Ser o software aberto ou fechado define o *objeto* da licitação e não a *qualidade* dos softwares ofertados.

¹⁶⁵ A relevância ou não das distinções e preferências estabelecidas sobre características dos bens licitados é estabelecida com referência à finalidade ou a vantajosidade, pré-definida, da licitação. Ver, a respeito as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1984.



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 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.

6. Comunhão de conhecimento e exploração dos softwares públicos

Ao adquirir direitos sobre um programa de computador, que lhe atribua as prerrogativas de copiá-lo, modificá-lo e redistribuí-lo, a Administração preenche um duplo e simultâneo papel de paciente e agente no processo de comunicação e produção de conhecimento informático. Tais direitos, em primeira linha, permitirão à Administração “consumir” o software como uma solução informática para determinada necessidade. Mas também, como visto, permitirão à Administração ter um papel ativo no processo de difusão do conhecimento tecnológico, com implicações sobre a descentralização desse conhecimento.

A forma de exercício desses direitos dependerá, naturalmente, de sua extensão. Dentro da opção por adquirir direitos sobre o software compatíveis com o seu uso livre, existem diferentes modalidades de aquisição. A aquisição pode decorrer de licitação para produção de um software por encomenda. Nesse caso, conforme art. 4º da Lei de Software, a Administração será a titular de direito de autor sobre o software (o art. 11 da Lei de Direito Autoral abre a possibilidade de autoria para pessoas jurídicas). Pode também a administração realizar licitação para se tornar licenciada de um software “proprietário” existente no mercado, caso em que se vincula aos termos da licença pela qual o software é distribuído. No caso de software livre, a administração pode optar por escolher um programa consolidado no mercado e já disponível, gratuitamente¹⁶⁶, em regime livre, incluindo a cláusula de copyleft¹⁶⁷.

A preocupação que se coloca é quanto a eventual disposição de *bens públicos* por meio

¹⁶⁶ Nesse caso, é vedado à administração, pelo princípio de economicidade, realizar qualquer tipo de contraprestação pelo licenciamento do programa.

¹⁶⁷ Essa é a hipótese referida pelo *Projeto de Decreto* elaborado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação.



do uso, pela Administração, do software em regime livre. Sendo assim, o foco de atenção volta-se para as hipóteses nas quais a Administração passa a ser titular de direito autoral e pretende explorá-lo de forma livre, que se resumem a dois casos: a) software desenvolvido por encomenda da Administração; e b) software derivado a partir de software original livre, que não inclua o *copyleft*.

As hipóteses de aquisição de direitos sobre o software, nas quais o autor já o licencia impondo a obrigação de distribuição do programa a quaisquer terceiros não traz dificuldade, pois constitui cumprimento ao contrato firmado com particular. Também a divulgação de derivações desenvolvidas pela Administração não traz dificuldades quando o licenciamento pelo autor já inclui o *copyleft*, caso no qual, igualmente, essa ação constitui cumprimento ao contrato, sendo, portanto obrigatória. Também não se discute aqui a exploração em regime livre de softwares licenciados para a Administração em regime fechado, hipótese na qual a abertura, pela Administração, é juridicamente impossível, pois cabe ao titular de direito autoral e somente a este determinar seu regime de uso.

Voltemo-nos então para as hipóteses nas quais a Administração detém direito de autor sobre o software e o explora em regime livre, sem que haja obrigação contratual nesse sentido. Estaria a Administração dispondo ilicitamente de bens públicos?

O óbice estaria no caráter indisponível de determinados bens do Estado (bens de uso especial ou de uso comum), ou em restrições legalmente impostas para que se opere a transmissão de bens de seu domínio (bens dominicais). Porém, como vimos na Seção 3.2, a exploração pelo regime livre não significa renúncia, abdicação nem cessão de direitos sobre o software, que continua sob o âmbito de atuação do autor. Ou seja, não há transferência de titularidade sobre o software, que continua a pertencer a propriedade da Administração. Importante portanto repisar a enganiosidade da oposição do termo “livre” ao termo “proprietário”, pois o regime livre é também uma forma de exercício do direito de propriedade, não sua transferência. Portanto se não há alienação, não se coloca qualquer preocupação quanto ao caráter disponível ou indisponível do bem.

Ademais essa forma de exploração dita “livre” atende aos objetivos de descentralização do conhecimento informático e, assim, como vimos na Seção 4, o ato administrativo legitima-se finalisticamente. Dessa forma, em vez de disposição (no sentido de transferência da titularidade ou renúncia à titularidade), há aqui apenas uma forma de uso do software, pela Administração, que é compatível com o interesse público.



E o que ocorre quando a Administração decide explorar o software em regime livre? O impulso inicial estaria em ver o software em regime livre como bem de uso comum, tendo em vista que o uso torna-se, de fato, comunitário. Porém, esse uso condiciona-se à outorga de autorização pelo titular, no caso a Administração, ou seja, usa-se o bem pelo exercício da vontade da Administração e essa vontade impõe obrigações, como o *copyleft*, que, uma vez acordadas pelo usuário, restringem seus direitos. Essas últimas características são incompatíveis com os bens de uso comum.¹⁶⁸ Uma obra literária ou software que caia no domínio público (expirada o prazo de proteção autoral) seria um bem de uso comum, sem quaisquer desses requisitos ou conseqüências, situando-se fora do âmbito de atuação do autor (ressalvados os direitos morais), mas não a obra protegida pelo direito de autor exercido no regime livre.

De qualquer forma, a nota que permite à Administração atribuir, conforme sua discricionariedade, o uso a particular é a compatibilidade com o interesse público.¹⁶⁹ No caso dos softwares de titularidade da Administração deve-se examinar se a sua exploração em regime livre compatibiliza-se com esse interesse, isso é, se é conveniente implementar uma atividade comunitária e recíproca com vistas ao desenvolvimento de determinado conteúdo informático encerrado em um de seus softwares, sopesando-se, em todo caso, se outros interesses públicos contrários não seriam afetados com tal abertura, por exemplo quando a exploração fechada for imperativa por razões de segurança. Havendo conveniência e oportunidade na exploração do software pela Administração, em regime livre, a forma determinada pela legislação específica para essa disposição de direitos é o contrato de licença (Lei 9609/98, art. 9º).

Vale destacar que, caso a Administração decida explorar determinado software em regime livre (decisão discricionária) cada indivíduo passa a ter um direito subjetivo à utilização do programa, oponível à Administração. Esse uso privado, viabilizado pela licença não afeta a isonomia na medida em que vale para todos que desejem utilizar o software. Por essa mesma razão, dispensa a licitação, dado que o uso-não rival é incompatível com um processo competitivo de seleção. Por outro lado, com a determinação do *copyleft*, não se permite que nenhum indivíduo se aproprie de vantagens obtidas a partir do software originário público. Qualquer benefício alcançado continua a ser comunitário.

¹⁶⁸ Cretella Junior, J. *Bens Públicos*, 2ª ed. EUD, 1975, pp.53-54.

¹⁶⁹ Laubadère, *Traité*, 3ª ed., 1963, vol II, p. 181, *apud* Cretella Jr. Op. cit. p. 63.



Uma vez fixado em lei o dever de exploração de qualquer software em regime livre esse direito subjetivo estende-se a qualquer programa. A contratação aqui deixa de ser discricionária e torna-se vinculada com relação a todo aquele que deseje fazer uso do software em qualquer de suas formas.

Uma última questão estaria no poder de império do Estado com relação a esses contratos. Embora possa haver debate quanto a esse ponto, acreditamos que o mesmo teria pouca relevância prática. Ainda que se conclua que o Estado pode revogar as permissões de uso concedidas, o que decorreria de seu poder exorbitante, na prática, o software já terá sido aberto para uma comunidade indeterminada de programadores. Isso significa que o conhecimento deixou de ser próprio. Como o que se protege é a expressão do programa e não seu conhecimento, o mesmo poderia servir de base para a confecção de programas semelhantes. Talvez relevante aqui seja a possibilidade, ainda preservada, pelo Estado de fechar derivações que venha a desenvolver sobre o software, caso essa alteração do regime se justifique para a promoção do interesse público.

7. CONCLUSÃO

A discussão desenvolvida nesse trabalho teve por objetivo traçar alguns fundamentos dogmáticos para a análise do software como bem sobre o qual a Administração Pública adquire e transfere direitos no regime chamado “livre”. Esse regime jurídico que envolve o exercício não exclusivo, mas comunitário e recíproco de direitos autorais trouxe interessantes desafios para sua conceituação jurídica com base nos institutos tradicionais. Aqui, enfrentamos apenas alguns desses desafios, chegando a algumas conclusões relevantes, que merecem destaque:

- a) a distinção entre software livre e software proprietário não se refere a características do produto, mas a regimes jurídicos de uso distintos;
- b) no regime de uso “livre” a extensão dos direitos atribuídos ao licenciado, como copiar, modificar e distribuir, que pressupõe o acesso ao código fonte, permite que esse integre uma atividade cognoscitiva comunitária de desenvolvimento de determinado conteúdo informático;
- c) no regime de uso fechado o licenciado limita-se a estabelecer uma relação de “consumo” do software como simples solução informática;
- d) o regime livre consiste em forma de exercício de direito subjetivo distinta da



clássica, que tem por base a liberdade como autonomia recíproca no acesso à informação e que não só é compatível como pressupõe, ao contrário da clássica, o exercício comum desse direito por terceiros;

- e) o direito subjetivo de autor sobre o software em regime livre tem os seguintes traços fundamentais: (i) o direito de uso sobre o bem é comum, ou seja as vantagens de uso não se opõem a terceiros mas são compartilhadas com terceiros; (ii) o poder para iniciar procedimentos no sentido de proteção dessas vantagens também é comum, (iii) mas somente cabe ao titular do direito a competência para determinar o regime de uso sobre o software e suas derivações;
- f) a disposição de direitos patrimoniais sobre o software em regime livre não implica renúncia a direito subjetivo de autor, na medida em que o software continua sob o âmbito de atuação do autor;
- g) como os atributos “livre” e “proprietário” não se referem a características do produto “software”, mas a regimes jurídico de uso que atendem a finalidades distintas e não comparáveis, a licitação que se defina pela aquisição em regime livre não fere o princípio da isonomia e tem a ver antes com o princípio da eficiência: trata-se da definição do próprio objeto ou da finalidade perseguida pela licitação;
- h) como a exploração do software em regime livre não implica renúncia ou alienação do título de autor, não entra em questão a alienabilidade/inalienabilidade de bens públicos, quando a Administração se decidir por esse regime de uso dos softwares de sua propriedade.

Presidência da República
Casa Civil
Instituto Nacional de Tecnologia da Informação

