

**O SOFTWARE LIVRE SOB A PERSPECTIVA DA INOVAÇÃO
TECNOLÓGICA: CONCEITO, LIMITES E PECULIARIDADES JURÍDICAS.**

**FREE SOFTWARE UNDER THE PERSPECTIVE OF INNOVATION:
DEFINITION, LIMITS AND LEGAL PECULIARITIES**

JOSÉ CARLOS VAZ E DIAS (LLM/PhD Kent – Inglaterra)

Doutor em Direito da Propriedade Intelectual e Investimento Estrangeiro pela Universidade de Kent – Inglaterra. Professor Adjunto em Direito da Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e sócio do escritório Vaz e Dias Advogados & Associados

LUCA SCHIRRU

Advogado especializado em Direito da Propriedade Intelectual. Pós-Graduando no curso de Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestrando em Inovação, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento (PPED-IE) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC).

Resumo

Este artigo aborda questões jurídicas relevantes sobre o uso de softwares não proprietários ou denominados “software livre” ou de código aberto, em vista do uso contínuo desses intangíveis para a inovação tecnológica. Dessa forma, será conceituado o “software livre” e identificados os seus limites e peculiaridades, quanto ao uso e exploração para fins comerciais. Algumas dúvidas surgem quando um desenvolvedor de software utiliza um “software livre” para alcançar um desenvolvimento a ser colocado no mercado ou mesmo utilizar uma biblioteca privada. Assim, alguns questionamentos básicos serão respondidos, tais como: Seria possível a comercialização de software desenvolvido, composto por “software proprietário” e “software livre”? Seria um procedimento reconhecido pelo direito o

desenvolvimento de um software decorrente da transformação criativa e da reelaboração de material intelectual anterior?

Palavras-Chaves: Software Livre. Propriedade Intelectual. Inovação Tecnológica

Abstract

This paper analyses relevant legal issues about the use of non-proprietary softwares or those named “free software” or with open source, in view of the importance to innovation technology. Therefore, “free software” will be defined as well as identified its limits and peculiarities, mainly under the possibility of “free software” for commercial purposes. Therefore, some basic questions will be answered, as follows: Will be possible the commercialization of a developed software comprised by “proprietary software” and “free software”? Would be recognized by law the development of a software derived from the creative transformation and the use of prior intellectual material?

Key Words: Free Software. Intellectual Property. Innovation Technology

1. Introdução

O desenvolvimento de softwares e a prestação de serviços na área da tecnologia da informação são atividades empresárias crescentes no território brasileiro, tendo sido constatado no período de 2003 a 2009 um aumento na criação de sociedades empresárias, na média de 4,3% ao ano¹. Acredita-se ainda que até o final de 2014 serão cerca de 80 mil sociedades empresárias envolvidas no desenvolvimento de software customizáveis, não customizáveis e sob encomenda, no licenciamento de softwares, bem como na prestação de consultorias na área de TI, no suporte técnico e manutenção em software, dentre outras atividades.²

Esse crescimento da indústria de software no Brasil reflete as oportunidades vislumbradas nesta área e a atenção dada pelo governo brasileiro para esta atividade

¹ Associação para Promoção da Excelência do Software Brasileiro (SOFTEX). Software e Serviços de TI. A Indústria Brasileira em Perspectiva. N. 2. Observatório SOFTEX – Campinas. 2012. Disponível em <http://www.softex.br/wp-content/uploads/2013/07/2012-Observatorio-Softex-Industria-Brasileira-Software-Servicos-TI-em-perspectiva-Versao-Completa-Portugues.pdf>. Último acesso em 8 de setembro de 2014.

² Id. Ibidem.

econômica, que entende ser um dos segmentos prioritários³ para posicionar o Brasil como produtor e exportador de tecnologia e serviços de informação tecnológica.⁴

Deve-se relevar neste cenário a existência de um arcabouço jurídico para a promoção de novos desenvolvimentos ou inovação tecnológica, principalmente por meio das alianças estratégicas entre centros públicos de pesquisa e iniciativa privada. Para esse aspecto, ressalta-se a existência da Lei de Inovação Tecnológica (Lei Federal 10.973, de 2 de dezembro de 2004), bem como da Lei do Bem (Lei Federal 11.196, de 21 de novembro de 2005), esta última contempla também incentivos fiscais para as parcerias entre empresários.

Como parte natural do aumento da competitividade na área de software no Brasil e da perspectiva de transações comerciais, tem-se observado um questionamento do sistema tradicional de proteção de software pelo direito da propriedade intelectual. Acredita-se que essa proteção pode criar, por muitas vezes e em um ambiente de inovação tecnológica, situações monopolísticas ou restritivas com impacto negativo em novos desenvolvimentos⁵. Esse seria o caso, por exemplo, de empresários de grande porte que se utilizam do poder dominante do mercado de software, assegurado pelo sistema de propriedade intelectual, para a criação de padrões tecnológicos, o que exige que outros adotem esses padrões e elevem os custos de produção⁶.

Do ponto de vista jurídico, observa-se que o sistema tradicional para a proteção de software, que, por sua vez, tutela os denominados “softwares proprietários” determina a necessidade de os aprimoramentos e novos desenvolvimentos observarem direitos pré-existentes, incluindo a autorização prévia que pode não ser outorgada pelo proprietário.⁷

Com a finalidade de reduzir custos e assegurar uma liberdade maior para a pesquisa e desenvolvimento, tem-se procurado alternativas às restrições proprietárias. Dentre as medidas está a adoção do regime do “software livre” ou da liberdade de uso extensivo de softwares para desenvolvimento e exploração comercial. Tem-se observado que esse tipo de software e aqueles de código aberto permitem a parceria de diversos pesquisadores no desenvolvimento de produtos mais eficientes, estáveis e versáteis.

Essa alternativa vem sendo considerada viável no Brasil, em vista das vantagens do software de código aberto e do “software livre”. A sua relevância justifica-se de maneira

³ DAHER, T.; SALERNO, Mario S. **Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior do Governo Federal (PITCE): Balanço e Perspectivas**. MDIC, 2006. Pág.41

⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Programas Mobilizadores em Áreas Estratégicas. Tecnologias de Informação e Comunicação**. MDIC, 2008. Disponível em: <http://www.pdp.gov.br/Relatorios%20de%20Programas/Agenda%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20origina%20TICs%20com.pdf>. Acesso em 8 de setembro de 2014.

⁵ LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2005. Pág.67.

⁶ Ibid. Págs. 67-68

⁷ HAYNES, Mark A. **Commentary: Black Holes of Innovation in the Software Arts**. Berkeley Technology Law Journal. Vol .14. issue 2. 1999. Págs. 567-575. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol14/iss2/3>.

exemplificativa pela criação do Sistema Nou-Rau⁸, implementado na biblioteca digital da UNICAMP.

Não obstante as vantagens no uso do código aberto e do “software livre”, muitas indagações de ordem jurídica surgem, principalmente quanto à exploração comercial, pois o “software livre” é comumente entendido como gratuito ou utilizável extensivamente por terceiros. Torna-se necessário, assim, esclarecer a natureza jurídica desse tipo de software, principalmente no tocante aos atributos da propriedade que podem ser renunciados pelos criadores/titulares dos novos desenvolvimentos para permitir o livre acesso de terceiros.

De forma mais aprofundada, muitas dúvidas surgem quando um desenvolvedor de software utiliza um “software livre” para alcançar um novo desenvolvimento a ser colocado no mercado ou mesmo ao utilizar uma biblioteca privada⁹.

Seria o “software livre” comercializável, por meio do licenciamento de direitos e disponibilização onerosa ao público? Seria considerado “livre” um software conjugado de esforços intelectuais de várias pessoas e da compilação de softwares pré-existentes e de determinadas bibliotecas, utilizando uma base livre (sejam esses proprietários e/ou disponibilizados livremente no mercado)? Pode ele ser comercializado onerosamente? Qual é a diferença entre software livre e software de código aberto?

Esse artigo tem por objetivo definir o “software livre”, estabelecer os seus parâmetros, bem como abordar as peculiaridades relativas à comercialização de softwares compostos por “proprietários” e “software ou biblioteca livre”. Mais especificamente, será oportunamente questionada a possibilidade de um “software livre” composto por “softwares proprietários” e bibliotecas privadas franquear posteriormente o livre acesso e exploração para terceiros, ou mesmo cobrar por isso. Estaria o “software livre” violando os princípios do software proprietário, baseados na autorização prévia para exploração comercial ou não comercial? Estaria o software proprietário violando as regras do livre acesso aos softwares disponibilizados em plataformas livres? Seria um procedimento reconhecido pelo direito o desenvolvimento de um software decorrente da transformação criativa e da reelaboração de material intelectual anterior?

⁸ Segundo o pesquisador Rubens Queiroz, o sistema Nou-Rau “consiste em programas em PHP que se ligam a diversos outros programas já existentes, como o banco de dados PostgreSQL.” Ainda, “o sistema Nou-Rau, em termos percentuais, representa 0,21% do total. Em outras palavras, a criação de um sistema que em maio de 2004 abrigava cerca de 7,5 GB de documentos, entre os quais 2.833 teses e dissertações defendidas na Unicamp, representando o trabalho árduo de pesquisa de milhares de alunos e seus orientadores, integralmente disponível na internet, para qualquer pessoa, indistintamente, requereu para sua criação apenas 0,21% de esforço adicional sobre componentes já existentes. O impacto de todo esse conhecimento, que a Unicamp e outras universidades estão publicando na internet, é difícil de ser mensurado.” QUEIROZ, Rubens. ***Liberdade para o Software? Software Livre e Inovação.*** Reportagem no site www.comciencia.br. 2004. Disponível em <http://www.comciencia.br/200406/reportagens/11.shtml>. Acesso em 23 de junho de 2014. Para mais informações a respeito desse sistema, acesse: <http://www.comciencia.br/200406/reportagens/11.shtml>.

⁹ Biblioteca na concepção de “desenvolvimento de softwares” pode ser entendido como conjunto de funções de software ou dados preparados para ser convenientemente ligados aos programas de aplicação para formar executáveis;

Essas serão alguns dos questionamentos a serem abordados pelo presente artigo. Para tanto, esse trabalho foi dividido em 5 seções específicas e distintas, mas intimamente relacionadas, além desta introdução. Na segunda seção, será apresentado o conceito de software e a diferenciação básica com o programa de computador, relevando-se que essa diferenciação objetiva explicitar os cuidados em averiguar os direitos proprietários incidentes, como o sistema de patente, e a necessidade de buscar as autorizações devidas. No terceiro e quarto capítulos, serão identificados os atributos proprietários do software e quais serão os direitos que o titular poderá exercer, de forma a facilitar a compreensão do “software livre” como flexibilização à propriedade, já que o “software livre” é considerado uma forma de exploração peculiar e se contrapõe ao “software proprietário”. Ainda, aspectos específicos serão abordados quanto à diferenciação entre “software livre” e o código aberto e a incidências das legislações pertinentes.

No capítulo quinto, os pactos colaborativos para o desenvolvimento de software serão discutidos e no capítulo sexto a Licença GNU GPL (como a licença mais utilizada pela Free software Foundation) será analisada sob perspectiva do direito privado brasileiro e das normas de ordem pública, como o direito do consumidor.

Enfim, o foco jurídico a ocorrer será quanto à validade do uso de “software livre” para fins de desenvolvimento de novo software com caráter essencialmente comercial.

Em vista das discussões identificadas pelo presente artigo, serão utilizadas algumas fontes doutrinárias especializadas no assunto, bem como os textos legais competentes, como a Lei nº 9.609/98 (Lei de Software), a Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), a Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial) e a Constituição Federal e o atual Código Civil.

2. Conceito de Software e Diferenças com a Terminologia “Programa de Computador”

Cumprir apontar uma imprecisão terminológica comum cometida no mundo empresarial ou por aqueles que não trabalham diretamente com assuntos relacionados ao software, e até mesmo encontrada na jurisprudência, decorrente da confusão entre os conceitos de software e programa de computador.

O software e o programa de computador são utilizados como sinônimos, mas apresentam na verdade distinções quando analisados sob a perspectiva jurídica. A diferenciação entre eles é importante, pois será possível determinar quais serão as tutelas jurídicas para cada bem imaterial e os cuidados que os criadores desses bens intangíveis deverão tomar para não violar direitos de outrem. Ainda, a utilização desautorizada de software pré-existente para novos desenvolvimentos pode caracterizar infração patentária ou mesmo a violação de conhecimentos técnicos confidenciais, mesmo quando inexistir transgressão ao código fonte e violação às leis autorais.

Ainda, nesta perspectiva, indaga-se se o denominado “software livre” seria efetivamente um conjunto de informações composto pelo programa de computador e

metodologia de operação e documentação completa de operacionalização ou um programa de computador? Não se pode falar sobre um “software livre” sem que sejam verificadas infrações aos direitos da propriedade intelectual de terceiros, bem como violações no âmbito contratual ou decorrentes das avenças assumidas pelos desenvolvedores.

Pode-se afirmar desde já que o programa de computador em si está inserido no conceito de software, mas a recíproca não é verdadeira

A Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 cuidou de dispor sobre a proteção da propriedade intelectual aos programas de computador, sua comercialização no País e outros aspectos relacionados a essas obras. Dessa forma, o art. 1º da Lei nº 9.609/98 trouxe o conceito de Programa de Computador, conforme se observa abaixo:

“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.”¹⁰

Neste raciocínio, o programa de computador é um conjunto de instruções ou um esquema que permite a leitura de códigos matemáticos em uma linguagem apreciável e compreendida pelos seres humano. Por ser **expressão de um conjunto organizado de instruções ou linguagem**, procurou-se aproximar o programa de computador às obras intelectuais, principalmente as literárias. Por essa razão, foram apresentados elementos do direito autoral às peculiaridades desse bem intangível, bem como adotada uma lei específica para tratar da matéria, qual seja a mencionada Lei 9.609/1998.¹¹ Inclusive, em seu artigo 2º., fica determinado que o regime de proteção ao programa de computador é o conferido às obras literárias, aplicando-se analogicamente a Lei de Direitos Autorais¹², naquilo que foi cabível em vista da prevalência da Lei de Programa de Computador.

Já o software é, conforme o doutrinador Manoel Joaquim Pereira dos Santos, “*o conjunto formado não só pelo programa de computador, mas também pela metodologia de operação, pela documentação completa e, eventualmente, por outros elementos relacionados com o programa de computador*”.¹³

Isso significa que o software compreende a expressão do conjunto organizado de instruções (programa de computador) e os manuais e informações técnicas, bem como funcionalidades.¹⁴

¹⁰ Lei de Programa de Computador: Lei nº 9609, de 19 de fevereiro de 1998.

¹¹ O presente trabalho não abordará as discussões que levaram os legisladores brasileiros a utilizarem o direito autoral como base de sustentação para a proteção dos programas de computador. Para esse assunto, ver as discussões em ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Ed. Renovar. 2ª. edição. 1997. Rio de Janeiro. Págs. 665 a 672.

¹² Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

¹³ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A proteção autoral de programas de computador. Coleção Propriedade Intelectual** Org. Denis Borges Barbosa. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. Pág. 3

¹⁴ Entende-se inclusive que o grau de interação do software com o ambiente externo, bem como o processo de interação, por meio do efeito técnico nos hardwares e maquinários, são determinantes

Mais ainda, conforme bem apontado por Manoel Joaquim Pereira dos Santos, a doutrina diverge sobre o conceito de software, ou seja, enquanto “*alguns se referem apenas ao programa e à documentação, outros incluem as informações técnicas, a metodologia e as funcionalidades e, finalmente, alguns adicionam também a base de dados*”¹⁵

Nesta perspectiva, os aspectos tecnológicos em si que estão incorporados à instrução do programa executável (programa de computador) e que abrange a documentação técnica do programa e funcionalidades ultrapassam o conceito de programa de computador, determinado pela Lei 9.609/98, e classifica-se como software.

Assim, adotamos o entendimento de Denis Borges Barbosa¹⁶ que, de forma objetiva, conceitua o Software da seguinte forma:

“Ter-se-ia, assim, o programa de computador propriamente dito (o conjunto de instruções para comandar a máquina) e uma série de dados e serviços complementares, compreendendo-se o todo na noção de software. Tal definição faz evidente a ligação do software com os meios usuais de transmissão de tecnologia: além das instruções de máquinas haveria as instruções dirigidas ao receptor humano, e o todo seria o software”¹⁷.”

Mesmo não sendo o objetivo do presente do trabalho analisar ou realizar um processo comparativo entre os diferentes conceitos de software adotados pela doutrina especializada, releva-se desde já que a conceituação “software livre” adotada pelo presente artigo se distingue do programa de computador. Releva-se assim a importância em realizar sempre uma pesquisa de viabilidade de patente ou “busca de patente”, quando do processo de desenvolvimento de softwares, de forma a constatar a existência ou não de possíveis violações de patentes pré-existentes, visto que o software comporta conhecimentos técnicos e metodologias de operação.

Conforme já apontado acima, a distinção conceitual entre “programa de computador” e “software” é relevante, inclusive, para determinar a forma de proteção dos direitos ali

para que um software possa ou não ser objeto de patente, respeitando-se sempre o atendimento aos requisitos de patentabilidade (novidade, atividade inventiva e aplicabilidade industrial). Vide ADELMAN et al. *Cases and Materials on Patent Law*. West Group. Minnesota. 1998. Pág. 105. “Proponents of software patents appreciate that computer engineers necessarily design electronic circuits and the software to command them using mathematical models, but urge that the results are more akin to functional machines than abstract formulae”. Ver também o caso *Diamond v. Dieher* (United States Supreme Court, 1981. 450 U.S 175) e outras decisões nos Estados Unidos.

¹⁵ Op. Cit. 13. Pág. 4.

¹⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual. A proteção do Software. Do sigilo dos testes para registro de comercialização. Topografia de circuitos integrados*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010. Pg. 1851.

¹⁷ Segundo o autor: “Uma vez mais o documento da OMPI citado acima: “La caractéristique essentielle de cette définition est que “logiciel” n’est pas identique à “programme d’ordinateur”. Un programme d’ordinateur n’est que l’ensemble d’instructions qui permet de commander le fonctionnement d’un ordinateur (“machine capable de faire du traitement de l’information”), d’une façon déterminée”. Id. Ibidem.

dispostos. Cumpre aqui destacar desde logo que um sistema de proteção não necessariamente exclui o outro, mas, muitas vezes o complementa.

Valemo-nos aqui da lição de Manoel Joaquim Pereira dos Santos, que divide os tipos de proteção pela propriedade imaterial em 2 grupos: perspectiva técnica e a concorrencial¹⁸. Do ponto de vista técnico, a proteção do software pode ser englobada pelas seguintes proteções imateriais decorrentes do direito de propriedade:

i) **Patente:** Protege os conhecimentos tecnológicos e metodologias técnicas implementadas, total ou parcial, pelo “software”, desde que tal invenção cumpra com os requisitos de patentabilidade, quais sejam: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial¹⁹;

ii) **Direito Autoral:** Protege a forma como foi escrita e a expressão do conjunto organizado de instrução. Consequentemente, essa forma de tutela alcança o código fonte e o código objeto (“código executável”), ou seja os elementos expressivos criativos do software, objeto, desde que tal expressão seja original e não puramente funcional²⁰ ou que não esteja sujeita a outras limitações do Direito Autoral;

iii) **Segredo de Negócio (“trade secrets”):** Protege qualquer aspecto do software, desde que não seja divulgada e que a informação confidencial traga para o empresário uma vantagem comercial²¹;

Sob o ponto de vista concorrencial e consumerista, a proteção do software ocorrerá por meio do direito marcário com a identificação comercial do software desenvolvido²². Vislumbra-se também a proteção concorrencial, por meio do uso das leis e regras de combate à concorrência desleal (proteção contra a imitação, principalmente quanto à aparência e no modo de funcionamento) e o direito antitruste²³.

Isso quer dizer que o software pode ser protegido por mais de um instituto jurídico, sendo que os aspectos visuais, funcionais, técnicos ou econômicos podem se enquadrar às regras do sistema de patente, o segredo de negócio e até mesmo pelo sistema marcário. Ao mesmo tempo, o código fonte ou o conjunto de instruções para comandar as máquinas estão relacionadas à tutela da lei de programa de computador. Ainda, os manuais escritos e embalagem dos programas podem ser protegidos pelo Direito autoral, desde que cumpram com os requisitos mínimos de criatividade e novidade para garantir tal proteção.

Não obstante as diversas formas de proteção listadas acima, observa-se uma maior concentração nos estudos e debates sobre as proteções exclusivas garantidas pelo Direito do Autor e pelo sistema de patentes.

Segundo Denis Borges Barbosa²⁴, o sistema trazido pela Lei nº 9.609/98 se refere à proteção especial assegurada ao programa de computador, que se complementa pelas normas autorais gerais. Já o sistema de patentes de invenção protege “*soluções técnicas construídas*

¹⁸ Op. Cit. 13. Pág. 65-66

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid..

²² Ibid. Pág. 66

²³ Ibid. Pág. 67

²⁴ Op. Cit. 16. Pág. 1849.

através de programas de computador, soluções essas que se voltam a problemas técnicos; ou seja, a inventos de software.”²⁵

Mais uma vez, cabe destacar que ambas proteções não se excluem necessariamente, havendo a possibilidade de se complementarem, em muitas das vezes, pelo fato da proteção de diferentes aspectos do software.

3. Proteção Jurídica do Software e os Atributos da Propriedade

A Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 foi promulgada para proteger os programas de computador pelo direito da propriedade intelectual, baseada na expressão de instruções em linguagem natural ou codificada, em um meio físico de qualquer natureza.

Conforme observado no Item 2 do presente artigo, existe uma equiparação do programa de computador às obras protegidas pelo direito autoral, incluindo principalmente a perspectiva de a proteção nascer com a sua criação. Assim, a tutela conferida para os programas de computador e também ao software independem de registro, na medida em que faz prevalecer o Princípio Declaratório, não constituindo o eventual registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI)²⁶ como criador da propriedade.

Não obstante os efeitos limitados do registro, os titulares de programas de computador vêm buscando o registro como um meio de prova da autoria/titularidade dos direitos ou para conferir uma segurança jurídica aos negócios, seja por meio da publicação ou de prova de criação do programa.

Desse modo, a criação ou desenvolvimento do programa e software é caracterizado pela legislação brasileira como o início da proteção, nascendo assim os atributos patrimoniais e políticos decorrentes dos direitos da propriedade intelectual ou da proteção específica. Os atributos da propriedade compõem-se de faculdades asseguradas aos titulares que recaem direta e imediatamente sobre os bens jurídicos envolvidos, sujeitando-os de modo ao poder de sua vontade. Isso significa que o titular do direito pode usar e dispor do bem jurídico como entender, sem que haja dependência da prestação de ações por parte de outras pessoas.²⁷

Essas faculdades inerentes à propriedade podem ser explicitadas sob a perspectiva estrutural e a funcional. A estrutura dos atributos pode ser dividida em econômica e jurídica, sendo que a econômica²⁸ reflete na possibilidade de o titular explorar o bem jurídico e perceber remuneração por essa exploração.

A possibilidade de o titular usufruir, gozar e dispor do bem envolvido pode ser claramente observada no direito da propriedade intelectual, quando o seu inventor/autor

²⁵ Ibid.

²⁶ Instrução Normativa no. 11/2013, emitida pelo INPI em 18 de março de 2013, que “estabelece normas e procedimentos relativos ao registro de programas de computador”.

²⁷ TEPELINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. Revista Forense. Vol. 306. Págs. 73 a 75.

²⁸ Idem. Ibidem.

utiliza e explora diretamente a criação intelectual e os frutos que essa gera, ou mesmo quando ocorre o licenciamento desses direitos a terceiros, relevando sempre a normalidade lógica do emprego da coisa.²⁹

Já a perspectiva funcional atrela-se à necessidade de qualquer bem de propriedade atender a função social, que pode ser entendida como a disponibilização adequada do bem jurídico para a população.³⁰

Os atributos no direito da propriedade intelectual são idênticos àqueles exercidos pela exploração corpórea (concepção material), sendo que a única diferença essencial está em relação à natureza do seu objeto, que é **imaterial**. A imaterialidade sofre naturalmente as limitações inerentes ao seu conteúdo, pela impossibilidade da percepção pelo tato, tal como a temporalidade da propriedade, que obedece aos períodos de validade estipulados em lei.

A perspectiva jurídica traduz-se na possibilidade de o titular do bem jurídico reaver a coisa (*rei vindicatio*) do terceiro que o utiliza indevidamente, garantindo a exclusividade sobre o seu uso, ou seja, a exclusão total de terceiros desautorizados em utilizar a obra intelectual. Neste ponto, ressalta-se a disponibilidade dos instrumentos processuais aos titulares de direito da propriedade intelectual, sejam por meio das ações possessórias e reivindicatórias constantes no Código de Processo Civil.

Nesta perspectiva, é observado que os elementos e a estrutura delimitadora do direito sobre as criações intelectuais se inserem adequadamente nos contornos elementares da propriedade privada, pois estabelecem a existência e o exercício do bem jurídico envolvido em uma relação direta com o titular do direito. Além disso, asseguram ao seu titular o direito de buscar a tutela do direito para fazer com que terceiros indesejáveis cessem de utilizar aquela determina obra, seja por meio de procedimentos extrajudiciais (mediação ou negociações) ou por medidas judiciais.

4. SOFTWARE LIVRE E A EXCEÇÃO PROPRIETÁRIA

Ao contrário do software proprietário, o “software livre”³¹ tem como característica a flexibilização dos atributos patrimoniais e políticos da propriedade, por meio da autorização expressa dos criadores/titulares para o uso por terceiros, por quaisquer meios, incluindo a exploração comercial, a distribuição e o desenvolvimento, sem a necessidade de pagamento de qualquer remuneração aos criadores do programa ou software primário

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. IV. Ed. Forense. 2004. Págs. 89 a 97.

³⁰ A perspectiva funcional foge ao escopo do presente artigo, mas traduz-se brevemente na necessidade de o exercício do bem jurídico atender o bem estar social. No direito da propriedade intelectual, por exemplo no caso da patente, entende-se que a função social encontra-se atendida quando o produto patenteado é colocado no mercado de maneira a preencher a demanda da população ou quando explorado e colocado no mercado, ou seja, quando as reivindicações da patente sejam exploradas eficazmente.

³¹ O “Software Livre” será equiparado para o presente trabalho como programa de computador livre, para facilitar a compreensão do conteúdo jurídico abordado.

Segundo a Free Software Foundation³², “software livre” é todo o software que garante ao usuário a liberdade de executar, copiar, distribuir, estudar, mudar e melhorar o software. Portanto, o “software livre” não é necessariamente o gratuito, não é o software de código aberto e, acima de tudo, não é um software desprovido de tutela pelo direito autoral.

Todas as negativas acima expostas serão explicadas no decorrer do presente trabalho, por se tratarem de enganos comumente cometidos por aqueles que não tiveram contato com a filosofia proposta por Richard Stallman. Para o presente momento, cumpre elencar as quatro liberdades trazidas pela Free Software Foundation quando da identificação a respeito do caráter livre de um software. Assim, um programa é software livre se os usuários possuem, conjuntamente, as quatro liberdades essenciais³³:

“A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito (liberdade 0).

A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo às suas necessidades (liberdade 1). Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.

A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao próximo (liberdade 2).

A liberdade de distribuir cópias de suas versões modificadas a outros (liberdade 3). Desta forma, você pode dar a toda comunidade a chance de beneficiar de suas mudanças. Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.”

Qualquer programa que não atenda alguma das características acima não pode ser considerado software livre.

O desenvolvimento comercial de “software livre” passou a ser uma importante forma de negócio. Inclusive, o Programa Livre pode ser comercializado juntamente com manuais, apostilas e materiais acessórios para o melhor uso e aproveitamento desse software.

Ainda, uma prática adotada por empresários que tem focado no desenvolvimento de softwares livres é o desenvolvimento de programas e sistemas operacionais adequados às necessidades específicas dos seus clientes. Com isso, são adicionados softwares proprietários e de outra natureza, o que não é impedido por lei. No entanto, caso uma determinada licença ou software venha a impedir o usuário de exercer alguma das liberdades acima ou a condicionar a algum período temporal ou condição, o software não será considerado “livre”³⁴, mesmo que gratuito.³⁵

³² Free Software Foundation. O que é Software Livre? Disponível em <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>. Acesso em 10 de julho de 2014.

³³ <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html>

³⁴ Ibid.

³⁵ Essa hipótese não quer dizer que, caso não seja considerado livre o software será essencialmente proprietários, pois poderá ser classificado como “Software de Código Aberto”.

Outros empresários disponibilizam também um software livre sem a cláusula de inexistência de garantia sobre o funcionamento do software, prestando suporte e assistência técnica como uma forma de utilizar o “software livre” de maneira comercial.

Independentemente de ter pago pela cópia de um software livre ou não, o usuário deve ter sempre a liberdade para copiar, alterar e até mesmo comercializar cópias deste software.³⁶

Regras sobre como empacotar uma versão modificada são aceitáveis, se elas não limitarem substantivamente a liberdade de liberar versões modificadas, ou a liberdade de criar e usar modificações.³⁷

Será considerado ainda “software livre” aquele em que a licença solicite a alteração do nome do programa na versão modificada, seja removida uma logomarca ou até mesmo identifique as modificações realizadas.

Dessa forma, a essência do “software livre” é ter as 4 (quatro) liberdades essenciais garantidas ou que, do ponto de vista jurídico, seria a flexibilização dos atributos assegurados pela propriedade intelectual que decorre da criação do software.

O que certamente não pode ocorrer é a restrição de qualquer das liberdades essenciais ao ponto de impedir ou constituir um empecilho à distribuição das alterações realizadas no software,³⁸ o que certamente retiraria o software da caracterização como livre.

Para um melhor entendimento do que vem a ser “software livre”, entendemos ser relevante o esclarecimento de três questões, que são essenciais para o entendimento do conceito de “Software Livre”:

- Software Livre não significa “não comercial”;
- Software Livre não é Software de código aberto;
- Software Livre está sujeito à proteção pelo Direito Autoral.

(a) “Software livre” não significa “não comercial” - Um equívoco comum cometido é associar o conceito de “software livre” à ideia de gratuidade e de uso não comercial. Em inglês o termo para “software livre” é “Free Software”, mas o termo “Free” equipara-se ao conceito de “liberdade” e não de “gratuidade”.³⁹

Deve-se reconhecer a existência de inúmeros interesses de caráter não-econômico associados à atividade colaborativa relativa ao “software livre”, bem como a outras plataformas colaborativas como o Wikipedia, tais como:⁴⁰ o interesse de contribuir para a promoção da cultura e da sociedade ou de participar de iniciativas de impacto mundial, o propósito de promover o entretenimento, além de aspectos de natureza política, científica, dentre outros.

³⁶ Op. Cit. 33.

³⁷ Id. Ibid.

³⁸ Id. Ibid.

³⁹ Free Software Foundation. Vender Software Livre. Disponível em <http://www.gnu.org/philosophy/selling.html>. Acesso em 11 de junho de 2014.

⁴⁰ . Op. Cit. 5. Págs. 80-82

No entanto, a confusão do “software livre” com a noção de gratuidade ou de software com inexistência de fins comerciais existe, mas é incorreta. Na verdade, a exploração comercial do “software livre” é incentivada e é entendida até como uma ferramenta ou negócio comercial eficaz que permite ao titular a percepção pecuniária pelo trabalho desenvolvido.⁴¹

Ou seja, muitas das vezes um software poderá ser obtido de graça, mas não ser livre, pois o usuário não possui as liberdades essenciais para que o software seja caracterizado como livre. Por outro lado, um software livre pode ser comercializado e gerar lucros para aquele que o comercializa.

Independentemente de ter pago ou não pela cópia de um “software livre”, o usuário deve ter sempre a liberdade para copiar, alterar e até mesmo comercializar cópias deste software.⁴²

(b) Software Livre não é Software de código aberto – A segunda assertiva que deve ser analisada é aquela que afirma que o “Software Livre” é a mesma coisa que o software de código aberto. Sob o ponto de vista filosófico e teórico, tal assertiva é incorreta, não obstante o fato de que, na prática, os “software livres” são necessariamente de código aberto.

Ressalta-se que, do ponto de vista técnico e mais uma vez, um programa é software livre se os usuários possuem as quatro liberdades essenciais⁴³. Qualquer programa que não atenda as características acima não pode ser considerado “livre”, mas poderia ser um “software de código aberto”.

O movimento do “código aberto” se iniciou a partir de usuários e desenvolvedores de “software livre” que não concordaram integralmente com os objetivos do movimento Software Livre⁴⁴. Ambas as filosofias não se diferem apenas no nome, mas também em suas visões, consideradas distintas.

Para melhor explicitar as diferenças conceituais entre “software livre” e “código aberto”, citamos Richard Stallman da seguinte forma:⁴⁵

⁴¹ Ronaldo Lemos destaca quatro modelos de negócio envolvendo o software livre: “(i) Distribuição do software livre, acompanhado da posterior venda de suporte a ele (como usualmente mencionado nos Estados Unidos, “distribua a receita e depois abra um restaurante”), ou ainda adaptação do software livre conforme a necessidade do cliente; (ii) Conquista de mercado, pela qual determinado software é distribuído na forma “livre”, para posterior venda de outros produtos vinculados a ele; (iii) Incorporação do software livre junto com a venda de hardware, barateando custos de licença e o preço final do equipamento como um todo; (iv) Oferecimento de produtos acessórios ao software livre, como cursos, livros, treinamento, desenvolvimento etc.” Idem. Pág. 76.

⁴² <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html>

⁴³ Id. Ibid.

⁴⁴ STALLMAN, Richard. Por que o Código Aberto não compartilha dos objetivos do Software Livre. Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>. Acesso em 28 de junho de 2014.

⁴⁵ Id. Ibid.

“Quase todo software de código aberto é software livre. Os dois termos descrevem quase a mesma categoria de software, porém eles apoiam visões baseadas em valores fundamentalmente diferentes. O código aberto é uma metodologia de desenvolvimento; o software livre é um movimento social. Para o movimento do software livre, o software livre é um imperativo ético, pois apenas o software livre respeita a liberdade dos usuários. Em contrapartida, a filosofia do código aberto considera os problemas em termos de como tornar o software “melhor” — e apenas num sentido prático. Ela diz que o software não-livre é uma solução inferior para o problema prático em questão. Para o movimento do software livre, contudo, o software não-livre é um problema social e a solução é parar de usá-lo e migrar para o software livre.”

O Conceito de “software livre” se difere do conceito de software de código aberto, que, como definido no website da Open Source Initiative⁴⁶, “Open Source” (ou Código Aberto) não quer dizer apenas acesso ao código fonte mas sim a distribuição de software de código aberto que cumpra com os seguintes critérios: (i) Redistribuição Gratuita; (ii) Disponibilização do código fonte ou de meios para se acessar o Código Fonte; (iii) Permissibilidade do desenvolvimento de Obras Derivadas e modificações no software; (iv) Integridade do Código Fonte do Autor; (v) Não discriminação a quaisquer pessoas ou grupos; (vi) Não discriminação contra qualquer campo de atuação; (vii) os Direitos relativos ao programa deverão se aplicar a todos que forem beneficiados com a distribuição do mesmo; (viii) A Licença não pode ser específica a um determinado Produto; (ix) a Licença não poderá restringir outros softwares distribuídos juntamente com o software licenciado; (x) a Licença deverá ser tecnologicamente neutra⁴⁷.

Ainda, diferem-se ambas as filosofias no que concerne aos seus objetivos: os objetivos da Free Software Foundation são, primariamente, sociais e políticos e não técnicos e econômicos, pois os seus criadores entendem que o “software livre” é a única forma adequada para desenvolver softwares.⁴⁸ Por outro lado, a Open Source Initiative está focada no desenvolvimento de softwares mais confiáveis, de melhor desempenho e compatíveis com os interesses do mercado.⁴⁹ A ideia por trás do movimento Open Source seria que, a partir do momento que os programadores pudessem ter acesso, alterar e redistribuir o código fonte, o software evoluiria por meio da contribuição de terceiros para a sua adaptação e melhoramento, incluindo correção de bugs e outros.⁵⁰

Em suma, enquanto a Free Software Foundation mantém uma aderência quase que religiosa aos princípios éticos da doutrina do software livre, a Open Source Initiative (OSI)

⁴⁶ Veja mais em: <http://opensource.org/osd>.

⁴⁷ Os critérios aqui mencionados foram descritos de maneira sintética, para mais informações a respeito de cada critério, visite: <http://opensource.org/osd>

⁴⁸ MOGLEN, Eben; STALLMAN, Richard. GPL Version 3; Background to Adoption. Publicado em 09 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.fsf.org/news/gpl3.html>. Acesso em 02 de julho de 2014

⁴⁹ SAYO, Phet; WONG, Kenneth. **Free/Open Source Software: A General Introduction**. Published by the United Nations Development Programme's Asia-Pacific Development Information Programme (UNDP-APDIP). Kuala Lumpur, Malaysia. 2004. Pág. 7

⁵⁰ Ibid.. Pág. 6

prega uma abordagem mais pragmática do desenvolvimento de Software⁵¹. Ainda de acordo com Asay,⁵² a Licença GPLv3 – que será alvo de comentários específicos no presente trabalho – ressalta algumas das diferenças filosóficas de ambos os grupos, principalmente em suas cláusulas Anti-DRM.

Asay,⁵³ seguindo o entendimento de Richard Stallman, aponta que, enquanto todos os Softwares Livres podem ser classificados como Softwares de Código Aberto, nem todos os Softwares de Código Aberto podem ser classificados como Softwares Livres. Isso porque nem todos os Softwares de Código Aberto concedem as liberdades essenciais pregadas pelo Movimento Software Livre aos seus usuários.

Entretanto, a partir de uma perspectiva prática, Asay⁵⁴ demonstra que, no momento de sua pesquisa, foram identificadas apenas três das licenças de Código Aberto com a aprovação da OSI que não se qualificam como Softwares Livres. Enquanto isso, ressalta o autor que licenças mais importantes são aprovadas por ambos os grupos – FSF e OSI – como é o caso da Berkeley Software Distribution License (BSD), Mozilla Public License (MPL) e a licença GPLv2⁵⁵.

A discussão a respeito das similitudes e diferenças dos movimentos FSF e OSI, segundo Moglen,⁵⁶ não devem ser encaradas como uma ameaça ao software livre no futuro, haja vista que a ideia do software livre está imbrincada na Sociedade da Internet⁵⁷. Moglen (2000) destaca que, não obstante as suas diferenças, ambas FSF e OSI defendem e encorajam o software que pode ser livremente modificado e redistribuído pelos seus usuários.

Outra valiosa lição trazida por Richard Stallman⁵⁸ na distinção conceitual entre software livre e software de código aberto é que o software de código aberto não necessariamente afasta o uso da licença GNU GPL e que o Software Livre não pode ser descrito por ser aquele coberto pela licença GNU GPL.⁵⁹

Nesse ponto, ressalta-se, mais uma vez, o entendimento de Richard Stallman ao entender que: “Ambos são equívocos, visto que a GNU GPL qualifica-se como uma licença código aberto e a maioria das licenças de código aberto qualificam-se como licenças de software livre.”⁶⁰

⁵¹ ASAY, Clark D. **The General Public License Version 3.0: Making or breaking the Foss Movement?** Michigan Telecommunications and Technology Law Review. Vol. 14. N. 2. 2008. Pág. 267

⁵² Ibid. Pág. 267

⁵³ Ibid. Págs. 272-273

⁵⁴ Ibid. Pág. 273

⁵⁵ Ibid. Pag. 273

⁵⁶ MOGLEN, Eben. **Free Software Matters: Free Software or Open Source. 2000.** Disponível em http://emoglen.law.columbia.edu/my_pubs/lu-07.html. Acesso em 02 de julho de 2014.

⁵⁷ Tradução livre do termo “Internet Society” utilizado por Moglen (2000).

⁵⁸ STALLMAN, Richard. **Por que o Código Aberto não compartilha dos objetivos do Software Livre.** Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>. Acesso em 28 de junho de 2014.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

Não obstante, ambos movimentos decorrem da necessidade de rompimento do paradigma dos softwares proprietários ou restrições exacerbadas e vem sendo utilizado inclusive por grandes corporações, como a IBM, HP e DELL para dar seguimentos aos seus desenvolvimentos.⁶¹

(c) Software Livre está sujeito à proteção pelo Direito Autoral – O que se busca explicitar neste item é que o “software livre”, ao contrário do que a sua nomenclatura possa vir a sugerir, não está livre da regulação legal. O “software livre” está diretamente relacionado a preceitos constitucionais, bem como se manifesta como um fenômeno passível de regulação também pelo direito privado. Isso significa que as Licenças não substituem o Direito Autoral.

Isso ocorre pelo fato de a propriedade sobre os softwares ou programas de computadores surgirem e serem asseguradas quando da criação da obra intelectual, conforme disposto pelo §3º. do art. 2º. da Lei 9.609/98, por exemplo. Assim, cabem aos criadores/titulares, por livre arbítrio, determinarem posteriormente se o software desenvolvido será proprietário ou livre, permitindo o uso extensivo por usuários e desenvolvedores.

A prática de um empresário em desenvolver e manter um software proprietário, essencialmente a partir de um software livre (resguardado, por exemplo, pela Licença GNU GPL) é caracterizado como uma violação de ordem contratual, podendo inclusive gerar perdas e danos. Portanto, a partir do momento que o “software livre” passa a ser objeto de tutela pelo direito autoral, é plenamente possível que a violação dos direitos inerentes a esse software seja considerada violação autoral.

Conforme bem aponta Ronaldo Lemos, a violação aos direitos autorais, no caso de “software livre”, ocorre com a violação da disposição do ‘copyleft’ de uma licença. Isto é, quando algum indivíduo tenta transformar um software em regime de “copyleft” para o regime de direito autoral.⁶²

A violação, nesse caso específico, ocorreria em vista do desrespeito aos termos da Licença que define que todo o software desenvolvido a partir de um software com a Licença GNU GPL deverá conter as mesmas liberdades que o software sobre o qual foi desenvolvido o novo software.

Mas o que seria o Copyleft? Segundo a Free Software Foundation,⁶³ sob o “Copyleft”, qualquer um que venha a distribuir um software, com ou sem modificações, deve passar adiante a liberdade de copiar e modificar novamente o programa. O “copyleft” garante, assim, que todos os usuários da cadeia de distribuição de um software livre tenham as liberdades.

A concepção de que o “software livre” é protegido pelo Direito Autoral já foi internalizada no Brasil, conforme se pode observar do estudo comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação⁶⁴ sobre “software livre“, que destacou que o

⁶¹ KAPCZYNSKI, Amy. **The access to knowledge mobilization and the new politics of intellectual property**. 117 Yale Law Journal. 804. 2007/2008. Págs. 829-831.

⁶² Op. Cit. 5. Pág. 72.

⁶³ Para mais informações a respeito do Copyleft: <https://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html>.

⁶⁴ FALCÃO, J.; JUNIOR, T. S. F.; LEMOS, R.; MARANHÃO, J.; SOUSA, C. A. P.; SENNA, E. **Estudo Sobre o Software Livre. Comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação**. Rio de Janeiro, 18

licenciamento em “software livre” é “*uma modalidade de exercício dos direitos do autor do software através de uma licença jurídica*”.

Dessa forma, no momento que um titular de direitos autorais licencia seu software sob uma perspectiva livre, também denominada licença livre, ele está usufruindo dos seus direitos de autor através do condicionamento da fruição desses direitos por terceiros, de forma a perpetuar as quatro liberdades fundamentais do “software livre”.

Inclusive, pode-se afirmar que a atuação do Direito Autoral no “software livre” se dá através de um duplo exercício: da liberdade de criar e usar um determinado software e o compromisso de permitir este uso e criação para terceiros.⁶⁵ Ainda, ao tratar da relação entre “software livre”, a Lei deve-se atentar também para a relação do “software livre” com princípios constitucionalmente previstos, tais como: (i) princípio democrático⁶⁶; (ii) princípio da publicidade⁶⁷; (iii) princípio da função social da propriedade⁶⁸ e (iv) princípio da soberania⁶⁹. Além desses princípios, outros Direitos Fundamentais são utilizados como fundamento para uma maior abertura do código e, conseqüentemente, do acesso, como é o caso do Direito à Cultura⁷⁰.

5. Os Pactos Colaborativos e a Perspectiva do Software Livre

Aspecto de grande interesse relaciona-se aos pactos de colaboração para a pesquisa, desenvolvimento e inovação na área de software, visto que o “software livre” é compreendido pela colaboração de diversos desenvolvedores para alcançar um produto final. Deve-se assim

de março de 2005. Disponível em <http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>. Pág. 64

⁶⁵Ibid. Pág. 14

⁶⁶ “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”. Op. Cit. 64. Pág. 64.

⁶⁷ “São dois os momentos em que a publicidade do código fonte se coloca para a administração pública. Primeiro, no momento em que a administração pública toma conhecimento ou não do 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.” Idem. Pág. 33. Ainda, “Neste sentido, se o suporte tecnológico que viabiliza o processo de tomada de decisão – ou seja, o software – for capaz de interferir e mesmo alterar o conteúdo da própria decisão, deverá estar também submetido ao princípio da publicidade”. Idem Pág. 36.

⁶⁸ “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” Idem. Pág. 43.

⁶⁹ “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.” Idem Pág. 52

⁷⁰ O Direito à Cultura será abordado no item relativo aos DRMs, baseando-se no estudo de Allan Rocha de Souza. SOUZA, Allan Rocha de; **Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso**. 2010. 266fl. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2010.

ser identificadas restrições para o uso e exploração em vista da presença de diversos coautores, bem como pelas características do “software livre”.

O processo de desenvolvimento de softwares e obras digitais está cada vez mais complexo e envolve uma extensa equipe que compreende programadores, designers, profissionais de marketing, dentre outros.

Essa concepção criativa peculiar aproxima a obra intelectual a uma obra coletiva, em que várias pessoas ingressam no ambiente colaborativo intelectual sob a coordenação de uma pessoa, e que no final essas criações se fundem em um resultado esperado. O exemplo clássico das obras coletivas é um filme, em que são compilados diversos elementos para a composição da obra.

Além disso, o envolvimento de diversos partícipes na confecção de um programa de computador ou de um software torna essa concepção criativa uma obra coletiva de maneira bastante clara.

Entretanto, para tal caracterização, é necessário que sejam atendidos determinados requisitos para que se configure a existência de uma obra coletiva, seguindo os preceitos disponibilizados pela Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610/98) em seu art. 5º, inciso VIII, alínea h):

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VIII - obra:

(...)

h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma.”

Acompanhamos o Prof. Denis Borges Barbosa quando entendemos que tal conceito deverá ser analisado de maneira mais cuidadosa nas relações envolvendo softwares. Tal preocupação se faz presente na hipótese sugerida por esse autor⁷¹ onde muitos trabalhadores atuam no desenvolvimento de softwares executando tarefas repetitivas e em estrito cumprimento a normas técnicas de qualidade e produtividade, o que não caracteriza o surgimento de uma obra coletiva. Traz ainda a concepção de que *“a simples recoleta de códigos, sem uma integração visceral com um fim específico, não constituirá obra coletiva.”*⁷²

Será necessária a conjunção de esforços intelectuais dos partícipes da obra coletiva e a incidibilidade das diferentes elaborações na obra desenvolvida, decorrente do trabalho criativo do organizador, para que possa classifica-la como coletiva.

No “software livre” a obra produzida é classificada genericamente como “obras em coautoria” e, especificamente, “obra em colaboração”, em que existe um esforço intelectual

⁷¹ Op. Cit. 16. Pág. 1915.

⁷² Idem. Pág. 1916.

de cada autor ou ingresso de diversas obras sem existir necessariamente uma pessoa física/jurídica singular organizando-a. Na maioria das vezes, ocorre o envolvimento de diversos colaboradores e a participação de uma pessoa ou algumas pessoas que atuam como árbitros (se posicionando na esfera virtual). O software resultante desse desenvolvimento conjunto terá que ser imputável às várias contribuições.

Sobre o tema, tomamos a liberdade de transcrever um texto de autoria do Prof. José Oliveira Ascensão:

“A outra caracterização (...) está na noção de colaboração: examinamos “modelos colaborativos”. A idéia básica é a da criação dum espaço comum, que permita desenvolvimentos múltiplos duma idéia cuja expressão é autoralmente protegida. O que quer dizer que o próprio autor abre à cooperação aquilo que lhe é atribuído por lei a título de exclusivo.”⁷³

Nesta perspectiva da “obra em colaboração”, pode-se afirmar que o desenvolvimento de obras literárias, bem como programas de computador e softwares apresentam os seguintes resultados:

1. A colaboração não afasta a proteção autoral da obra;
2. A colaboração não afasta a autoria da obra;
3. A colaboração consiste em múltiplos desenvolvimentos de diversas fontes sobre uma única obra.

Sendo assim, concordamos com o entendimento doutrinário de que o modelo colaborativo transcende o modelo coletivo na medida em que não permite apenas a colaboração de múltiplos autores individuais, mas também que tais colaborações não sejam estruturadas por uma única pessoa e sim sob um “pacto de colaboração aberto”⁷⁴.

Podemos destacar como ferramentas colaborativas o Wikipédia e o Software Livre. Essa classificação do “software livre” como obra colaborativa possui efeito prático relevante, na medida em que correções de ‘bugs’, aprimoramentos e atualizações podem ser efetuadas constantemente e diretamente por qualquer colaborador. Esse fato promove o desenvolvimento de obras mais seguras e a inserção mais rápida de desenvolvimentos.

Além disso, a obra colaborativa reforça a necessidade de uma maior obediência aos pactos de colaboração, o que concede uma maior segurança jurídica aos colaboradores quanto à utilização livre do software e afasta, em um primeiro momento, violações aos direitos da propriedade intelectual. Na maioria dos pactos de colaboração, exige-se a confirmação de autoria e originalidade dos trechos ou softwares inseridos.

Por outro lado, no universo do “software livre”, exige-se um melhor entendimento sobre os termos e condições dos pactos colaborativos, na medida em que deverão ser

⁷³ Citação retirada da obra acima mencionada e originalmente disponibilizada em: ASCENSÃO, José Oliveira, Modelos Colaborativos em Direitos Autorais, in GRAU-KUNTZ, Karin e BARBOSA, Denis Borges, Ensaio de Direito Imaterial, Lumen Juris, 2009

⁷⁴ Op. Cit. 16. Pág. 1918.

identificadas restrições para o uso e exploração. Isso será necessário para a verificação a respeito da viabilidade da conversão de um “software livre” em um software proprietário.

A matéria ficará ainda na esfera contratual, se um software proprietário for inserido em uma plataforma para a produção de um novo software para oferecimento livre, pois essa disponibilização do software originário para inserções de coautores inominados dependerá do consentimento do proprietário.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar desde já a inexistência de proibições legais para modificações e conversões de software proprietário em software livre.

Aspecto importante refere-se ao fato de novas adições e aprimoramentos no conceito de “software livre” preservarem, na maioria das vezes, a obra originária. Mesmo sendo regulada pelas convenções e contratos comerciais, essa possibilidade de transformar elementos preexistentes por terceiro, que não é o proprietário originário, decorre do instituto jurídico denominado “*Specificatio*” inicialmente disposto pelo Direito Romano.

A Especificação remonta de discussões e disputas frequente entre a escola dos Sabinianos e Proculeianos, quando indaga-se se a transformação de matéria prima em uma nova espécie acarretava aquisição da nova matéria para o proprietário da matéria-prima originária ou para o desenvolvedor.⁷⁵ Essa questão foi pacificada por Justiniano e a regra pacificadora foi perpetuada e encontrada atualmente no art. 1.270 do Código Civil:

***“Art. 1.270, Se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente será do especificador de boa-fé a espécie nova.*”**

§1º. Sendo praticável a redução, ou quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má-fé, pertencerá ao dano da matéria-prima”

Essa regra foi crucial para reconhecer o trabalho intelectual daquele que introduz processo técnico sobre matéria preexistente, seja como aperfeiçoamento ou desenvolvimento de novos softwares. Além disso, assegurou a propriedade e o direito do proprietário inicial sobre a sua coisa, mesmo que viesse a ser modificada posteriormente por outrem. Para o “software livre”, a **Especificação** assegura a apropriação sobre o desenvolvimento ou software inserido para aquele que o realiza, podendo inclusive utilizar o software inserido para o desenvolvimento de softwares proprietários ou de código fechado. Não obstante, este desenvolvedor não poderá utilizar a plataforma livre, que foi criada pela inserção de outros colaboradores.

A regra da **Especificação** encontra-se presente, também, no art. 5º. da Lei 9.609/98, ao determinar que os direitos sobre as derivações realizadas por terceiros sobre programa de computador pré-existente pertencerão aquele que as fizer, saldo estipulação contratual.⁷⁶

⁷⁵ Velázquez, Victor Hugo Tejerina e Araújo, Fábio Caldas de. Comentários ao Código Civil Brasileiro. Dos Direitos das Coisas (Arts. 1.225 a 1.276)”. Vol. XI. Tomo III. Pág. 365.

⁷⁶ Regramento semelhante encontra-se no art. Art. 63 da Lei da Propriedade Industrial (Lei no. 9.279, de 14 de maio de 1996. “**Art. 63. O aperfeiçoamento introduzido em patente licenciada pertence a quem o fizer, sendo assegurado á outra parte contratante o direito de preferência para seu licenciamento.**”

Pode-se afirmar, desde já, que os desenvolvimentos realizados sobre um software, incluindo aqueles de natureza “livre”, serão de propriedade de quem realizar. No entanto, o uso da base livre para a propagação desse novo desenvolvimento necessitará do cumprimento das regras estabelecidas na licença.

6. A Licença GNU GPLv3 e o Direito Brasileiro

Valendo-se da abordagem legal trazida no item supra, cumpre, inicialmente, localizar a Licença GNU GPLv3 no âmbito do direito privado brasileiro Privado Brasileiro.

A Licença GNU GPL é a licença mais utilizada pela Free Software Foundation em seus softwares e tem como objetivo principal garantir a liberdade do usuário em compartilhar e alterar todas as versões de um determinado programa e garantir que tal programa permaneça livre para todos os demais usuários.

Segundo Falcão et al (2005, p.69)⁷⁷, a Licença GNU GPL é um contrato benéfico, atípico, consensual e unilateral. A sua característica de unilateralidade decorre do fato de as obrigações serem exigidas para apenas uma das partes, para que contrato seja válido e eficaz entre as partes.⁷⁸ No que tange ao “software livre”, a unilateralidade se relaciona ao ‘copyleft’⁷⁹, que envolve a permissão ou o acesso de terceiros ao código fonte sem a contrapartida pecuniária pela utilização da obra. As “liberdades” exigidas para que haja o enquadramento em “software livre” são consideradas obrigações genéricas e peculiares ao seu exercício, não sendo classificadas como obrigação recíproca e específica ao negócio.

Em vista do seu aspecto “benéfico”, a Licença GNU GPL poderia ser entendida como um contrato onde, segundo Caio Mário da Silva Pereira (*apud* FALCÃO et al, 2005, Págs. 70 e 71), somente uma das partes envolvidas auferir a vantagem.⁸⁰ Nesse ponto, cumpre ressaltar o entendimento trazido por FALCÃO et al (2005, p. 77) ao entender que a Licença GNU GPL é sim um contrato benéfico, mas também contém estipulações em favor de terceiros, como segue⁸¹:

“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.”

⁷⁷ Op. Cit. 64. Pág. 69

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro. Vol. III: Contratos e atos unilaterais.** 6ª. Ed. Ver. São Paulo. Saraiva. 2009. Pág. 69

⁷⁹ Op. Cit. 64 Págs. 79 e 80

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva, Instituições de Direito Civil, v. III, 11a ed., 2002 Editora Forense, p. 65. *apud* FALCÃO, J.; JUNIOR, T. S. F.; LEMOS, R; MARANHÃO, J.; SOUSA, C. A. P.; SENNA, E. Estudo Sobre o Software Livre. Comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação. Rio de Janeiro, 18 de março de 2005. Disponível em <http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>. Págs 70 e 71.

⁸¹ Op. Cit. 64. Pág. 77

Por ser caracterizado como um contrato benéfico com estipulações em favor de terceiros, onde o terceiro é a coletividade, qualquer membro dessa coletividade deve ser parte legítima para requerer a interrupção de qualquer descumprimento dos termos de uma Licença GNU GPL.⁸²

Por fim, a Licença GNU GPL é um contrato consensual pois a sua formação está condicionada pelo acordo de vontades⁸³ e, atípico pois não apresenta características e requisitos determinados pela legislação local⁸⁴.

6.1 Peculiaridades Sobre a Licença GNU GPLv3

Mesmo tendo como principal filosofia a liberdade do usuário, a Licença GNU GPL também prevê algumas responsabilidades, que deverão ser cumpridas por aqueles que fizerem uso do “software livre” protegido sob tal licença.

A Licença GNU GPL v3 destaca que se o objetivo for distribuir um “software livre” sob tal licença, seja na forma gratuita ou onerosa, deve-se transmitir aos receptores de tal software as mesmas liberdades que foram recebidas⁸⁵. Além disso, deve-se certificar que os receptores também receberão o código fonte e os termos da correspondente licença de forma que eles saibam os seus direitos e obrigações na exploração do referido “software livre”.⁸⁶

A Licença GNU GPL não oferece contratualmente qualquer garantia para o software desenvolvido, afastando responsabilidade por danos de seus autores, colaboradores e pelo titular dos direitos autorais e intelectuais. Além disso, para uma maior segurança dos usuários e autores, a licença GNU GPL requer que todas as versões modificadas sejam identificadas como tal.

Neste ponto, indaga-se se essa Licença GNU GPL e, logicamente, os contratos de exploração de “software livre”, estariam sujeitas à incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078, de 11 de setembro de 1990).

Existem debates sobre a possível incidência do código do consumidor nesta relação contratual entre licenciante/licenciado. Argumenta-se que a rejeição pela incidência da lei consumerista decorre do fato de a relação entre licenciante/licenciado ser essencialmente contratual e da própria natureza do “software livre”, que é organizado por meio de contínuas inserções técnicas ao código fonte, o que determinaria a participações de diferentes pessoas.

Além disso, a decisão do licenciado em utilizar um determinado “software livre” decorre do conhecimento de suas peculiaridades técnicas, que o levou a tomar a decisão. O licenciado poderia ter tido e teve total informação, incluindo a realização de testes para contratar o software.

⁸² Ibid. Págs. 77 até 80

⁸³ Op.Cit. 78. Pág. 87

⁸⁴ Ibid. Pág. 92

⁸⁵ FREE SOFTWARE FOUNDATION. GNU GENERAL PUBLIC LICENSE. Version 3, 29 June 2007. Disponível em: <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>

⁸⁶ Ibid.

Outros argumentos relativos à não incidência da lei consumerista foram também compilados, como seguem:⁸⁷

“(i) ausência das figuras de consumidor e/ou fornecedor; (ii) a natureza benéfica do contrato; (iii) alcance erga omnes 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.”

Não obstante, relevamos que essa afirmação deve ser analisada com muita cautela, visto que o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e incide sobre todas e quaisquer relações que possuem aspecto principal a entrega/fornecimento de produto ou serviço como destinatário final, mesmo que não haja pagamento pela aquisição⁸⁸ e mesmo que seja para o propósito de realizar novos desenvolvimentos.

Pelas regras do CDC, qualquer pessoa pode ser indenizada por danos que os produtos/serviços adquiridos/contratados causaram ao adquirente. Essa lei não comporta exceções expressas.

Não obstante, não podemos deixar de relevar que as características do “software livre” são peculiares e devem ser analisadas em conjunto com as peculiaridades da reclamação.

Esses argumentos sobre o direito do consumidor referem-se ao relacionamento licenciante/licenciado do “software livre”. Se apresentada a perspectiva da relação com os serviços inerentes à customização, desenvolvimento, consultoria, manutenção, assistência técnica, dentre outros, essas atividades poderão ser remuneradas. Assim, fica evidente a identificação da figura do fornecedor e do consumidor, caracterizando uma relação de consumo.⁸⁹

Portanto, os aspectos a serem analisados são a forma de relacionamento decorrente da utilização do “software livre” para as suas diferentes finalidades, o desenvolvimento, o uso, a exploração, a comercialização etc.

Conforme já mencionado, um “software livre” não quer dizer um software sem direito autoral. Tal disposição é ratificado pela licença GNU GPL v.3 que concede determinados direitos sob o prazo dos Direitos Autorais do Programa protegido.

Outro aspecto que merece ser relevado sobre tal licença é que, por ser restritiva, possui uma característica muito peculiar, que pode ser verificada na alínea d) do seu item 5:

⁸⁷ Op.cit. 64. Págs. 83 e 84

⁸⁸ Estabelecem relação de consumo a distribuição e entrega de amostras grátis de produtos por estabelecimentos comerciais ou diretamente do fabricante para o público como em praias, parques, eventos desportivos e sociais.

⁸⁹ Op. Cit. 64. Pág. 83

5. Conveying Modified Source Versions.

You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, provided that you also meet all of these conditions:

(...)

c) You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. This License will therefore apply, along with any applicable section 7 additional terms, to the whole of the work, and all its parts, regardless of how they are packaged. This License gives no permission to license the work in any other way, but it does not invalidate such permission if you have separately received it.

Isso quer dizer que caso o programa protegido sob a licença GNU GPL seja alterado e posteriormente distribuído, tal obra também deverá estar licenciada sob a Licença GNU GPL.

Portanto, as informações acima deverão ser avaliadas pelo pesquisador ou desenvolvedor para saber se o software a ser criado deverá ser obrigatoriamente licenciado sob a Licença GNU GPL ou não.

6.2 Aspectos Relevantes Sobre a Licença GNU GPLv3

Conforme apontado por Tsai,⁹⁰ não obstante a licença GPLv2 ser uma licença amplamente adotada por desenvolvedores de Software Livre e de Código Aberto, alguns problemas foram identificados por acadêmicos, integrantes das comunidades de Software Livre e Open Source e pelo próprio Richard Stallman.

Esses problemas serão abordados aqui de maneira sintética, pois o que se pretende é fornecer um substrato para a análise da Licença GPLv3 sob a ótica da sua contribuição para a inovação tecnológica, com enfoque nas obrigações Anti-DRM.

Em Moglen; Stallman⁹¹ (2005) são apontados alguns dos aspectos que levaram à criação da Licença GPLv3, dentre eles está a necessidade de adequação internacional dos termos da licença.

Considerando que o desenvolvimento da licença GPLv2 baseou em alguns princípios de direito de autor que os signatários da Convenção de Berna deverão seguir, essa licença obteve um alcance global⁹². No entanto, ela apresenta peculiaridades decorrentes essencialmente de legislações norte-americanas, pois foi confeccionado por advogados e profissionais.⁹³

É reconhecido assim que a licença GPLv3 modifica a linguagem da licença GPLv2 com a inclusão de novos termos com o objetivo de esclarecer algumas ambiguidades existentes.⁹⁴ Não obstante a inclusão de determinados termos e a alteração da linguagem de

⁹⁰ TSAI, John. **For Better or Worse: Introducing the GNU General Public License Version 3**. Berkeley Technology Law Journal. Volume 23. Issue 1. 2008. Pág. 553

⁹¹ Op. cit. 48.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Op. Cit. 90. Págs. 564 e 581

parte da licença GPLv2 terem como objetivo eliminar ambiguidades, tais alterações acabaram por criar novas contradições quando da interpretação do escopo da nova licença GPLv3.⁹⁵

Importante notar que, mesmo após o lançamento da Licença GPLv3, a licença GPLv2 continuará em vigor.⁹⁶ Entretanto ambas as licenças não são compatíveis, em vista do fato de que ambas as licenças compreendem cláusulas de copyleft, o que, em efeitos práticos só seria verificado quando da combinação, inter-relação ou fusão de códigos de dois programas diferentes em apenas um programa, não havendo qualquer problema em ter programas licenciados sob as licenças GPLv3 e GPLv2 funcionando em um mesmo sistema operacional.⁹⁷

Outras questões polemicas que foram abordadas pela licença GPLv3 foram: (i) A “Tivoização”⁹⁸; (ii) os DRMs; e (iii) acordos envolvendo Patentes. Em vista do escopo do presente trabalho, serão aprofundadas as questões referentes aos DRMs, haja vista o seu impacto econômico e a importância do estudo dessa ferramenta tecnológica para a concorrência e a inovação no mercado de softwares.

(i) **O DRM (Digital Rights Management)** – Os DRMs (Digital Rights Management), segundo a Fundação Software Livre América Latina⁹⁹ podem ser conceituados como: “*mecanismos técnicos de restrição ao acesso e cópia de obras publicadas em formatos digitais.*”

Conforme bem apontado pela FSFLA¹⁰⁰, a implementação dos DRMs não se limita ao âmbito técnico, tendo sido, inclusive, objeto de disposição legal em algumas legislações ao redor do mundo.

No Brasil, a questão dos DRMs pode ser regulada pelo artigo 107 da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.609/98), ao definir a prática de inutilização, alteração, supressão ou modificação desses dispositivos tecnológicos, como segue:

Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem:

I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;

⁹⁵ Ibid. Pág. 581.

⁹⁶ STALLMAN, Richard. Why Upgrade to GPL Version 3. Publicado em 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://gplv3.fsf.org/rms-why.html>. Acesso em 02 de julho de 2014.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Segundo Stallman a “Tivoização” significa a existência de computadores que possuem software protegido por uma licença GPL e que não são passíveis de alteração pois, caso alterado e detectado pelo sistema, o mesmo irá desligar. Stallman aponta que determinados empresários se aproveitam da liberdade do software livre para realizar customizações, aperfeiçoamentos e novos desenvolvimentos, mas não franqueiam aos consumidores ou outros os mesmos direitos. Ibid.

⁹⁹ <http://www.fsfla.org/ikiwiki/texto/drm-deliberdefect.pt.html>

¹⁰⁰ Id.

II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;
III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;
IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.

A FSFLA¹⁰¹ destaca que a imposição dos DRMs constitui muitas das vezes uma violação aos direitos que, no Brasil, são garantidos pela própria Constituição Federal, dentre eles, destacamos o Direito de Acesso à Cultura¹⁰², o Direito à Privacidade¹⁰³, o Direito à cópia privada¹⁰⁴, a realização de obras derivadas, a Liberdade de Expressão¹⁰⁵, as Limitações garantidas pela Lei de Direito Autoral e o Domínio Público.

¹⁰¹ Veja mais em: <http://www.fsfla.org/ikiwiki/texto/drm-deliberdefect.pt.html>

¹⁰² O Direito de livre acesso à cultura está previsto no Artigo 215 da Constituição Federal, pois determina que o Estado deve assegurar a todos o acesso à cultura em sua concepção abrangente. Segundo Allan Rocha: “Dentre os dispositivos constitucionais, os que se referem diretamente à cultura são os artigos 23, 24 e 30, dispondo sobre competências; 5º, inc. IX e 220, ao tratar da liberdade de expressão e de sua comunicação; 5º, inc. XXVII e XXVIII, ao constituir direitos autorais patrimoniais, conceder titularidade originária ao autor, atribuir exclusividade temporária na exploração econômica e assegurar a fiscalização das obras artísticas; 206, inc. II, apontando para a sua relação com o ensino; 5º, inc. LXXIII, ao assegurar a legitimidade para propor ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio histórico; 215 e 216, circunscrevendo o objeto dos direitos culturais; 221 e, em certa medida, 222, refletindo sua importância na comunicação de massa; 227, como um direito fundamental da criança e do adolescente; 231, na proteção das expressões culturais dos grupos indígenas e do espaço onde se realizam.” Op. Cit. 70. Págs. 51-52.

¹⁰³ O Direito à privacidade também recebe proteção constitucional e está previsto no inciso X do artigo 5º: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” Para poder limitar um determinado acesso por parte do usuário, é necessário que esses sistemas colham determinadas informações a respeito da forma de uso e do suporte onde um determinado bem informático está sendo utilizado.

¹⁰⁴ Tal direito é garantido pela Lei de Software (Lei nº 9.609/98) em seu artigo 6º, inciso I: “Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador: I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda”, bem como pela Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) em seu artigo 46, II: “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...)II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;”

¹⁰⁵ A Liberdade de Expressão e a Livre Manifestação de Pensamento são princípios constitucionais previstos no art. 5, IV, IX e no Art. 220 e seu parágrafo primeiro, ambos da Constituição Federal Brasileira de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...)IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Art. 220. A manifestação do

(ii) **Breves Comentários sobre a relação dos DRMs com a Licença GPLv3 e o Software Livre:**

Na visão de Stallman¹⁰⁶ (2006) o sistema operacional GNU foi desenvolvido para assegurar aos usuários o controle de seus próprios computadores, bem como a utilização de maneira livre. O DRM limita as liberdades do usuário e procura elevar a lucratividade daqueles que apresentam travas tecnológicas. No entanto, a lucratividade é considerada secundária quando comparada com a liberdade de uso e acesso por usuários.¹⁰⁷

Some-se aos comentários acima a incompatibilidade dos DRMs com o “software livre”, em vista do fato de que, para a viabilidade da implementação de um DRM, determinadas informações de um software deverão ser mantidas em segredo e imutáveis, conforme bem aponta a Free Software Foundation, através da campanha Defective by Design¹⁰⁸.

A licença GPLv3 não proíbe o DRM nem limita a funcionalidade que pode ser adicionado ou retirado de um programa, mas permite que tais dispositivos sejam removidos.¹⁰⁹ Ao analisar os termos Anti-DRM da Licença GNU GPLv3, Asay¹¹⁰ ressalta que as disposições da Licença GPLv3 a respeito do DRM fazem com que seja praticamente impossível a utilização legal do DRM, a menos que o usuário tenha a possibilidade que superar essa trava tecnológica.

Na Licença GNU GPLv3, a disposição Anti-DRM está contida em sua Seção 3, que prevê o seguinte:

“Nenhuma Obra Coberta [pela Licença GNU GPLv3] será considerada parte de uma medida tecnológica efetiva sob qualquer lei aplicável cumprindo com as obrigações nos termos do artigo 11 do tratado de Copyright da OMPI adotado em 20 de Dezembro de 1996, ou leis similares proibindo ou restringindo a supressão/inutilização de tais medidas.

Quando você oferecer uma Obra Coberta [pela Licença GNU GPLv3], você renuncia a qualquer poder legal de proibir a inutilização/supressão de medidas tecnológicas, na medida em tais

pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1o - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

¹⁰⁶ STALLMAN, Richard. Keeping Free Software Free. BloombergBusinessweek. Disponível em <http://www.businessweek.com/stories/2006-03-27/keeping-free-software-free>. Publicado em 27 de março de 2006. Acesso em 02 de julho de 2014.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Para mais informações sobre essa campanha, acesse: <http://www.defectivebydesign.org/>

¹⁰⁹ STALLMAN, Richard. Keeping Free Software Free. BloombergBusinessweek. Disponível em <http://www.businessweek.com/stories/2006-03-27/keeping-free-software-free>. Publicado em 27 de março de 2006. Acesso em 02 de julho de 2014.

¹¹⁰ Op.Cit. 51. Pág. 267

práticas são efetuadas pelo exercício de direitos sob esta Licença com relação à Obra Coberta [pela Licença GNU GPLv3], você renuncia qualquer intenção de limitar a operação ou modificação da obra como um meio de impor, contra usuários do obra, direitos legais seus ou de terceiros de proibir a supressão/inutilização da medidas tecnológicas.”¹¹¹

O trecho acima é inserido com o objetivo de compatibilizar a licença com a legislação atual sobre medidas tecnológicas, que, como já foi oportunamente trazido ao presente trabalho, é uma realidade na Legislação Autoral Brasileira.¹¹²

(iii) Impacto das cláusulas Anti-DRM: Efeitos positivos ou negativos?

Em seu trabalho, Asay¹¹³ aborda a discussão a respeito dos possíveis efeitos das cláusulas Anti-DRM. O autor demonstra que, sob uma perspectiva negativa a respeito dessas cláusulas, a adoção dos Softwares Livres por empresários poderia ser prejudicada e, por conta da diminuta aderência de empresários a esse tipo de software, o movimento “software livre” e de Código Aberto poderia ser afetado, bem como a inovação tecnológica baseadas em modelos colaborativos¹¹⁴.

Por outro lado, o referido autor aponta para o fato de que o patrocínio corporativo não é sempre necessário para a vitalidade de um projeto de “software livre” ou de Código Aberto, em vista do fato de que os desenvolvedores de “software livre” ou de código aberto são movidos por diversos interesses que ultrapassam aqueles de caráter patrimonial¹¹⁵. Mesmo com esse comentário, é reconhecida a importância empresarial para a criação e propagação do “software livre” e de códigos abertos, como foi o caso da IBM¹¹⁶.

Ainda segundo Asay (2008, p. 280), embora diversos projetos de “software livre” e de código aberto possam sobreviver sem o patrocínio empresarial, tais projetos não seriam tão robustos quanto são hoje sem o apoio de empresários.¹¹⁷ Se por um lado, as medidas Anti-DRM podem prejudicar determinados modelos de negócio, em um primeiro momento,

¹¹¹ Tradução livre do trecho: “No covered work shall be deemed part of an effective technological measure under any applicable law fulfilling obligations under article 11 of the WIPO copyright treaty adopted on 20 December 1996, or similar laws prohibiting or restricting circumvention of such measures. When you convey a covered work, you waive any legal power to forbid circumvention of technological measures to the extent such circumvention is effected by exercising rights under this License with respect to the covered work, and you disclaim any intention to limit operation or modification of the work as a means of enforcing, against the work's users, your or third parties' legal rights to forbid circumvention of technological measures.”, que é parte integrante da Licença GNU GPLv3, disponível em: <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>.

¹¹² Em adição à seção 3 da Licença, Asay (2008) aponta que outras cláusulas possuem disposições referentes à questão Anti-DRM na Licença GPLv3, como é o caso da definição do termo “Corresponding Source” na Seção 1 e da Seção 6 que, segundo o autor, garante que os usuários possam fazer uso de versões modificadas e Softwares licenciados sob a Licença GPLv3 em dispositivos dotados de tecnologias capazes de impedir o uso dessas obras modificadas, como é o caso do TiVo.

¹¹³ Op. cit. 51. Págs 279 a 286

¹¹⁴ Ibid. Pág. 279

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid. Págs. 279 e 280

¹¹⁷ Ibid. Pág. 280.

destaca que a Licença GPLv3 poderá, eventualmente, incentivar determinadas indústrias a buscar melhores soluções do que o DRM para atender aos seus interesses e às necessidades dos consumidores de maneira eficaz.¹¹⁸

Por outro lado, Stallman¹¹⁹ aponta que não existe a obrigatoriedade de adotar a licença GPLv3. A adoção dessa licença é uma opção que pode ser adotada ou não pelos desenvolvedores de software, de acordo com o seu interesse em esclarecer as questões abordadas pela GPLv3, como a Tivoização, a questão do DRM e das Patentes.

7. Pontos Conclusivos

As motivações para a adoção do “software livre” obedecem ao interesse de desenvolvedores e empresários em utilizarem softwares que permitam uma maior flexibilidade na utilização para pesquisa e desenvolvimento. Além disso, reconhece-se que esse tipo de software traz benefícios técnicos, pois garante uma maior segurança, estabilidade, independência de eventual licenciante, e menores custos de aquisição, implementação e manutenção.

Não obstante, ainda persistem diversos questionamentos jurídicos relacionados ao “software livre” pois ele flexibiliza as regras proprietárias incidentes sobre os direitos da propriedade intelectual, que regulamentam o software e o programa de computador, bem como transfere o regramento para os termos e condições presentes na licença para a exploração do software.

Conforme pode ser examinado nos capítulos segundo e terceiro, a violação aos termos e condições da licença do “software livre” é entendida como uma transgressão aos direitos autorais, nos termos da Lei 9.610/98, na medida em que são desrespeitados direitos do titular ou de co-titulares que elaboraram o referido software.

Questão relevante abordada por este artigo foi a inexistência de vedações para que softwares proprietários sejam modificados e convertidos pelo seu titular para uma plataforma de “software livre”. Ainda, foi examinada inexistência de restrições à constituição de um novo software por meio da compilação de softwares/bibliotecas pré-existentes, desde que o novo software criado apresente características peculiares, distintas e que não afrontem as licenças dos softwares que o compõem.

Mais ainda, verificou-se a possibilidade de desenvolvimentos ocorrerem de uma base livre e, mesmo assim, serem passíveis de cobrança e de comercialização no mercado, desde que os termos da licença sejam devidamente atendidos. Não obstante, torna-se indispensável um exame criterioso em cada software ou biblioteca considerado “livre” para identificar as possíveis incompatibilidades com o caráter proprietário e comercialização.

¹¹⁸ Ibid. Pág. 282.

¹¹⁹ STALLMAN, Richard. Why Upgrade to GPL Version 3. Publicado em 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://gplv3.fsf.org/rms-why.html> . Acesso em 02 de julho de 2014.

Sendo assim, recomenda-se que os desenvolvedores sejam sempre cautelosos na escolha da licença que regulará as relações e uso de um “software livre”, incluindo a necessidade de buscar a autorização da Free Software Foundation ou de organizadores virtuais dos “softwares livres” nas hipóteses em que for verificada a incompatibilidade entre licenças ou com a filosofia de “Software Livre”.

Outrossim, devemos afirmar que não está claro nas licenças analisadas as penalidades aplicáveis caso haja o descumprimento dessas licenças, sendo necessário verificar em detalhes as licenças envolvidas, o estudo de casos estrangeiros e análise desses usos sob a legislações de responsabilidade civil relativa aos direitos da propriedade intelectual.

Com a adoção desses cuidados, será possível utilizar os novos paradigmas proprietários, como o “software livre” e o software de código aberto como instrumentos eficazes para a promoção da inovação tecnológica.

8. Referências Bibliográficas

ADELMAN, Martin. RADER, R. Rader. THOMAS, Joh R. e WEGNER C Harold. **Cases and Materials on Patent Law**. West Group. Minnesota. 1998.

ASAY, Clark D. The General Public License Version 3.0: Making or breaking the Foss Movement? **Michigan Telecommunications and Technology Law Review**. Vol. 14. N. 2. 2008. Pp. 265-301. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/mttlr/vol14/iss2/1>

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Ed. Renovar. 2ª. edição. 1997. Rio de Janeiro

ASCENSÃO, José Oliveira, **Modelos Colaborativos em Direitos Autorais**, in GRAU-KUNTZ, Karin e BARBOSA, Denis Borges, *Ensaio de Direito Imaterial*, Lumen Juris, 2009

ASSOCIAÇÃO PARA PROMOÇÃO DA EXCELÊNCIA DO SOFTWARE BRASILEIRO (SOFTEX). Software e Serviços de TI. A Indústria Brasileira em Perspectiva. n.2. **Observatório SOFTEX** - Campinas. 2012. Disponível em <http://www.softex.br/wp-content/uploads/2013/07/2012-Observatorio-Softex-Industria-Brasileira-Software-Servicos-TI-em-perspectiva-Versao-Completa-Portugues.pdf>.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual. A proteção do Software. Do sigilo dos testes para registro de comercialização. Topografia de circuitos integrados*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010

BRASIL. **Lei Nº 9.279 , de 14 de maio de 1996**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em 01 jun. 2014

BRASIL. **Lei Nº 9.609 , de 19 de Fevereiro de 1998.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em 01 jun. 2014

BRASIL. **Lei Nº 9.610 , de 19 de Fevereiro de 1998.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 01 jun. 2014

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, DF.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Programas Mobilizadores em Áreas Estratégicas. Tecnologias de Informação e Comunicação.** MDIC, 2008. Disponível em: [http://www.pdp.gov.br/Relatorios%20de%20Programas/Agenda%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20original TICs com.pdf](http://www.pdp.gov.br/Relatorios%20de%20Programas/Agenda%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20original%20TICs%20com.pdf).

BLUM, Renato Opice; RODRIGUES, Marcelo de Carvalho. A natureza jurídica do software *in O mercado de software no Brasil: problemas institucionais e fiscais/* Relator: Marcondes Gadelha; Organizadores: Bernardo Felipe Estellita Lins, Cristiano Aguiar Lopes, Cláudio Nazareno – Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. 149 p. – Série cadernos de altos estudos; n. 3).

DAHER, T.; SALERNO, Mario S. **Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior do Governo Federal (PITCE): Balanço e Perspectivas.** MDIC, 2006. Disponível em: <http://investimentos.mdic.gov.br/public/arquivo/arq1272980896.pdf>. Acesso em 15 abr 2014.

DEFECTIVE BY DESIGN. **DRM Frequently Asked Questions.** Disponível em: <http://www.defectivebydesign.org/faq>. Acesso em 02 de julho de 2014.

FALCÃO, J.; JUNIOR, T. S. F.; LEMOS, R; MARANHÃO, J.; SOUSA, C. A. P.; SENNA, E. **Estudo Sobre o Software Livre.** Comissionado pelo Instituto Nacional da Tecnologia da Informação. Rio de Janeiro, 18 de março de 2005. Disponível em <http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. **GNU GENERAL PUBLIC LICENSE.** Version 3, 29 June 2007. Disponível em: <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. **O que é o “Esquerdo de Cópia”?** Disponível em <https://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html>. Acesso em 05 de julho de 2014.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. **O que é o Software Livre?** Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>. Acesso em 11 de junho de 2014.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. **Vender Software Livre.** Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/selling.html>. Acesso em 11 de junho de 2014.

FUNDAÇÃO SOFTWARE LIVRE AMÉRICA LATINA (FSFLA). <http://www.fsfla.org/ikiwiki/texto/drm-deliberdefect.pt.html>. Acesso em 02 de julho de 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume III: contratos e atos unilaterais**. 6 ed. rev. São Paulo. Saraiva, 2009.

HAYNES, Mark A. Commentary: Black Holes of Innovation in the Software Arts. **Berkeley Technology Law Journal**. Vol .14. issue 2. 1999. Pp.567-575. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol14/iss2/3>

KAPCZYNSKI, Amy. The access to knowledge mobilization and the new politics of intellectual property. 117 Yale Law Journal. 804. 2007/2008

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2005. 212p.

LEONARD, Andrew. **An Alternative Voice: How the Tech-Poor can Still be Software Rich**. Artigo publicado no website do New York Times. Publicado em 28 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2001/06/28/business/worldbusiness/28iht-btalt28.html>. Acesso em 03 de julho de 2014

MOGLEN, Eben. **Free Software Matters: Free Software or Open Source**. 2000. Disponível em http://emoglen.law.columbia.edu/my_pubs/lu-07.html. Acesso em 02 de julho de 2014

MOGLEN, Eben; STALLMAN, Richard. **GPL Version 3; Background to Adoption**. Publicado em 09 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.fsf.org/news/gpl3.html>. Acesso em 02 de julho de 2014

OPEN SOURCE INITIATIVE. **The Open Source Definition**. Disponível em: <http://opensource.org/osd>. Acesso em 05 de julho de 2014

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. IV. Ed. Forense. 2004. Págs.89 a 97

QUEIROZ, Rubens. **Liberdade para o Software? Software Livre e Inovação**. Reportagem no site www.comciencia.br. 2004. Disponível em <http://www.comciencia.br/200406/reportagens/11.shtml>. Acesso em 23 de junho de 2014

REIMER, Jeremy. **GPL 3 Disses DRM. Strong Language in the draft for the upcoming revision to the GPL may prevent....** Ars Technica, Jan 20, 2006. Disponível em: <http://arstechnica.com/uncategorized/2006/01/6024/>. Acesso em 01 de julho de 2014.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **A proteção autoral de programas de computador. Coleção Propriedade Intelectual** Org. Denis Borges Barbosa. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008

SAYO, Phet; WONG, Kenneth. **Free/Open Source Software: A General Introduction**. Published by the United Nations Development Programme's Asia-Pacific Development Information Programme (UNDP-APDIP). Kuala Lumpur, Malaysia. 2004.

SOUZA, Allan Rocha de; **Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso.** 2010. 266fl. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2010

STALLMAN, Richard. **Keeping Free Software Free.** BloombergBusinessweek. Disponível em <http://www.businessweek.com/stories/2006-03-27/keeping-free-software-free>. Publicado em 27 de março de 2006. Acesso em 02 de julho de 2014.

STALLMAN, Richard. **Por que o Código Aberto não compartilha dos objetivos do Software Livre.** Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>. Acesso em 28 de junho de 2014.

STALLMAN, Richard. **Why Upgrade to GPL Version 3.** Publicado em 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://gplv3.fsf.org/rms-why.html> . Acesso em 02 de julho de 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição).** Revista Forense. Vol. 306. Págs. 73 a 75.

TSAI, John. For Bette ror Worse: Introducing the GNU General Public License Version 3. **Berkeley Technology Law Journal.** Volume 23. Issue 1. 2008. 547-581.

Velázquez, Victor Hugo Tejerina e Araújo, Fábio Caldas de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro. Dos Direitos das Coisas (Arts. 1.225 a 1.276)**”. Vol. XI. Tomo III. Pág. 365.

Publicado no dia 24/10/2014

Recebido no dia 08/10/2014

Aprovado no dia 09/10/2014