

# PRIMEIRAS LINHAS SOBRE O SOFTWARE LIVRE

## **Marcos da Costa**

Advogado. Conselheiro da OAB-SP. Presidente da Comissão de Informática do Conselho Federal da OAB. Presidente da Comissão de Informática Jurídica da OAB-SP.

## **Augusto Tavares Rosa Marcacini**

Advogado. Vice-presidente da Comissão de Informática Jurídica da OAB-SP e Coordenador da Subcomissão de Certificação Eletrônica. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Processual Civil da Universidade São Judas Tadeu.

Setembro/2003

## **1. O crescimento mundial do *software* livre.**

O movimento mundial de desenvolvimento de *softwares* livres pode ser considerado o maior trabalho colaborativo já realizado pela humanidade. São centenas de milhares de programadores escrevendo e compartilhando trechos de programas de computador; ou usuários, sem tantos conhecimentos técnicos, que colaboram nas tarefas de tradução do programa para seu idioma natal; pessoas geograficamente distantes entre si, mas logicamente próximas graças à Internet.

Se o movimento pode ter sua origem datada há cerca de duas décadas, com o nascimento do projeto GNU e da *Free Software Foundation*, é de se notar que foi apenas em período mais recente que boa parte do parque de programas livres de uso mais amplo nasceu e foi desenvolvida. É realmente impressionante o que este modelo já conseguiu construir, e em quão pouco tempo se obteve ganhos significativos de qualidade, funcionalidade e facilidade de uso e instalação dos programas livres.

Este trabalho colaborativo vem produzindo nestes últimos anos muito mais do que o sistema operacional GNU/Linux, ou programas voltados para administração de redes, como servidores de correio eletrônico ou para a *Web*, de

interesse apenas dos profissionais de informática. Aproximando-se do usuário não-técnico, interfaces gráficas extremamente bonitas e eficientes experimentaram um desenvolvimento surpreendente, merecendo especial destaque, dentre as várias que surgiram, o KDE e o Gnome; o pacote para escritórios OpenOffice.org, derivado de um produto comercial cujo código-fonte foi aberto pela empresa que o detém, recebeu aperfeiçoamentos e funcionalidades inexistentes no original proprietário, tornando-se alternativa apta a competir com o produto líder do mercado; o Mozilla, *browser* e cliente de correio eletrônico, também derivado de outro *software* cujo código-fonte foi aberto, mostra-se seguro e eficiente. Além destes, que pelo seu tamanho e funcionalidade podem ser considerados as grandes vedetes do *software* livre, ao lado do sistema operacional GNU/Linux, dúzias de outros programas de computador têm sido desenvolvidos pela comunidade para as mais variadas funções: programas de edição de imagem, para gravação de CDs, agendas de compromissos e endereços, gerenciador de finanças e, mais recentemente, programas para multimídia e lazer, já que a vida não é feita só de trabalho!

Tudo isso é motivo de muita perplexidade, de um lado pela construção de um modelo de trabalho voluntário que, se fosse previsto por algum visionário em passado recente, seria prontamente havido como improvável; de outro, pelas conseqüências políticas, econômicas e sociais que o uso do *software* livre poderá acarretar; e, de outro ainda, no que talvez este artigo possa ser útil, pela dificuldade de compreender as repercussões jurídicas do *software* livre.

## **2. O enquadramento jurídico do *software* em geral.**

Desconhecendo a existência de qualquer estudo jurídico que tenha sido publicado sobre o assunto, e tendo em vista informações imprecisas ou parciais que circulam em textos breves, arriscamos traçar estes comentários iniciais sobre as questões jurídicas relacionadas ao *software* livre, tendo por certo que muitos dos pontos que serão aqui abordados ainda merecem um desenvolvimento específico e mais aprofundado que o futuro, quem sabe, nos permitirá apresentar.

A expressão “*software livre*” é a tradução adequada do termo inglês “*free software*”, embora a palavra “*free*” também signifique “*gratuito*”. Os fundamentos do software livre, como definidos por Richard Stallman<sup>1</sup>, são:

“*Um programa é um software livre para você, um usuário particular, se:*

- *Você tem a liberdade de executar o programa, para qualquer finalidade.*
- *Você tem a liberdade de modificar o programa para adequar às suas necessidades (Para tornar esta liberdade efetiva na prática, você deve ter acesso ao código-fonte, uma vez que fazer modificações em um programa sem ter o código-fonte é excessivamente difícil).*
- *Você tem a liberdade de redistribuir cópias, gratuitamente ou mediante pagamento<sup>2</sup>.*
- *Você tem a liberdade de distribuir versões modificadas do programa, de modo que a comunidade possa se beneficiar com os seus melhoramentos”.*

Assim, o foco da questão está na *liberdade* de usar, copiar, modificar e redistribuir o programa, e não na sua *gratuidade*. Afinal, nem sempre o *software gratuito*, popularmente conhecido como *freeware*, pode ser considerado *livre*, pois a liberdade de alterar o programa normalmente não existe nesta modalidade de *software*, nem é fornecido o código-fonte. Um programa *freeware*, que hoje é distribuído gratuitamente por seu criador, pode, amanhã, transformar-se em produto pago nas versões subsequentes, sendo a distribuição gratuita inicial apenas uma forma de ganhar mercado. Há programas com funções reduzidas que são distribuídos gratuitamente, com o intuito de alavancar a venda de licenças de versão mais elaborada e com mais recursos. Ou, ainda, há produtos cujo uso é permitido em ambiente não-profissional ou não-comercial, sendo que nos demais casos o seu uso pressupõe o pagamento da licença. A mera distribuição gratuita do programa, portanto, não significa que se trate de *software livre*.

Também não se confundem os conceitos de *software livre* e *software* de código aberto (*open source*). Embora o *software livre* implique necessariamente na abertura do seu código-fonte, tornando-se efetiva a liberdade de modificá-lo, nem todo o programa de código aberto é livre. Há exemplos concretos em que,

embora o código-fonte esteja disponível para exame, não se concede ao usuário a liberdade de uso, cópia, modificação e distribuição.

É livre o *software*, portanto, quando for permitido ao usuário usar, copiar, modificar e distribuir o programa, nos termos acima mencionados. Se não houver liberdade para estes quatro atos, o programa *não é livre*. É comum chamar-se o *software não-livre*, de *software proprietário*; esta expressão não parece adequada para designar um conceito oposto ao de *software livre*, pois este não é caracterizado pela inexistência de propriedade, mas sim pelo livre uso que se permite fazer dela. As licenças livres não negam o conceito de “propriedade”, apenas definem uma outra forma de exercê-la.

São estas idéias iniciais que norteiam a definição de *software livre* e, portanto, o estabelecimento de quaisquer construções jurídicas sobre o tema não pode deixar de levá-las em conta. Entretanto, antes de prosseguirmos, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre aspectos jurídicos relacionados ao *software* em geral.

Um *software* é - tecnicamente falando - um conjunto de instruções que podem ser compreendidas por um computador que, seguindo-as, realiza as tarefas que nós usuários costumamos observar e usufruir. Computadores nada fazem sem os *softwares*.

Mas, juridicamente, falando, o que é um *software* e qual o seu enquadramento jurídico? Se a pergunta parece tola ao leitor estudioso do assunto, que certamente bradará que o *software* é considerado uma criação de natureza autoral, que se diga então que o tema está longe de ser assim consolidado. Quando interessa aos seus produtores, *software* é prestação de serviços! Criação autoral ou serviço? O Direito é um caldo de cultura milenar, não serão uma ou duas décadas que firmarão e eternizarão um conceito. Que nos seja permitido, então, alguns comentários críticos sobre a natureza jurídica do *software*, ou dos direitos relativos ao *software*.

A proteção a direitos autorais se constitui em uma vertente relativamente recente na história jurídica. Situados entre os direitos da personalidade, os direitos autorais se desdobram em direitos de natureza moral e

direitos de natureza econômica. Ora, encaixar com exatidão os *softwares* nesta categoria de direitos é algo que exige razoável esforço.

Direitos da personalidade são “*direitos que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa (De Cupis); ou são aqueles que concedem um poder às pessoas, para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades (Tobeñas e De Castro)*”<sup>3</sup>. Os direitos autorais, ou direitos à criação intelectual, são compreendidos entre os direitos da personalidade porque, à parte a eventual possibilidade de exploração econômica da obra, tais direitos incidem “*sobre produtos do intelecto, sob o ângulo do relacionamento criativo, ou seja, do elo espiritual entre o autor e sua concepção intelectual, plasmada no mundo exterior*”<sup>4</sup>. Embora dividido entre estes dois aspectos, o moral e o patrimonial, considera-se que os direitos autorais são uma categoria jurídica única, incidível, “*em razão do íntimo relacionamento entre seus componentes, em que cada qual encontra no outro a sua razão e a sua expressão*”<sup>5</sup>.

É estranho que instruções para um computador sejam consideradas manifestação da personalidade, tal qual uma poesia ou uma canção. Soa impróprio equiparar instruções frias e exatas à manifestação da personalidade. Tanto é assim que a própria Lei nº 9.609/98 reza que “*não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais*”<sup>6</sup>. Ora, então reconhece a lei que direito autoral, direito da personalidade, o *software* não é, dado que os aspectos morais e patrimoniais desta categoria de direitos são incidíveis.

Quando os impostos a pagar são considerados, defendeu-se a tese de que o *software* deveria ser definido como “prestação de serviços”. Também é muito peculiar! Presta serviços quem, mediante paga, escreve um programa para outrem. O programa em si, pronto e funcionando, não pode ser considerado um serviço que está sendo prestado ao usuário que o licenciou. Qual é o serviço e quem o está prestando, quando nós, utilizando um editor de textos, escrevemos o presente artigo?

O *software* tem características de uma ferramenta. Seria uma *res*? É um conceito tentador, mas definir um *software* como *coisa* também exigiria muita abstração. Afinal, o *software* é, em seu aspecto mais íntimo, uma mera seqüência de zeros e uns, como qualquer outro arquivo de computador, ou seja, é uma *informação*. O computador sim, é uma ferramenta; o *software* é um conjunto de

instruções para o uso desta ferramenta. Mas não são instruções para o usuário, e sim instruções para a própria ferramenta, o que não permite compará-lo a um manual técnico de operações de um equipamento. Até porque não são instruções sobre *como* usar, mas instruções que definem *o que* a ferramenta será capaz de fazer.

O dilema, enfim, está em tentar enquadrar o *software* em categorias jurídicas pré-existentes. O *software* é algo que não guarda paralelo exato com bens materiais ou imateriais até então conhecidos. Não é propriamente uma expressão da personalidade humana, mas um conjunto de instruções técnicas que devem levar o computador a produzir um resultado desejado. Mas também não se aproxima, por exemplo, de um projeto para construir um avião a jato, pois o *software* é um conjunto de instruções que funciona e é útil por si, enquanto as plantas e desenhos de um avião não transportam nada nem ninguém para lugar algum. Seria, então, muito mais uma mercadoria, uma *res*, do que um projeto apenas; entretanto, na sua essência, o *software* é um conjunto de idéias que estão gravadas em meio eletrônico e podem ser infinitamente copiadas o que o distancia, pela imaterialidade, da noção de *res*, aproximando-se, neste aspecto prático, dos direitos de natureza autoral, de uma criação intelectual, e aqui voltamos para o começo do parágrafo, numa espiral infinita...

*“La collocazione del software nell’ampio genus delle opere dell’ingegno lascia per lo meno qualche perplessità. Non si possono, infatti, ignorare le profonde differenze esistenti tra il software e l’insieme delle opere tradizionalmente protette dalla legge sul diritto d’autore. La legge sul diritto d’autore, inoltre, ha come oggetto la forma espressiva di un’opera originale, mentre la direttiva europea e, di conseguenza, la legge italiana si è concentrata sul contenuto dell’opera”<sup>7</sup>.*

O *software* é simplesmente um *software*! Uma criação *sui generis* da moderna sociedade da informação e seu enquadramento jurídico e conseqüente exegese de textos legais e contratuais não pode deixar de considerar as características que lhe são únicas e exclusivas.

Temos lei sobre o tema, pode-se objetar. Mas, nesta introdução do presente estudo, não se pode deixar de apresentar uma visão crítica acerca da

conceituação do *software*. A equiparação dos *softwares* com os direitos autorais tradicionais conflita com a essência de uns e outros. Essa equiparação, por vezes, determina a criação de normas absolutamente ridículas, como estender a proteção por 50 anos<sup>8</sup> sobre algo que se torna obsoleto em cinco. Outras comparações mostram como a proteção ao *software* produziu exageros, se comparados aos direitos autorais tradicionais: quando compramos um livro, nossa família toda pode lê-lo; quando adquirimos um disco, podemos licitamente levá-lo para tocar na casa dos amigos; nem tão pouco, ao adquirir uma obra autoral destas, somos levados a aceitar um contrato de licenciamento.

É certo que nosso legislador reconhece certas peculiaridades do *software*, regulando-o em diploma próprio, mas emprestando modelos da legislação autoral. Que fique claro, porém, que o *software* é um bem de natureza bastante peculiar, e é com estes olhos que a questão deve ser tratada. É, sem dúvida, uma criação do intelecto humano, a merecer o estabelecimento de relações jurídicas em favor de seu criador; mas a extensão e os limites dos direitos que daí decorrem é que talvez mereçam alguma reflexão. Mas não é objeto deste artigo analisar tais questões; prosseguiremos, assim, com o estudo do *software* livre, relacionando-o com o arcabouço jurídico ora existente.

### **3. O *software* livre e suas formas de licenciamento.**

Havendo modelos diferentes de exploração econômica do *software*, um adequado enquadramento jurídico do negócio firmado não pode deixar de apreciar com minúcia qual é o objeto do contrato e das relações jurídicas que se estabelecem entre os variados sujeitos que participam desta cadeia.

O *software* livre vem se disseminando pelo mundo afora, resguardando sua liberdade sob uma forma de licenciamento que é também conhecida por *copyleft*, trocadilho que só a língua inglesa permite, vez que traduzi-la por “esquerdo autoral” ou “esquerdo de cópia” redundante em expressões que soam mal aos ouvidos... Literalmente, a expressão não merece ser levada à sério, pois nenhum significado dela se extrai exceto um sabor de ironia da nova contracultura digital. Afinal, os modelos de licença em que se baseiam os

*softwares* livres não estabelecem *anti-direitos*, mas apenas uma outra formulação de direitos.

A mais comum, dentre as várias licenças livres, é a GPL - *General Public License*, ou Licença Pública Geral. Trata-se de documento proposto pela *Free Software Foundation*, com sede nos Estados Unidos, e, segundo informações por ela fornecidas<sup>9</sup>, mais da metade dos *softwares* livres a utiliza. Compreender quais seriam os reflexos e as conseqüências do licenciamento pela GPL, à luz de nosso sistema jurídico, tem-se mostrado motivo de preocupação para a comunidade nacional de *software* livre.

Um dos grandes equívocos que se comete, quando questões jurídicas relacionadas às novas tecnologias são discutidas, é partir da errada visão de que a lei é a única fonte do Direito; ou que sua única interpretação possível é a gramatical, esquecendo-se ainda que as leis evoluem por força da exegese e diante de novas situações fáticas; ou, ainda, pensar que o que não está previsto com todas as letras na lei não existe juridicamente. É a partir dessa ótica distorcida, em geral disseminada por leigos sem formação jurídica e mais afeitos à exatidão de outras ciências, que se supõe ser necessário legislar a cada nova tecnologia que aparece no mercado.

Ora, usos e costumes também são fontes do direito. A vontade livremente manifestada em um contrato também é considerada “lei” entre as partes, merecendo destaque que, no campo dos direitos patrimoniais e obrigacionais, a liberdade de contratação é regra: o que a lei não proíbe, o que não afronta a ordem pública, é permitido.

*“Nos sistemas de direito escrito a lei é a fonte de direito, elaborada segundo os cânones estabelecidos, e as relações sociais se pautam pelos preceitos instituídos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, reconhece-se a impossibilidade de abraçar ela todas as relações humanas, mais complexas do que a norma possa dominar, e questiona-se então se ainda há lugar para o costume. (...)”*

*“Não se compadece com a realidade adotar-se posição extrema, quer no sentido de encarecer-lhe demasiadamente os préstimos, quer no sentido de negar-lhe influência nos sistemas de direito escrito. Aqui,*



*a lei é a fonte suprema, porém não é a única. Mesmo em face da norma legislada, cabe ao costume um papel que, embora secundário, não pode ser desprezado*<sup>10</sup>.

As licenças livres se disseminaram amplamente pelo mundo e estão sendo utilizadas há mais de uma década. É incontável o número de pessoas que produziram programas sob estas licenças, ou que as aceitaram e utilizam ditos programas. Poucas práticas contratuais, ao longo da História, gozaram de tão intensa reiteração através de fronteiras e por todos os continentes.

*“Não vigora mais a exigência de nosso direito anterior (lei de 18 de agosto de 1769), que exigia, para que um costume tivesse força obrigatória, contasse mais de 100 anos. Sem a menção de um período predeterminado, a formação do costume exige lapso de tempo mais ou menos longo devendo quem o invoque provar sua ancianidade, inveterata consuetudo. Esta será, naturalmente, relativa, podendo constituir-se costume no curso de tempo mais extenso, ou menos, conforme a matéria, a região, ou a freqüência do comportamento*<sup>11</sup>.

É de ser lembrado que muitos contratos utilizados em larga escala não se encontram previstos em lei alguma, como anota Fran Martins:

*“No Brasil, vários são os institutos recentemente utilizados pelos comerciantes sem que houvesse ou haja uma lei para regulá-los. O contrato de arrendamento mercantil (leasing), antes de ser regulado por lei (Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974), foi usado largamente, só muito mais tarde o legislador dispendo de normas a respeito. Nesse caso especial, poder-se-ia recorrer à legislação estrangeira, já que alguns países, como a França, haviam regulado o leasing, ali denominado crédit-bail (Lei nº 66.455, de 2 de julho de 1966). Mas há outros institutos, não só no Brasil como também no exterior, que são utilizados pelos comerciantes sem que haja uma legislação específica a regulá-los. Assim o uso dos cartões de crédito, da faturização (factoring), da franquia (franchising) e de outros contratos, aos poucos introduzidos e utilizados no comércio brasileiro sem que haja o legislador ainda editado normas sobre os mesmos”*<sup>12</sup>.

Que fique claro, portanto, que o fato, por si só, de a lei não prever a existência de algo como a GPL, ou outras licenças do gênero, não importa na impossibilidade jurídica ou proibição dos *softwares* livres ou do estabelecimento de relações jurídicas como as ali previstas. Trata-se, apenas, de um *contrato atípico*:

*“Se compulsarmos nosso novo Código Civil no Título VI, relativo às várias espécies de contratos (Título V, no Código anterior), veremos ali tratados: o de compra e venda, o de troca, o de doação, o de locação, o de empréstimo, o de depósito, o de mandato, entre outras figuras contratuais. Todos eles são contratos típicos, pois se encontram regulamentados na lei.*

*“Quando o contrato não possui essa regulamentação, chama-se atípico, como o de estabulação (guarda, cuidados especiais, nutrição e higiene de um animal), o de pensão para animais (incumbência, por algum tempo, de manter, de criar, ou de custodiar um animal), o de alimentos (encargo de prover o sustento de uma pessoa, a título oneroso ou gratuito), o de publicidade (obrigação de publicar ou de tornar público, pelos veículos de comunicação, um objeto ou uma pessoa), entre outros”<sup>13</sup>.*

O que se deve indagar, então, é se os termos destas licenças afrontam a lei; não é necessário que a lei preveja e autorize a existência destas modalidades contratuais, mas apenas que não as proíba expressamente, ou que não sejam contrárias à ordem pública.

Por outro lado, ao intérprete não é dado ignorar a realidade, ou o fato de que toda a base ética do Direito está na boa-fé. Assim, se centenas de milhares de pessoas no Brasil e no mundo estão escrevendo códigos-fonte sob o pressuposto de que programas de computador assim construídos serão de uso comum, resguardados sob os termos da GPL ou outras licenças livres, a exegese dos textos legais não deve contrariar os preceitos de boa-fé pelos quais o Direito deve se nortear. Não se poderia, no esforço interpretativo, encontrar resultado que prestigie aquele que pretenda obter para si vantagens contrárias aos termos da GPL, em detrimento da boa-fé daqueles que colaboraram para o desenvolvimento do *software*.

Tendo em mente estes princípios elementares de Direito, retomemos às questões envolvendo o *software* livre. O nosso sistema jurídico, como o de outros países, confere direitos ao autor sobre os programas de computador por ele criados. Estes direitos, entre nós, estão basicamente definidos na Lei nº 9.609/98. É lícito ao autor, titular dos direitos sobre o *software*, cedê-los e transferi-los, como qualquer outro direito de natureza patrimonial<sup>14</sup>. E, embora não o diga essa lei, é da essência dos direitos patrimoniais a sua disponibilidade, o que significa que o autor de um *software* pode renunciar a todos ou a parte dos direitos que a lei lhe confere.

Se é possível renunciar a todos os direitos patrimoniais, deixando a obra em domínio público, é evidente que se pode renunciar em parte a eles. Igualmente, pode-se cedê-los em parte, ou autorizar amplos direitos de uso, mediante condições contratualmente estabelecidas. Assim, de uma prévia análise panorâmica da GPL, temos que tal modelo de licença representa uma disposição de direitos autorais, mas não de todos, sob condições ali estabelecidas. Ora, quem pode o mais, pode o menos. Quem pode dispor de todos os direitos, pode dispor em parte; quem pode exigir o integral cumprimento de direitos voltados *erga omnes* pode por certo fixar pré-condições para a cessão ou autorização constantes da GPL.

Ressalte-se, ainda no contexto desta visão panorâmica das licenças livres, que nosso diploma legal sobre programas de computador apenas afirma que “o uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença”<sup>15</sup>. Poucas regras são trazidas na lei sobre o que devem conter estas licenças de uso, restringindo-se ao que dispõe o artigo 7º, que exige indicação do “prazo de validade técnica da versão comercializada”. O artigo 10º refere-se à “licença de direitos de comercialização”, não se confundindo com licença de uso. Ora, sendo assim, impera a liberdade contratual, dentro dos limites que esta liberdade de contratar possa naturalmente esbarrar, como ocorreria com qualquer outro tipo de avença. Não ferindo a ordem pública, pode o titular dos direitos sobre o *software* estipular os termos em que o programa poderá ser utilizado, copiado, modificado ou distribuído, termos esses a que o usuário poderá ou não aderir. Analisaremos, a seguir, estes aspectos.

#### 4. A Licença Pública Geral (ou GPL, no inglês).

##### a) *Uma visão geral da licença.*

Há diversas licenças que são aplicadas aos *softwares* livres, sendo a GPL - *General Public License* a mais usual<sup>16</sup>. Nesta licença há um preâmbulo narrativo, em linguagem comum, resumindo a finalidade e as disposições contidas nas suas cláusulas, ao que se seguem, em redação propriamente jurídica, os “*Termos e Condições para cópia, distribuição e modificação*”.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a GPL não nega direitos autorais, nem tão pouco transforma o *software* assim lançado em bem de domínio público. A sua primeira cláusula (que, curiosamente, recebeu o número zero) deixa isso bastante claro:

*“Esta licença se aplica a qualquer programa ou outro trabalho que contenha um aviso colocado pelo **detentor dos direitos autorais** informando que aquele pode ser distribuído sob as condições desta Licença Pública Geral”*<sup>17</sup> (grifamos).

A GPL é, enfim, uma licença por meio da qual o titular dos direitos autorais autoriza o uso, cópia, distribuição e modificação do *software*, de acordo com os termos e condições previstos em seu corpo, renunciando ao direito de receber contraprestação por isso.

Em verdade, a GPL estabelece regras detalhadas sobre a cópia, distribuição e modificação do programa, pois, ainda nos termos do seu item zero, o mero ato de executá-lo não está sujeito a qualquer restrição. Portanto, o uso, apenas, do programa, atividade que interessa à grande maioria de usuários, é amplamente autorizado, sem quaisquer limites ou contraprestações. Igualmente, não se prevê qualquer contraprestação pela autorização para copiar, distribuir ou modificar o *software*. Todas estas atividades, assim como o uso do *software*, são permitidas pelo titular dos direitos autorais, a título gratuito.

O direito de copiar, distribuir ou modificar o *software*, entretanto, não é totalmente irrestrito. Os limites deste direito são objeto da GPL, limites esses

que, em síntese, procuram resguardar a natureza livre do *software* assim licenciado bem como de programas dele derivados que o tenham aproveitado no todo ou em parte.

Não se vislumbra, neste primeiro aspecto analisado, qualquer violação ao ordenamento jurídico brasileiro. O detentor dos direitos autorais sobre um *software*, como titular de um direito disponível, pode livremente pactuar acerca dos direitos de uso, cópia, distribuição e modificação da sua criação. Poderia simplesmente proibi-los, ou autorizá-los mediante paga. Se sua vontade, no entanto, é autorizar a prática destes atos a título gratuito, mas limitar as circunstâncias em que a cópia, distribuição e modificação podem ser praticadas a fim de preservar a natureza livre de sua criação, trata-se de negócio jurídico perfeitamente lícito.

A licença, por outro lado, não veda a cobrança pela prática de atividades relacionadas ao programa de computador, seja por parte do próprio titular dos direitos autorais, seja por parte de quaisquer terceiros. Assim, por exemplo, é lícito cobrar pelo ato de copiar e distribuir o *software*.

Esta cobrança não deve ser confundida com o pagamento pelo direito de uso, como ocorre no licenciamento de *software* “proprietário”. O direito de uso dos *softwares* livres é obtido gratuitamente; entretanto, em termos econômicos, a obtenção destes programas sempre terá algum custo apreciável.

Exemplificando, podemos lembrar que as várias distribuições do sistema operacional Linux estão normalmente disponíveis para *download* gratuito pela Internet, e quaisquer pessoas que tenham estes sistemas consigo poderão instalá-los livremente, em número ilimitado de computadores. Mas há algum custo econômico - e alguma dificuldade prática para o usuário médio - para que um sistema operacional destes chegue em poder do usuário final, a ponto de ser instalado. Distribuições Linux chegam a ser formadas por três ou quatro CDs de instalação, o que representa algo superior a 2 Gigabytes de arquivos para serem “baixados” via Internet. Mesmo tendo acesso à Internet por banda larga, isso representa um ou dois dias de uso intenso da conexão. E, ao final, os programas devem ser gravados em CD para poderem ser instalados, o que exige alguma habilidade do usuário final, além de, é claro, o aparelho gravador de CD.

Assim, um primeiro nicho de mercado que é criado pelos *softwares* livres – e não é o mais importante – é o de prestar serviços de facilitação da obtenção destes programas, gravando-os em mídia transportável e distribuindo-a aos usuários mediante remuneração. Note-se que a natureza de um contrato oneroso como esse é *sui generis*: nada está sendo cobrado pelo programa em si, ou pelo seu uso, que é livre, mas pelo serviço de armazená-lo em CDs, poupando do usuário as tarefas descritas no parágrafo anterior. Este serviço de facilitação do acesso ao programa de computador pode ser, segundo a GPL, um negócio oneroso.

Alguns possíveis usuários finais, desde empresas preocupadas com sua segurança, ou usuários domésticos, que não se sintam confortáveis em receber *softwares* via Internet, também podem preferir obtê-los por esta via, quando a considerarem mais confiável e idônea.

Outros negócios jurídicos onerosos podem ser firmados, relacionados ou não com a entrega da cópia dos programas gravada em mídia transportável. Serviços de suporte são normalmente prestados por empresas que distribuem *softwares* sob a GPL, representando sua fonte de receita. Ou, mais especificamente, serviços de instalação e adaptação do programa às necessidades do usuário também podem ser prestados a título oneroso.

Em resumo, então, a GPL não proíbe o desempenho de atividades econômicas ou empresariais, ou a contratação a título oneroso de bens e serviços periféricos ao *software* livre. Com isso, está provocando o aparecimento de novos campos de exploração econômica, em que preponderam a livre concorrência, a desconcentração de poder econômico, maior igualdade de competição, oportunidade de atuação e crescimento de pequenas e médias empresas, menor distância tecnológica entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Entretanto, a GPL proíbe que seja imposta qualquer restrição – incluindo-se exigência de contraprestação pecuniária – ao *uso* do software, ou à sua posterior *cópia, distribuição e modificação*. O modelo econômico fundado na venda de licenças de uso, então, é descartado.

A questão é que, se o *software* em si é livre, não é sobre ele que se está estabelecendo qualquer negócio jurídico oneroso, mas sobre bens e serviços

outros, a ele correlatos. Portanto, quando estabelecida uma relação onerosa, é importante saber identificar o que realmente está sendo contratado entre dois sujeitos, pois é daí que se poderá compreender a natureza de tal contrato e suas conseqüências, notadamente a responsabilidade civil e contratual nele envolvidas. Contratos ou cláusulas onerosos que tenham por objeto os direitos de uso, cópia, distribuição ou modificação do *software* seriam, antes, infrações à própria GPL. Negócios onerosos que se estabeleçam em torno dos *softwares* livres, assim, só podem ter objeto diverso, não cabendo analisar aqui as suas múltiplas possibilidades.

***b) Limites ao direito de cópia, distribuição e modificação do programa.***

É importante considerar que todas as limitações que a GPL impõe à cópia e modificação do programa livre estão sempre relacionadas com a sua posterior *distribuição*, conforme leitura dos seus itens 1, 2 e 3. Em todas as três cláusulas, verifica-se que as restrições são impostas quando se copia *e distribui* o *software*, com ou sem modificação. Copiar ou modificar o programa para uso próprio são atos que, assim como o seu uso, se encontram franqueados a todos, sem qualquer exigência. Uma vez que o programa, com ou sem modificações, seja repassado adiante, seja de forma pública ou a uma única pessoa apenas, deve-se observar o disposto na licença.

Em qualquer dos casos, as restrições previstas na GPL não têm natureza de uma *contraprestação* que seja paga ao titular dos direitos do *software*, mas servem, sim, para definir *a exata extensão* dos direitos de cópia, modificação e distribuição que são conferidos ao aceitante da licença. Assim, também a outorga de direitos de cópia, modificação e distribuição do *software* é um negócio jurídico gratuito.

Basicamente, estas restrições se prestam a assegurar que terceiros não possam impedir que o *software* protegido pela GPL continue a ser livre. Assim, quaisquer outros programas que tenham sido escritos, aproveitando-se de todo ou parte do código-fonte do *software* livre, só poderão ser copiados e distribuídos nos termos da GPL, o mesmo se aplicando às versões modificadas do próprio programa. Isto é, as derivações de um *software* livre devem ser igualmente livres,

impedindo-se, com isso, que alguém possa se apropriar de um trabalho que, no mais das vezes, é resultado de um esforço colaborativo de centenas de pessoas que desejaram que sua criação fosse livre e assim permanecesse.

Exige-se, ainda, que aquele que distribui o *software* livre preste as informações adequadas, de que o *software* está licenciado sob a GPL, com cláusula de não-indenizar e inexistência de garantia; que se indique, ainda, quais as modificações que o programa sofreu, se for o caso, para que posteriores usuários não confundam a versão original com a que ora foi modificada; e que o código-fonte do programa, original ou modificado, sempre acompanhe as cópias distribuídas ou seja ao menos disponibilizado ao interessado que o deseje obter, assegurando praticamente o seu direito de modificação.

Ora, quem poderia negar que seu programa fosse modificado, ou que parte dele fosse aproveitada noutra criação nova, pode por certo autorizar tais atividades a título oneroso ou gratuito, ou mediante o estabelecimento de limites ou restrições.

Do ângulo da outra parte, note-se que aquele que deseja construir um *software* tem a *livre opção* de escrevê-lo inteiramente a partir do zero – caso em que gozará plenamente dos direitos que o ordenamento lhe confere sobre sua criação – ou aproveitar o trabalho já realizado e distribuído sob a GPL – caso em que só poderá distribuir o seu trabalho sob esta mesma licença.

Destarte, não se vê, nestas disposições, qualquer ofensa a princípios de ordem pública ou à lei expressa. Assim, as restrições previstas na GPL são perfeitamente válidas, só sendo impostas àqueles que, aderindo voluntariamente à licença, desejarem copiar e distribuir o *software* livre, com ou sem modificações.

### ***c) Exclusão de responsabilidade.***

Os itens 11 e 12 da GPL estabelecem, respectivamente, a inexistência de garantia do programa e a exclusão de responsabilidade civil, tanto do titular dos direitos como de outros que modificaram ou redistribuíram o *software*, por quaisquer danos causados pelo seu uso. Trata-se de outro tema polêmico em torno das licenças livres.



### ***i) Software e responsabilidade civil.***

Ao tratar do tema, não se pode deixar de advertir que não se tem notícia de situações concretas envolvendo responsabilidade civil por defeitos do *software* em geral, seja proprietário ou livre. Licenças proprietárias, não obstante a onerosidade da relação jurídica por elas estabelecida, costumam trazer cláusulas de não-indenizar e de limitação da garantia. No entanto, desconhecemos um caso concreto em que a validade de tal cláusula, em qualquer tipo de licença, tenha sido objeto de apreciação judicial.

A própria responsabilidade civil decorrente de um *software* já encerra questão polêmica, seja no campo dos fatos, seja no campo do Direito. Os *softwares* funcionam em computadores, que são máquinas complexas e sensíveis. Diante de uma falha do sistema, que provoque danos, pode ser difícil atribuir a causa do infortúnio exclusivamente a um dado *software*. O software pode ter entrado em conflito com outros *softwares* que estão instalados na mesma máquina; ou com algum *hardware* específico existente naquele computador. Incontáveis são as possíveis configurações de *hardware* e *software* de um sistema, mostrando-se impossível ao criador do programa testá-las todas, mesmo porque o *hardware* e os demais *softwares* podem ter sido produzidos posteriormente ao *software* que supostamente teria incidido em erro. Ou pode ser o próprio *hardware* que falhou e produziu o erro inicial que o *software* propagou. Do ângulo jurídico, até que ponto alguns riscos de falha não são bastante previsíveis, a exigir cautelas necessárias do usuário, como a realização de *backup* em periodicidade adequada, ou implantação de sistemas redundância dos dados? Seria indenizável a perda de dados que poderia ter sido evitada com a manutenção de cópias de segurança?

Estas indagações, embora fiquem sem resposta, merecem ser trazidas como preâmbulo da discussão ora apresentada. Pois, afinal, estaremos tratando do tema muito mais em termos hipotéticos do que com base em situações concretas reiteradas.

### ***ii) Da responsabilidade nos contratos benéficos.***

É da tradição de nosso direito que, nos negócios jurídicos não-onerosos, a responsabilidade civil da parte a quem o contrato não aproveita seja restrita às hipóteses em que houve dolo. Assim dispunha o Código Civil anterior,

em seu artigo 1.057, que estabelecia: *“Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça”*. A regra foi repetida no artigo 392 da lei civil ora em vigor, com correção terminológica que a tornou mais precisa: *“Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei”*.

Assim, a cláusula de não-indenizar, no contexto da relação jurídica estabelecida pela GPL, em nada modifica o que a própria lei civil determina. O titular do *software*, que o disponibiliza graciosamente para uso, de forma pública, sem nada haver para si de proveitoso, é parte a quem o contrato não aproveita não sendo razoável exigir-se dele o dever de indenizar, senão por dolo. Trata-se de alguém que, isoladamente ou em trabalho colaborativo, produziu o programa de computador e entregou ao mundo não apenas os arquivos executáveis compilados, em condições de uso, mas também todo o conhecimento necessário para construí-lo, ou aperfeiçoá-lo, eis que o código-fonte também é liberado. É tanto o que se oferece graciosamente, que seria profundamente injusto responsabilizar-se estas pessoas por eventuais defeitos do programa, que não sejam dolosos.

O dolo, sim, como comportamento antijurídico voluntário e desejado, que repugna ao Direito, pode ensejar a responsabilização. Assim ocorreria, por exemplo, se alguém distribuísse *softwares* gratuitamente com a deliberada intenção de causar algum mal aos seus usuários. Tal ilícito transborda os objetivos da GPL, que evidentemente não foi desenhada para encobrir fatos desta natureza.

### ***iii) Da cláusula de não indenizar.***

Segundo ensina Caio Mário da Silva Pereira, cláusulas de não indenizar são perfeitamente lícitas em nosso ordenamento jurídico:

*“Da mesma forma que a cláusula penal implica a prévia limitação do ressarcimento ante o inadimplemento do devedor; ou que o seguro de responsabilidade o exonera transferindo ao segurador o encargo, idéias que são pelos especialistas aproximadas à cláusula de não indenizar – o Direito moderno, que presencia o pleno*

*desenvolvimento do princípio da responsabilidade civil, coordena e aprova um sistema de contrapesos à obrigatoriedade de reparação, mediante a aceitação do afastamento convencional daquele dever. Antecipadamente, aquele que tem razões de prever, na sua atividade ou nos negócios jurídicos que realiza, o surgimento eventual do dever de reparação estatui a limitação ou a eliminação de sua responsabilidade, por via de um ajuste que é pactuado com as pessoas com quem trata, e por estas aceito<sup>18</sup>.*

Assim sendo, a inserção em contratos da cláusula de não indenizar não é, em si, algo antijurídico. Prossegue o notável civilista pátrio, entretanto, analisando a validade de tal cláusula em concreto, a partir do ângulo de sua efetiva aceitação pelo contratante que, em caso de lesão, seria ressarcido pela indenização previamente renunciada:

*“Ponto de grande importância na análise de sua estrutura é o que diz respeito à sua aceitação e já foi objeto de agudo comentário de Aguiar Dias. Critica a objeção levantada por aqueles que supõem possa ter guarida na falta de aceitação do credor, como posição enganosa, e fruto de um desvio de perspectiva. O monografista pátrio muito bem o esclarece, acentuando sua natureza de cláusula contratual. O equívoco, acrescenta, está no fato de suporem a ausência de acordo, particularmente porque é comum vir adjeta a contratos de adesão, parecendo antes imposta do que ajustada. Acontece, entretanto, que, no mecanismo mesmo deste contrato (adesão), tudo se passa de igual maneira, nascendo ele da justaposição, às vezes momentânea, da vontade de aceitação ao esquema deduzido previamente pelo proponente. Adjeta a um contrato desta espécie, **a cláusula não pode ser admitida quando violadora da vontade do aceitante, ou revestindo a forma de uma imposição a ele dirigida, senão que prevalece, se efetivamente aceita, ou se inequivocamente do seu conhecimento**, como discutida e aceita deve ser, sob pena de invalidade, em todo outro contrato. Seria, aliás, injurídico **que aqueles que não têm a liberdade de deixar de contratar, por serem constrangidos pelas circunstâncias à aceitação do***

*serviço, fossem tratados como aceitantes de uma convenção contrária aos seus interesses, determinada por imposição, e tartufamente interpretada como de livre aceitação, sob fundamento de que o serviço foi livremente aceito* <sup>19</sup>.

Nestas palavras, encontramos a chave para a questão, no que toca à GPL. É inconcebível dizer que aqueles que utilizam *softwares* livres “*não têm a liberdade de deixar de contratar*” pois são “*constrangidos pelas circunstâncias à aceitação*” da licença. Ninguém é constrangido a utilizar um *software* livre e a opção de não aceitar a licença – e não usar o *software* licenciado pela GPL - sempre existe. É até um contrasenso imaginar-se que quem utiliza um programa *livre* esteja experimentando um cerceamento de sua *liberdade*...

Ainda com relação à validade destas cláusulas, assinale-se as lições de Luiz Roldão de Freitas Gomes:

*“Deve a cláusula de irresponsabilidade ser declarada válida, como contrapeso ao vulto excessivo que a vida moderna trouxe aos encargos da reparação do dano. É um fator de equilíbrio, corretor da descompensação produzida pela agravação dos riscos. É relevante para sua eficácia a aceitação da estipulação por parte daquele a quem aproveitaria, na sua ausência, a ação de reparação do dano. Não pode ser deduzida de fórmulas impressas que o interessado, presumivelmente, não tenha conhecido, antes de concluir o contrato: o expedidor que recebe o conhecimento de transporte ou o viajante que adquire bilhete no guichê dificilmente pode ser equiparado ao contratante que assina o instrumento de contrato depois de haver ponderado e discutido as cláusulas. **Também não é válida, se o sacrifício não é compensado por vantagem contratual.** O problema de sua validade encontra definição exata nas exigências de ordem pública. Respeitada esta, deve ser reconhecida na responsabilidade contratual e na extracontratual. É interdita, porém, para o dolo, não para a culpa propriamente dita, a falta involuntária, por mais grave que seja, pois a negligência, a incúria e a estupidez não se equiparam à malignidade. A culpa grave não é vício de consentimento.*”

*“A cláusula, em resumo, só tem cabimento na feição de transação, sendo irrecusável com este caráter. **Só por sua prudente admissão se possibilitará o desenvolvimento de numerosas atividades ameaçadas de paralisação ou descalabro, sob o peso de encargos concernentes à obrigação de reparar**”<sup>20</sup>.*

Aqui vemos outros argumentos favoráveis ao teor da GPL. O *sacrifício* envolvido na renúncia ao direito de ser indenizado é compensado pelo caráter livre e gratuito do *software*. De um lado, a gratuidade do uso propicia economia considerável, multiplicada pelo número de computadores em que o programa livre foi instalado. A disponibilização do código-fonte por sua vez é uma vantagem sem igual: permite não só conhecer o que o programa realmente faz, como também modificá-lo para suprir-lhe eventuais deficiências ou adicionar-lhe novas funcionalidades<sup>21</sup>. A aceitação da cláusula de não-indenizar é a contrapartida para a obtenção destas vantagens, que somente o *software* livre oferece ao usuário. Estas vantagens são tão evidentes, que o *software* livre está proliferando intensamente em todo o mundo, tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento, tanto entre usuários domésticos como entre empresas ou Governos. Difícil, aliás, seria encontrar outro contrato que conferisse tantas vantagens ao beneficiário, ficando aqui lançado o desafio ao leitor. Talvez, somente a doação sem encargos possa ser igualmente benéfica.

Por outro lado, somente com a fixação da cláusula de inexistência de garantia e responsabilidade é que o movimento do *software* livre poderia florescer. Ninguém voluntariamente doaria seu trabalho e conhecimento, sob a forma de um código-fonte aberto e livre, se ainda puder ser responsabilizado pelos erros que, sem intenção, eventualmente cometesse. Assim, ponderando-se as vantagens socialmente apreciáveis com a manutenção deste modelo colaborativo de desenvolvimento de *softwares*, não se pode considerar ilegais as referidas cláusulas restritivas de garantia e responsabilidade.

#### *iv) A GPL estabelece relação de consumo?*

Argumentos que se poderia eventualmente objetar, sobre a validade destas cláusulas de inexistência de garantia e responsabilidade, decorrem dos artigos 24 e 25 do Código de Defesa do Consumidor:

*Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.*

*Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.*

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

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

Some-se a esta polêmica o fato de que estamos tratando de uma situação muitíssimo nova e inusitada, em que um bem que já é bastante peculiar, como acima já dissemos ser o *software*, ainda está sendo produzido em comunidades abertas, por trabalho voluntário, e distribuído livremente juntamente com seu código-fonte.

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

O jovem filósofo finlandês Pekka Himanen em seu estudo *A Ética dos Hackers e o Espírito da Era da Informação*, desenvolve argumento weberiano para explicar o que motiva estas comunidades: a paixão pelo que se faz.

*“Os clérigos da era pré-protestantista interpretavam trabalho, “árduo”, como punição. Na literatura visionária medieval que fala das imagens do Inferno, os instrumentos de trabalho deixam clara sua real natureza: a de instrumentos de tortura. Os pecadores são punidos com martelos e outras ferramentas. Além disso, de acordo com essas visões, há no Inferno uma tortura muito maior que a infligida fisicamente: o trabalho eterno.*

.....

*“Levando em consideração tal histórico, é possível agora entender melhor a mudança ocasionada pela postura adotada pela Reforma Protestante com relação ao trabalho. Em termos simbólicos, foi como se o centro de gravidade da vida passasse do domingo para a sexta-feira. A ética protestante redirecionou essa ideologia de forma tão completa que trocou as posições do Céu e do Inferno. A partir do momento em que o trabalho por si só tornou-se um objetivo na terra, o clero passou a achar difícil imaginar o Paraíso como um lugar onde simplesmente se passa o tempo com lazer, e o trabalho deixou de ser visto como forma de punição infernal.*

.....

*“Quando a ética dos hackers é encaixada nesse contexto histórico, é fácil ver que essa ética – compreendida não apenas como a ética dos hackers de computadores, mas como um desafio social de modo geral – assemelha-se de forma muito mais contundente à ética pré-protestante do que à ética protestante. Nesse sentido, pode-se dizer que para os hackers o objetivo da vida está mais próximo de domingo que de sexta-feira. Contudo, vale notar que a ética protestante não é, em última análise, igual à ética pré-protestante, cuja idéia de paraíso é viver no ócio. Os hackers desejam tornar concretas as suas paixões, e estão prontos a admitir que a busca por tarefas ainda mais interessantes talvez não seja sempre assim tão fácil.*

*“Para os hackers, paixão descreve de forma geral o teor de suas atividades, embora sua realização talvez não seja totalmente um jogo divertido em todos os seus aspectos. Dessa forma Linus Torvalds descreveu seu trabalho no Linux como uma combinação de um passatempo divertido e trabalho sério: 'O Linux foi sempre um passatempo (mas da melhor categoria: um passatempo sério)'. Embora sendo um passatempo sério e criativo, o hackerismo também gera trabalho pesado. Em seu guia Como tornar-se um Hacker, Raymond comenta: 'Ser um hacker é muito divertido, mas ao mesmo tempo é engraçado que a atividade exija muito esforço', esforço este necessário à criação de algo maior. Além disso, os hackers estão dispostos a realizar tarefas menos interessantes, se isso for necessário para a criação do todo. Contudo, o significado maior do objetivo final faz com que as partes mais chatas valham a pena. Raymond escreve que: 'O trabalho árduo e a dedicação passam a ser uma espécie de jogo intenso em vez de trabalho pesado’<sup>22</sup>.*

Linus Torvalds, criador do sistema operacional Linux, em prefácio à obra de Himanen, narra, como experiência própria e com certa dose de ironia, a motivação destas comunidades produtoras de *software* livre. Inicia com a apresentação daquilo que ele próprio denominou de “*Lei de Linus*”:



*“Segundo a Lei de Linus, os fatores que atuam como motivações podem ser classificados em três categorias fundamentais. E o mais importante é, assim como no processo de evolução, passar de uma fase para outra ou mudar de categoria. As categorias são, nesta ordem, 'sobrevivência', 'vida social' e 'diversão'.*

*“A primeira etapa, sobrevivência, é uma verdade incontestável. Qualquer ser vivo procura a sobrevivência em primeiro lugar.*

.....

*“É certo que existem pessoas que valorizam os laços sociais mais que suas próprias vidas. O exemplo clássico da literatura em que essa valorização é encontrada é Romeu e Julieta. O ideal de 'morrer por sua família/país/religião', por exemplo, também reforça a idéia de que há casos em que os laços sociais podem ser mais importantes que a própria vida.*

*“Diversão pode parecer uma escolha meio estranha, mas o que quero dizer com diversão é mais do que simplesmente jogar Nintendo. É xadrez. É pintura. É o exercício mental de tentar explicar o universo. Einstein não foi obrigado a fazer seus estudos de física porque precisava sobreviver. E, provavelmente, seus motivos nem mesmo eram de ordem social. Para ele, era tudo diversão. Diversão é algo intrinsecamente interessante e desafiador.*

.....

*“Um hacker é uma pessoa para quem o computador já não é um meio de sobrevivência ('eu ganho o pão de cada dia como programador') e partiu para as outras duas etapas. Ele usa o computador para formar laços sociais – o e-mail e a Internet são excelentes formas de ter uma comunidade. Mas para um hacker, o computador também significa diversão. Não os jogos, nem as fotos na Internet. O próprio computador é que é a diversão.*

*“Foi assim que surgiu o Linux. O importante não é ganhar dinheiro. O motivo que leva os hackers do Linux a entrar em ação é que eles*

*acham isso interessante e gostam de compartilhar suas descobertas com outras pessoas. E, a partir daí, é possível se divertir fazendo algo interessante e também preencher a parte social. É assim que se produz o efeito social do Linux, que leva uma porção de hackers a trabalhar juntos só porque gostam do que fazem”<sup>23</sup>.*

As comunidades que hoje desenvolvem *software* livre representam um retorno ao modelo de desenvolvimento inicial dos programas de computador, antes que o mercado neles visse uma mercadoria:

*“O desenvolvimento de Software começou onde as tecnologias começaram a ser desenvolvidas, é claro. Grandes faculdades dos EUA, naqueles tempos tinham pessoas trabalhando em diversos projetos de computação. As pessoas de diversas universidades trabalhavam em uma pseudo-competição. Disputavam para saber quem desenvolvia o software mais útil, mais interessante, mais rápido e trocavam essas soluções entre si. Sempre havia uma pessoa disposta a melhorar o trabalho dos outros ou adaptar para as necessidades locais e contribuir com suas modificações para todos, já que sempre havia alguém com necessidades parecidas.*

*“O pessoal do MIT, por exemplo, desenvolveu programas para controlar melhor as impressoras matriciais que tinham. Os softwares que existiam não avisavam de papel preso na impressora e outras falhas. Os programadores o modificaram para que tudo isso fosse avisado, então qualquer erro que acontecia era sanado com rapidez.*

.....

*“Como toda boa idéia, o computador logo foi abraçado pelo mercado. As pesquisas em desenvolvimento de novas soluções cresceram e empresas começaram a criar seus produtos para se firmar. Começaram a aparecer, então, programas que tinham seu código fonte, ou seja, a linguagem escrita pelo programador, escondido como segredo comercial.*

*“Os softwares eram agora desenvolvidos por um grupo de programadores pagos por uma empresa para criar programas que atendessem as necessidades do mercado. Esses programadores assinavam termos de compromisso de não divulgação dos segredos das empresas”<sup>24</sup>.*

Enfim, o que está em ebulição é um modo de associação e de comportamento em que, adotando um modelo colaborativo que se assemelha ao modelo de pesquisa científica/acadêmica, programadores de computador estão se divertindo com o que gostam de fazer e, ao mesmo tempo, estão disponibilizando programas livres de modo tão eficiente, rápido e organizado, que está abalando os restritos monopólios da indústria do *software*, como até então conhecida. Considerar a disponibilização destes *softwares* algo análogo a “colocar-se um produto no mercado” soa tão impróprio quanto considerar que uma tese acadêmica, que pode ser lida em um biblioteca pública, tenha a mesma natureza. Não se cogitaria em considerar *fornecedor* um Doutor em Física, nem responsabilizá-lo por danos que leitores de sua tese possam ter sofrido ao experimentar realizar praticamente o que nela aprenderam.

Destaque-se, por último, que a natureza livre do *software* e a gratuidade envolvida no seu uso são reais, não são meros expedientes comerciais para atingir a clientela<sup>25</sup>, o que permitiria situar esta relação como mais uma relação de consumo. Não se pode compará-los a uma amostra grátis ou brinde, ou a um *plus* qualquer que seja fornecido ao consumidor que paga por outros produtos e serviços. Conquanto alguns serviços onerosos possam ser contratados em torno do *software* livre, tais serviços não serão necessariamente prestados por quem produziu o programa e o liberou sob a GPL. Aliás, o mais provável é que não o sejam. Tendo código aberto e sendo livremente distribuídos, quaisquer profissionais competentes e habilitados podem prestar tais serviços correlatos; lembre-se, ainda, que estamos falando de um fenômeno mundial e que, portanto, pessoas de países distantes são os produtores dos *softwares* livres que podemos estar utilizando e que, por essa distância, não iriam jamais prestar tais serviços, o que permite a geração de negócios locais. No ambiente de livre concorrência que se cria, é difícil dizer que aqueles que escreveram o *software* poderiam fazer disso a alavanca de um outro negócio correlato, de modo que sua livre distribuição pudesse ser vista como uma relação de consumo mascarada. O produtor do

programa, ao publicar o código-fonte, sequer guardou para si algum conhecimento privilegiado que pudesse torná-lo um competidor avantajado na prestação de serviços ou oferecimento de bens correlatos ao *software* livre.

Mais do que enumerando argumentos teóricos ou retóricos, isso se percebe ao observar-se a realidade da produção de *softwares* livres.

A própria definição de fraqueza do consumidor, principal justificativa para a existência da legislação protetiva, inexistente aqui. Ninguém é obrigado ou compelido de qualquer forma a aceitar a licença e utilizar o *software* livre. E tem o usuário total disposição sobre o programa, fato não encontrado em nenhuma relação consumidor/produto que se possa imaginar.

Ainda que tivéssemos diante dos olhos uma peculiar situação em que um dado *software* livre fosse a única opção disponível para o desempenho de uma certa tarefa, ainda assim não vislumbramos possibilidade de responsabilização. Se situação tal existir, isso significaria que a tarefa desejada está beirando os limites do conhecimento humano; o *software*, com os defeitos que contiver, representa o que de melhor a tecnologia de programação chegou até aquele dado momento. Do contrário, haveria quem pudesse tê-lo aperfeiçoado, a partir de seu código-fonte aberto.

O fato de outras relações jurídicas e negociais serem estabelecidas em torno do *software* livre, estas sim a título oneroso, em nada colidem com estas disposições da GPL. Não vem ao caso, no âmbito do presente artigo, analisar quais seriam os direitos, obrigações e responsabilidades decorrentes destas outras relações jurídicas, até porque podem assumir diversos contornos e, diante da liberdade de contratação, os termos pactuados, seja livremente, seja por adesão, podem ser os mais variados.

O que importa é não confundir o direito de uso, cópia, distribuição e modificação, que são transferidos gratuitamente a todas as pessoas que obtiverem o *software*, com estas outras atividades paralelas que são onerosas. Obrigações e responsabilidades por certo nascem destas contratações, talvez algumas adquiram a feição de relação de consumo, mas isso já se torna algo diverso do que se prevê na GPL. Uma vez que estas relações se estabelecem, é necessário identificar pelo que se está recebendo contraprestação onerosa - o seu objeto, portanto - pois

pelo *software* em si, como vimos, nada é cobrado. É sobre o objeto destas relações que se estabelecerão direitos, obrigações e responsabilidades mútuas.

Seja porque estas relações onerosas são eventuais e eletivas, seja porque nelas não se está obtendo contraprestação pelo uso do *software*, não há porque desconfiar da ilegalidade das disposições estabelecendo inexistência de garantia e de responsabilidade pelo que é gratuitamente cedido pela GPL

Assim, dentro dos estritos termos da GPL, que prevê a transferência a título gratuito do direito de uso, cópia, distribuição e modificação do programa de computador, é perfeitamente possível estabelecer-se as cláusulas de inexistência de garantia e responsabilidade não incidindo, na hipótese, o Código de Defesa do Consumidor, dado que não se identifica aqui uma relação de consumo. Sobre outros negócios jurídicos, estes onerosos, e nos limites do seu objeto, que não atingem o *software* em si, pode o CDC ser aplicado, mas a análise destas múltiplas e variadas relações também foge do âmbito deste artigo.

**v) *Uma comparação imperfeita...***

Como mencionado ao longo deste texto, o *software* é um bem muito peculiar, e dificilmente qualquer tipo de comparação com outros bens ou serviços deixaria de soar imperfeita, para não dizer até absurda.

Deve ser conhecida pelo leitor a bem humorada comparação entre a indústria da tecnologia com a automobilística. Se esta, segundo dita comparação, tivesse se desenvolvido tanto quanto aquela, um Rolls Royce custaria algo como 10 dólares e rodaria 300 quilômetros com um litro de combustível...

Que comparação o modelo de construção e distribuição dos *softwares* livres poderia manter com a indústria automobilística?

Primeiramente, seria como se todas as peças que compõem o veículo<sup>26</sup> fossem distribuídas gratuitamente, juntamente com o seu projeto; e que todas as pessoas tivessem em casa, à sua disposição, um parque industrial para poder modificá-las, ou para montar um veículo<sup>27</sup>. As montadoras<sup>28</sup> reuniriam estas peças e formariam um veículo pronto, que seria dado de graça, juntamente com todos os projetos. Todas estas entidades poderiam distribuir de graça seus

produtos, porque a matéria-prima para fazê-los seria farta e gratuita<sup>29</sup> e os seus trabalhadores seriam todos voluntários<sup>30</sup>. Também o usuário do automóvel teria matéria-prima disponível e gratuita para modificar o produto, se quisesse fazê-lo.

O exemplo é evidentemente absurdo! Viola leis da econômicas, e até mesmo leis da natureza, pois a matéria-prima jamais seria inesgotável e disponível a custo zero. Mas é justamente esta a “mágica” que envolve a exploração econômica do *software*: uma vez escrito o programa, não há custo na sua multiplicação. Mas, se tais fossem as condições da aquisição de veículos, alguém diria haver aqui alguma relação de consumo? Dadas as vantagens dadas ao usuário, seria justo responsabilizar os produtores de peças ou as montadoras, senão por dolo?

Ainda neste mundo imaginário, alguns agentes econômicos, incluindo-se as produtoras de peças e veículos, poderiam ganhar algum dinheiro ensinando aos usuários como dirigir o automóvel. Ou personalizando-o, para atender ao gosto particular do cliente. Mas nada impediria que o usuário dispensasse estes serviços, aprendendo por si como fazê-lo. Nada, igualmente, o obrigaria a contratar o serviço de quem fabricou a peça ou o veículo, havendo no mercado muitos outros sujeitos habilitados para tanto. Portanto, num contexto exótico como esse, a obtenção do veículo dificilmente poderia ser considerada uma relação de consumo.

Pois é justamente assim que se deve entender as disposições contidas na GPL.

## **5. *Software* livre e interesses difusos.**

Feitas estas considerações, que concluem pela legalidade da GPL diante do ordenamento jurídico nacional, passamos a propor para debate o seguinte tema: haveria interesses difusos em torno do *software* livre?

A questão poderia ser vista com estranheza, enquanto se pensasse no *software* – e especificamente no software livre – apenas como uma criação protegida pelo direito autoral, este de natureza tipicamente individual. Entretanto, conhecendo o modelo de desenvolvimento do *software* livre e sua repercussão

social, econômica e política, pretender relacioná-lo com interesses difusos não soaria tão estranho.

Uma das idéias básicas em torno do movimento do *software* livre consiste em tratar o código-fonte de programas de computador como se fosse conhecimento científico. Assim como pesquisas e descobertas científicas publicadas dão ensejo a que outros possam aperfeiçoá-las, ou deduzir outros conhecimentos a partir delas, o *software* livre permite que outros *softwares* sejam produzidos a partir de seu código-fonte.

Noutras palavras, o código-fonte destes *softwares* pode ser considerado um conhecimento que é tornado público e que, diversamente de outros conhecimentos científicos universais, que acabam sendo apropriados por quem deles derive algum bem ou produto, é tornado público com a condição de que continue indefinidamente a ser público.

Não é difícil perceber que, mais do que os interesses individuais dos seus criadores, que nenhuma contraprestação esperam pela criação em si, há um interesse de toda a sociedade na manutenção do *status* livre destes *softwares* e de suas derivações. Até porque, conforme o tempo passe e mais e mais *softwares* livres sejam escritos, a tendência é que pedaços de seus códigos-fonte cada vez mais se misturem entre si; assim, não bastasse o fato de que boa parte destes *softwares* são desenvolvidos em comunidades abertas, das quais qualquer voluntário com suficientes conhecimentos poderia participar, o passar dos anos – e já estamos percebendo isso agora – fará com que toda a massa de códigos-fonte livres componha uma imensa biblioteca de conhecimento, da qual qualquer um poderá se servir.

Fica evidente, então, que a apropriação deste conhecimento, tornado público pelo seu produtor sob a condição de permanecer público, é ato que afronta os interesses de toda a sociedade. O descumprimento das disposições da GPL, que exigem que as derivações do *software* livre sejam também livres, atenta contra o interesse de toda a sociedade no respeito ao modelo de desenvolvimento comunitário e coletivo, que tantos benefícios produz, pondo em risco a sua continuidade. Ao deixar de retornar para uso livre e comum da sociedade um programa de computador derivado de outros conhecimentos livres e comuns, que

a sociedade produziu e regulou sob o manto das licenças livres, isso configura claro atentado aos interesses desta sociedade.

O interesse pelo respeito aos termos da GPL por aquele que copia ou modifica o programa para posterior distribuição, então, assume as características de um interesse difuso: a indivisibilidade do objeto e a indeterminação do sujeito.

Imagine-se o seguinte exemplo: alguém, aproveitando-se do código-fonte do programa X, licenciado pela GPL, cria um programa Y e o distribui em desacordo com a licença, seja cobrando pelo seu uso, seja não disponibilizando o código-fonte derivado. Tal lesão à GPL atinge uma coletividade indeterminada de sujeitos. Sim, pois, respeitados os termos da GPL por esse programador, e lançado o *software* Y também pela GPL, isso significaria que *todos e qualquer um* teriam direito de livremente usar, modificar, copiar e distribuir também o programa Y. Não se atinge apenas quem criou X, ou quem já usava X, pois até pessoas que não usavam X podem ter interesse no programa derivado Y, ao que teriam direito sob a GPL.

Por outro lado, parece-nos bastante claro que exigir-se que este programa passe a ser distribuído pela GPL, abrindo-se seu código-fonte, é interesse de natureza incindível, não se identificando qual poderia ser a cota-parte de possíveis interessados individuais. Uma vez realizado este propósito, todas as pessoas são ao mesmo tempo satisfeitas.

Vejamos outro exemplo, ainda, levando-se em conta infração a outro tipo de disposição contida na GPL: um programador faz alterações em X e as distribui, sem informar que aquela versão é modificada por ele. Pessoas não-determinadas podem utilizar esta versão, acreditando que se trate do conceituado *software* X, amplamente conhecido por seu bom funcionamento, quando na verdade poderão estar-se utilizando de uma versão modificada e não suficientemente testada.

*“Do prisma puramente processual, José Carlos Barbosa Moreira cunhou uma fórmula muito interessante para caracterizar o conteúdo da indivisibilidade. Ensinou que indivisível é o interesse que resulta para os interessados numa situação absolutamente idêntica e indissociável: a defesa da parcela de um deles (se fosse possível)”*



*implicaria simultaneamente na de todos; a transgressão da parcela de um dos interessados (ou o resultado negativo de uma demanda – dependendo da fundamentação, como analisarei adiante) implicaria na transgressão de todos*<sup>31</sup>.

É interessante notar que a GPL é uma licença lançada ao público em geral, a toda a população mundial, e que, no ato de lançamento do programa nestes termos, são conferidos direitos a toda essa massa de sujeitos. Estando o *software X* disponível para *download* sob a GPL, todas as pessoas têm o direito de baixá-lo para seu computador e *usar, copiar, modificar e distribuir* este programa, bastando respeitar os termos da licença. Não é comparável às licenças de uso dos *softwares* “proprietários”, que estabelecem uma relação jurídica específica entre o detentor dos direitos e o usuário que com ele contrata o uso. O desrespeito à GPL, então, atenta contra todos estes que teriam direito de usar, copiar, modificar e distribuir o programa.

Portanto, no sentido de assegurar maior proteção aos softwares livres contra alguma violação da GPL, é importante poder contar com as formas de tutela jurisdicional coletiva, que podem ser pleiteadas pelos legitimados extraordinários autorizados na lei. Do contrário, a proteção à GPL pode se mostrar um tanto quanto frágil, se se exigir que a demanda seja instaurada por quem detenha direitos autorais sobre o software livre. O criador do código-fonte violado pode ser alguém domiciliado em algum local remoto do globo; possivelmente não iria, por si, onerar-se e arriscar-se em uma demanda judicial que nenhum benefício econômico lhe traria; ou, por vezes, pode ser difícil ou impossível identificar precisamente quem seria o titular daqueles pedaços de código que foram indevidamente apropriados.

Se a continuidade do modelo livre de desenvolvimento é algo que interessa à sociedade como um todo, que se permita a tutela coletiva dos softwares livres como forma efetiva de resguardar esses interesses, de inigualável relevância social em uma moderna sociedade da informação.

Ora, a Lei nº 7.347/85, com suas alterações posteriores, prevê que a ação civil pública poderá ser utilizada para a proteção de “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”, além daqueles nominados no seu artigo 1º<sup>32</sup>. Assim, desde a inserção deste inciso pelo Código de Defesa do Consumidor, o rol de interesses

difusos tutelados por esta via deixou de ser taxativo. Como demonstrado acima, a violação aos termos da GPL provocaria lesão a interesses difusos e, portanto, a ação civil pública pode ser utilizada para pleitear a sua reparação. A ação civil pública pode ter por objeto “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”<sup>33</sup>, de modo que tanto se poderia pleitear uma reparação pecuniária, a reverter para um fundo destinado a reparar o dano causado, se for o caso, como também seria possível determinar-se que *softwares* derivados que violem a GPL sejam convertidos em programas livres e disponibilizado o seu código-fonte.

Evidentemente, outros pressupostos de admissibilidade da ação civil pública haveriam de ser analisados caso a caso, tais como a legitimidade ativa para defesa deste tipo de interesses ou a competência da autoridade judiciária brasileira para julgar o conflito, mas tais questões também fogem ao objeto deste artigo. O que importa considerar é que o bem jurídico consistente no respeito às disposições da GPL pode ser protegido pela via da ação civil pública.

<sup>1</sup>*in* “The GNU Project” (tradução dos autores), disponível em <http://www.fsf.org/gnu/thegnuproject.html>.

<sup>2</sup>A expressão “*for a fee*” foi traduzida aqui por “mediante pagamento”, que melhor se ajusta à idéia, vez que “taxa” ou “preço” são expressões que têm significados jurídicos muito específicos e, possivelmente, pouco adequados para definir a remuneração do distribuidor de software livre.

<sup>3</sup>BITTAR, Carlos Alberto; *Os Direitos da Personalidade*, Forense Universitária, 1989, p. 6.

<sup>4</sup>Idem, *ibidem*, p. 134.

<sup>5</sup>Idem, *ibidem*, p. 137.

<sup>6</sup>Art. 2º, §1º, da Lei nº 9.609/98.

<sup>7</sup>MASSIMINI, Anna; *Cyberdiritto d'autore*, Edizioni Simoni, 1999, p. 47.

<sup>8</sup>Art. 2º, §2º, da Lei nº 9.609/98.

<sup>9</sup>Ver em <http://www.gnu.org/licenses/licenses.html>.

<sup>10</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva; *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Forense, 1987, pp. 49-50.

<sup>11</sup>Idem, *ibidem*, pp. 50-51.

<sup>12</sup>MARTINS, Fran; *Curso de Direito Comercial*, Forense, 1984, p. 49.

<sup>13</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça; *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*, Ed. Atlas, 2002, pp. 59-60.

<sup>14</sup>Art. 11, da Lei nº 9.609/98.

<sup>15</sup>Art. 9º, da Lei nº 9.609/98.

<sup>16</sup>Os termos da licença podem ser encontrados em <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>. Há uma tradução para a língua nacional em

[http://www.magnux.org/doc/GPL-pt\\_BR.txt](http://www.magnux.org/doc/GPL-pt_BR.txt), mas que não é considerada oficial, apenas a versão em inglês é considerada oficial.

17Tradução não oficial. O original inglês diz: “*This License applies to any program or other work which contains a notice placed by the copyright holder saying it may be distributed under the terms of this General Public License*”.

18PEREIRA, Caio Mário da Silva; *Instituições de Direito Civil*, vol. II, Forense, 2003, p. 350.

19Idem, ibidem, p. 354 (grifos nossos).

20GOMES, Luiz Roldão de Freitas; *Elementos de Responsabilidade Civil*. Renovar, 2000, p. 180-181 (grifos nossos).

21É evidente que a grande maioria das pessoas não tem conhecimentos técnicos para compreender o código-fonte, ou modificá-lo. O importante, no entanto, é que o criador do *software* autoriza a modificação, tanto oferecendo os meios técnicos – a disponibilização do código-fonte – como jurídicos – a GPL.

22HIMANEN, Pekka; *A Ética dos Hackers e o Espírito da Era da Informação*, Trad. de Fernanda Wolff, Ed. Campus, 2001, pp. 27-31. É oportuno destacar que a palavra “hacker” é utilizada no livro em sua acepção original, para designar um profundo conhecedor de computadores, que sente prazer em lidar com eles, e não na conotação que a mídia posteriormente viria a atribuir, de “criminoso digital”. Na obra de Himanen, o conceito de “hacker” é estendido para todos aqueles que, profissionais qualificados de qualquer área, gostam do trabalho que fazem e até se divertem com ele.

23TORVALDS, Linus; prefácio à obra de Pekka Himanen, op. cit., pp. 14-16.

24SILVA, Gustavo Noronha; “A importância do Software na nossa vida” [online], disponível em <<http://people.debian.org/~kov/software.html>>.

25V. acima a distinção entre *software livre* e *freeware*.

26Que seriam comparadas aos vários aplicativos livres que estão disponíveis.

27Um computador é, no mais das vezes, tudo que o usuário precisa para refazer estas “peças”.

28As montadoras poderiam ser comparadas às várias distribuições Linux, que reúnem diversos *softwares* livres em CDs, facilitando a instalação e configuração de todos eles.

29Um *software* não precisa de matéria-prima.

30Os programadores voluntários que se reúnem em comunidades são os “trabalhadores” destas fábricas.

31VIGLIAR, José Marcelo Menezes; *Tutela Jurisdicional Coletiva*, Ed. Atlas, 3ª ed., 2001, p. 69.

32Art. 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/85.

33Art. 3º, da Lei nº 7.347/85.