

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Programa de Pós-graduação em Direito

HENRIQUE VIEIRA PONTES

SOFTWARE LIVRE EM PERSPECTIVA
Uma análise a partir da ADI nº 3.059/RS

BRASÍLIA
2013

HENRIQUE VIEIRA PONTES

SOFTWARE LIVRE EM PERSPECTIVA

Uma análise a partir da ADI nº 3.059/RS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como pré-requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Dr. Daniel Amin Ferraz

BRASÍLIA
2013

HENRIQUE VIEIRA PONTES

SOFTWARE LIVRE EM PERSPECTIVA

Uma análise a partir da ADI nº 3.059/RS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como pré-requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Políticas Públicas.

Aprovada em Brasília, _____ de _____ de _____.

Banca examinadora:

À minha amada e querida família: Bárbara, minha noiva, Nelson e Cristina, meus pais, e Gabriel, meu irmão.

RESUMO

Informatização de processos e procedimentos, digitalização de documentos, utilização de recursos de videoconferência, serviços de atendimento via internet, diversas são as iniciativas de modernização da máquina estatal relacionadas à utilização de tecnologia. Em alguma extensão, todos esses esforços estão voltados à melhoria da gestão pública, buscando conferir maior agilidade e eficiência aos serviços prestados pelo Estado. Este trabalho investiga uma das medidas que vem sendo recentemente adotadas neste mesmo contexto: a utilização de software livre. Mais especificamente, a estipulação de preferência pelo software livre nas contratações realizadas pelo Estado. Para desenvolver o tema, a ADI n. 3.059/RS é analisada. Trata-se de ação proposta por partido político, que busca a declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 11.871/2002, expedida pelo Estado do Rio Grande do Sul. Essa lei prevê justamente a preferência pelo software livre nas licitações conduzidas pela Administração Pública local. Sob um enfoque que enxerga essa preferência como uma política pública, a ADI é analisada com o fim de se extrair os questionamentos jurídicos que a preferência pelo software livre suscita, ressaltando os limites da apreciação judicial e destacando a sua íntima relação com o direito de propriedade intelectual.

Palavras-chave: software livre; políticas públicas; ADI; propriedade intelectual.

ABSTRACT

Computerization of processes and procedures, document scanning, use of video conference, services provided via internet, there are several initiatives to modernize the state apparatus related to the use of technology. To some extent, all these efforts are aimed at improving public administration, seeking to supply greater agility and efficiency to the services provided by the government. This paper investigates one of the measures that have been taken recently in this same context: the use of free software. More specifically, the decision to give preference to free software in contracts held by the government. To develop this theme, the ADI n. 3.059/RS is analyzed. This case was proposed by a political party, seeking the declaration of unconstitutionality of the Free Software Act (Lei n. 11.871/2002), issued by the State of Rio Grande do Sul. This act provides the preference for free software in bidding conducted by the local Public Administration. From a perspective that sees this preference as a public policy, the ADI is analyzed in order to extract the legal issues that the preference for free software raises, highlighting the limits of judicial review and the close relationship with intellectual property law.

Key-words: free software; public policy; ADI; intellectual property.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – SOFTWARE LIVRE E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	13
1.1 Iniciativas públicas de software livre no Brasil.....	13
<i>1.1.1 Manifestações normativas no âmbito federal</i>	<i>14</i>
<i>1.1.2 A Lei nº 11.871/2002 do RS.....</i>	<i>23</i>
<i>1.1.3 A Lei nº 14.009/2012 do RS.....</i>	<i>27</i>
1.2 O software livre contextualizado.....	30
<i>1.2.1 A preferência como política pública</i>	<i>30</i>
<i>1.2.2 A judicialização da política pública.....</i>	<i>35</i>
1.3 Limites da atuação judicial.....	38
<i>1.3.1 A Constituição flexível de Zagrebelsky</i>	<i>38</i>
<i>1.3.2 A dignidade da legislação por Waldron.....</i>	<i>44</i>
<i>1.3.3 Parâmetros para a apreciação judicial</i>	<i>46</i>
CAPÍTULO 2 – PROCESSO E JULGAMENTO DA ADI N. 3.059/RS	50
2.1 A petição inicial do PFL/DEM	51
2.2 As manifestações do Governador e da Assembleia Legislativa do RS	58
2.3 Os votos dos Ministros na medida cautelar	62
2.4 As manifestações de AGU e PGR.....	66
2.5 As manifestações dos <i>amici curie</i>.....	73
2.6 O voto do Ministro Relator.....	82
CAPÍTULO 3 – SOFTWARE LIVRE EM PERSPECTIVA	88
3.1 Software livre v. software proprietário	88
3.2 Software e propriedade intelectual.....	100
<i>3.2.1 As formas de proteção do software</i>	<i>101</i>
<i>3.2.2 O patenteamento do software no Brasil</i>	<i>111</i>
<i>3.2.3 A Lei n. 9.609/1998 e os termos do software livre</i>	<i>115</i>
3.3 Uma leitura sobre a ADI n. 3.059/RS	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS	133

INTRODUÇÃO

Informatização de procedimentos e processos, digitalização de documentos, utilização de recursos de videoconferência, disponibilização de serviços de atendimento ao cidadão via internet, diversas são as iniciativas de modernização da máquina estatal relacionadas à utilização de tecnologia. Em alguma extensão, todos esses esforços estão voltados à melhoria da gestão pública, buscando conferir maior agilidade ou eficiência aos serviços prestados pelo Estado.

Neste trabalho, investiga-se uma das medidas que vem sendo recentemente adotadas nesse mesmo contexto: a utilização de softwares livres pela Administração Pública. Mais especificamente, lida-se com a estipulação de preferência pelo software livre nas contratações realizadas pelo Estado. Trata-se de escolha geralmente motivada pela potencial redução de gastos, decorrente dos baixos custos de licenciamento desse tipo de software, e também pela possibilidade de apropriação de conhecimento tecnológico e, com isso, desenvolvimento de uma indústria nacional.

A importância da pesquisa decorre, sobretudo, da pertinência do tema na agenda política nacional. Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.269/99, de autoria do deputado federal Walter Pinheiro, que estabelece a preferência pelo software livre nas aquisições feitas no âmbito federal. Mesmo sem a aprovação desse projeto, o governo federal vem apoiando e incentivando o uso do software livre, notadamente a partir do primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva como Presidente da República. Mas a iniciativa não é exclusividade da União. Alguns Estados também adotaram medidas legislativas semelhantes. É o caso, por exemplo, do Rio Grande do Sul, do Mato Grosso do Sul, de Goiás, de Santa Catarina e do Paraná. Isso sem contar ações análogas promovidas em outros países, como Portugal e Inglaterra.

Para desenvolver o tema, toma-se por objeto a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.059/RS. Trata-se de ação que foi proposta por partido político com representação no Congresso Nacional (o então PFL, hoje Democratas), que busca a declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 11.871/2002, aprovada pelo Estado do Rio Grande do Sul. Essa lei prevê justamente a preferência pelo software livre nas licitações conduzidas pela Administração Pública local.

A escolha da ADI como objeto da pesquisa também concorre para que o trabalho seja relevante. Tendo em vista o escopo desse tipo de ação e, conseqüentemente, sua abrangência geral, o resultado do julgamento da ADI nº 3.059/RS é determinante para avaliar o que se fará em relação ao tema. Cada uma das iniciativas mencionadas acima (tanto da União, como dos Estados) será afetada pela decisão tomada nessa ação, que pode ratificar a preferência pelo software livre ou mesmo inviabilizá-la.

Por óbvio, uma decisão judicial pode não ser suficiente para afastar de maneira definitiva a preferência (política) pelo software livre. No entanto, um resultado desfavorável à lei gaúcha certamente imporá modificações ou pelo menos adaptações nas medidas que foram ou vem sendo adotadas com este fim. A extensão dessas adaptações depende de se saber o que está em jogo. Mais do que nunca, é fundamental entender o que se discute na ADI n. 3.059/RS. Por isso, como será indicado adiante, dedica-se um capítulo a esmiuçar todos os argumentos lançados no caso.

Antes, porém, busca-se contextualizar a preferência pelo software livre, procurando enfatizar os elementos que lhe deram origem. Nesse sentido, a preferência é apresentada como uma política pública, fruto da escolha e da atuação concertada do parlamento estadual. Dessa constatação, por sua vez, surge um importante questionamento, concernente aos limites da apreciação judicial subjacente à propositura da ação direta. Em se tratando de uma decisão política a princípio tomada de modo legítimo, é preciso avaliar até que ponto a apreciação judicial provocada pelo partido pode seguir.

Para enfrentar essa questão, busca-se uma orientação teórica que permita considerar de maneira satisfatória os fatores em jogo. Parta-se basicamente das ideias expostas por dois autores. O primeiro deles é Gustavo Zagrebelsky, autor de “El derecho ductil”. O segundo é Jeremy Waldron, autor da obra “A dignidade da legislação”. Como explicado e enfatizado no curso deste trabalho, as teses desenvolvidas por esses autores não coexistem de uma maneira óbvia, mas se entende ser possível conciliá-las a partir de um ponto de vista específico. Assim, com o intuito de realizar um verdadeiro exercício de compatibilização dessas teorias, formula-se, neste trabalho, uma ideia própria a respeito dos limites da atuação judicial de políticas públicas, cujo extrato teórico orienta e conforma a análise que se faz da ADI n. 3.059/RS.

O trabalho se desenvolve a partir de três problemas centrais: (i) quais os limites da apreciação judicial de uma política pública? (ii) em que consiste a diferença entre software livre e proprietário? e, (iii) como o resultado da ADI n. 3.059/RS pode afetar a preferência (política) pelo software livre? Nesse momento inicial da pesquisa, são formuladas as seguintes hipóteses provisórias: (i) a análise judicial da política pública deve se ater aos aspectos de validade e invalidade da norma; (ii) a diferença entre software livre e proprietário está diretamente relacionada à gestão dos direitos de propriedade intelectual; e, (iii) embora demande adaptação da forma ou mesmo do conteúdo da norma que a veicula, o resultado da ADI dificilmente importará a extinção da preferência pelo software livre.

Do ponto de vista metodológico, é de se dizer que o enfoque adotado na condução das investigações é precipuamente dogmático. A pesquisa toma, ainda, um nítido caráter pragmático, na medida em que se apoia em uma discussão real (em contraposição a uma discussão que pudesse ser tão somente teórica) e busca examinar seus possíveis desdobramentos. Pretende-se enfrentar os problemas apresentados e encontrar respostas plausíveis utilizando linguagem informativa e diretiva e partindo de uma reflexão orientada pelo marco teórico acima descrito. Para realizar essa tarefa, faz-se uso das técnicas de revisão bibliográfica e documental.

No que tange à sua estrutura, o trabalho foi dividido em três capítulos. No Capítulo 1, são examinados elementos fundamentais para o pleno entendimento da ADI n. 3.059/RS. Analisa-se, em primeiro lugar, algumas iniciativas públicas voltadas ao software livre. Para isso, foram selecionadas três proposições legislativas, dentre as quais a própria Lei n. 11.871/2002. Adiante, por entender que se trata de lei que veicula uma política pública, a norma também é examinada sob esta ótica. Ao final, com o intuito de expor a orientação teórica que se adota para analisar essa ação direta de inconstitucionalidade, são feitas considerações a respeito da judicialização de políticas públicas e dos limites da atuação judicial nesses casos.

No Capítulo 2, descreve-se o processo e o julgamento da ADI n. 3.059/RS. Seguindo a ordem em que cada um dos atos processuais foi praticado, indica-se os partícipes do caso e as teses que desenvolveram para defender ou atacar a validade da Lei n. 11.871/2002. Além das figuras obrigatórias, como AGU e PGR, são analisados os argumentos construídos pelos *amici curie* que foram autorizados a participar do processo. Exponha-se os fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento da medida cautelar requerida pelo autor da ADI e, também, o voto do relator quanto ao mérito da ação. Não se vai além disso, uma vez que, após pedido de vista, o caso não voltou a ser apreciado e, até a data de fechamento deste trabalho, o julgamento não foi concluído.

No Capítulo 3, adota-se um posicionamento mais direto em relação ao tema. Inicialmente, são examinados os principais aspectos jurídicos ligados à contratação de softwares. Partindo do escrutínio da relação entre software e normas de propriedade intelectual, analisa-se as formas de proteção jurídica concedida ao software e a sistemática legal vigente no Brasil, para, em paralelo, examinar como se dá a regulamentação contratual desses produtos. Com base nessas informações, e imbuído da orientação teórica exposta no primeiro capítulo, apresenta-se, ao final, o entendimento e a opinião a respeito das teses discutidas na ADI n. 3.059/RS formuladas ao longo da pesquisa.

Por fim, uma ressalva. Embora se analise a discussão sobre o software livre a partir de um caso judicial, não se trata propriamente de um estudo de caso. Com isso, o que se quer dizer é que não há preocupação em analisar em minúcias cada um dos argumentos elaborados pelos participantes da ADI. Mesmo quando se expressa opinião própria sobre as teses formuladas, não há intenção de ser exaustivo. Em última instância, o objetivo do trabalho é extrair da ADI os questionamentos jurídicos que a preferência pelo software livre suscita, ressaltando os limites da apreciação judicial e destacando a sua íntima relação com o direito de propriedade intelectual.

CAPÍTULO 1 – SOFTWARE LIVRE E POLÍTICAS PÚBLICAS

O objeto deste trabalho é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.059/RS. No entanto, para entendê-la plenamente é fundamental, antes de tudo, compreender os elementos que a conformam. Nesse capítulo introdutório, pretende-se examinar alguns desses elementos. Considerando que a ADI discute lei que trata da utilização de software livre, analisa-se, em primeiro lugar, algumas iniciativas públicas relacionadas ao tema. Para isso, foram escolhidas três proposições legislativas, dentre as quais a lei que foi impugnada por meio da ADI mencionada. Adiante, por se entender que se trata de lei que veicula uma política pública, a norma também será examinada sob esta ótica. Por fim, com o intuito de expor a orientação teórica adotada para analisar o caso, são feitas considerações a respeito da judicialização de políticas públicas e dos limites da atuação judicial nesses casos.

1.1 Iniciativas públicas de software livre no Brasil

Ao inaugurar um tópico sobre iniciativas públicas brasileiras na área do software livre não se pretende ser exaustivo. Isso iria de encontro aos propósitos deste trabalho, limitado à análise de um caso judicial. Ao contrário, busca-se, nesta oportunidade, exemplos que sejam de fato úteis para que se possa alcançar o objetivo aqui traçado. São inúmeras as leis ou projetos de lei que versam acerca do software livre em nosso país,¹

¹ Para mencionar apenas alguns exemplos, veja-se: (i) a Lei n. 15.425, de 18 de outubro de 2005, que dispõe sobre a utilização de software livre de restrições proprietárias para a Administração Pública do Estado de Goiás; (ii) a Lei n. 2.649, de 11 de julho de 2003, que dispõe sobre a aquisição de softwares livres de restrições proprietárias para os órgãos da Administração Pública Estadual de Mato Grosso do Sul; (iii) a Lei n. 16.639, de 16 de abril de 2001, que dispõe sobre a utilização de programas e sistemas de computador abertos pela Prefeitura da Cidade do Recife; (iv) a Lei n. 5.978, de 24 de maio de 2011, que dispõe que os órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, bem como os órgãos autônomos e empresas sob controle estatal adotarão, preferencialmente, formatos abertos de arquivos para criação, armazenamento e disponibilização digital de documentos; e, (v) o Projeto de Lei n. 169/2009, que dispõe sobre a utilização de software livre em computadores utilizados em estabelecimentos públicos, no âmbito da Prefeitura da Cidade de Guarulhos. De igual importância é o Decreto n. 5.111, de 19 de julho de 2005, expedido pelo Governador do Estado do Paraná, que estabelece

mas alguns deles são especialmente representativos. Abaixo, três são mencionados. O primeiro é um projeto de lei federal, cuja abrangência se estende por todo território nacional. Os outros dois são leis estaduais, ambas originadas do Estado do Rio Grande do Sul, dentre as quais aquela que foi impugnada por ocasião do ajuizamento da ADI n. 3.059/RS.

1.1.1 Manifestações normativas no âmbito federal

Em 15 de dezembro de 1999, o então deputado Walter Pinheiro, do PT/BA, apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.269/1999 (PL 2.269). A ementa do projeto assim dizia: “Dispõe sobre a utilização de programas abertos pelos entes de direito público e de direito privado sob controle acionário da administração pública”.² Trata-se de uma das primeiras e mais importantes proposições legislativas que aborda o tema software livre no Brasil.

O projeto é constituído de nove artigos. No primeiro deles, são definidos os sujeitos da norma e seu mandamento central. Segundo a redação original do PL 2.269, sua aplicação deveria incidir sobre “a administração pública, em todos os níveis, os Poderes da República, as empresas estatais e de economia mista, e todos os demais organismos públicos ou privados sob controle da sociedade brasileira”.³ Ainda segundo o dispositivo, todos esses entes ficariam obrigados a “utilizarem preferencialmente, em seus sistemas e equipamentos de informática, programas abertos, livres de restrição proprietária quanto a sua cessão [*sic*] alteração e distribuição”.⁴

De acordo com o artigo 2º do PL 2.269, programa aberto é “aquele cuja licença de propriedade industrial ou intelectual não restrinja sob nenhum aspecto a sua cessão,

diretrizes para o licenciamento de programas de computador de titularidade de entidades da Administração Estadual.

² CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília: ano LV, n. 65, 11 de abril de 2000, p. 15152.

³ *Ibidem*, p. 15152.

⁴ *Ibidem*, p. 15152.

distribuição, utilização ou alteração de suas características originais”.⁵ Além disso, nos termos do artigo 3º, o programa deveria assegurar aos usuários acesso irrestrito e gratuito ao código fonte, permitindo sua ampla modificação. A fim de evitar subterfúgios técnicos, o parágrafo único do artigo 3º vedava a introdução de recursos que impedissem ou dificultassem o acesso ao código fonte.⁶

Os artigos 4º, 5º, 6º e 7º tratam das licenças de utilização dos programas abertos. Pelo artigo 4º fica determinado que as licenças devem permitir a modificação dos programas e a criação de trabalhos derivados, que poderiam ser distribuídos segundo os mesmos parâmetros adotados pelo PL 2.269. O artigo 5º veda a inclusão de cláusula que implique em discriminação de pessoas ou grupos, enquanto o artigo 6º determina que as licenças não podem ser específicas para um produto, mas devem se estender a todos os programas extraídos da distribuição original. O artigo 7º determina que “as licenças de programas abertos ou restritos, [sic] não restringirão outros programas distribuídos conjuntamente”.⁷

Seguindo o seu curso, o PL 2.269 indica, em seu artigo 8º, a necessidade da observação das disposições anteriores nas licitações realizadas pelos entes estatais. Ali, consta a seguinte regra: “Os certames licitatórios que objetivem transacionar programas de computador com os entes especificados no artigo 1º desta lei, [sic] deverão obrigatoriamente ser regidos pelos princípios estabelecidos nesta legislação”. Por fim, conforme o artigo 9º do PL 2.269, somente seria permitida a utilização de programas que não atendessem ao disposto na norma nas hipóteses em que os programas abertos existentes não contemplassem de maneira adequada as soluções almejadas pela licitação.⁸

Na justificativa de seu projeto, o deputado Walter Pinheiro faz referência ao Projeto GNU e ao desenvolvimento do sistema operacional Linux, similar livre do sistema

⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília: ano LV, n. 65, 11 de abril de 2000, p. 15152.

⁶ *Ibidem*, p. 15152.

⁷ *Ibidem*, p. 15152.

⁸ *Ibidem*, p. 15152.

operacional Unix, que é proprietário. Afirma que se trata de “apenas um exemplo de como a liberdade de alteração, distribuição e utilização de programas de computador pode transformar [...] o perfil do desenvolvimento social e tecnológico do mundo”.⁹ Encerra seu pronunciamento invocando as diversas causas sociais que necessitam do aporte de recursos públicos, o que concorreria para a necessidade de evitar (como o fariam as pequenas, médias e grandes empresas multinacionais) o pagamento de centenas de milhões de dólares em licenciamento de programas de computador.¹⁰

Embora a redação original do PL 2.269 tenha algumas impropriedades no que diz respeito à técnica legislativa (e.g., falta de critério na divisão e ordenação de seus dispositivos, redação um tanto quanto confusa em alguns pontos, repetição de termos e conceitos, que acabam por embaralhar ideias distintas), essas foram supridas posteriormente, ao longo de sua tramitação na Câmara dos Deputados, sobretudo com o trabalho de revisão e consolidação feito nas Comissões pelas quais passou, que o combinaram com elementos advindos dos demais projetos de lei a ele apensados.

Ao todo foram apensados ao PL 2.269 outros seis projetos de lei. O primeiro deles é o Projeto de Lei n. 3.051, de 17 de maio de 2000, de autoria do deputado Wener Wanderer, do PFL/PR, que “determina a preferência a sistemas e programas abertos na aquisição e uso de programas de computadores pelos órgãos da Administração Pública Federal”. O Projeto de Lei n. 4.275, de 14 de março de 2001, de autoria do deputado Luiz Bittencourt, do PMDB/GO, “dispõe sobre a adoção de sistemas e programas de computador abertos pelos órgãos da Administração Pública Federal”. O Projeto de Lei n. 7.120, de 27 de junho de 2002, de autoria do deputado Sérgio Miranda, do PCdoB/MG, “determina a adoção, pelo Poder Público, de sistemas abertos, na oferta de facilidades e na prestação de serviços públicos por meio eletrônico”. O Projeto de Lei n. 2.152, de 2 de outubro de 2003, de autoria do deputado Coronel Alves, do PL/AP, “determina a adoção de software livre em

⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília: ano LV, n. 65, 11 de abril de 2000, p. 15152-15153.

¹⁰ *Ibidem*, p. 15153.

todos os órgãos e entidades públicas federais”. O Projeto de Lei n. 3.280, de 16 de março de 2004, de autoria do deputado Luiz Couto, do PT/PB, “dispõe sobre a utilização de programas de computador nos estabelecimentos de ensino público dos Estados brasileiros e do Distrito Federal e dá outras providências”. Finalmente, o Projeto de Lei n. 3.070, de 25 de março de 2008, de autoria do deputado Paulo Teixeira, do PT/SP, “dispõe que os órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Autárquica, bem como os órgãos autônomos e empresas sob o controle estatal adotarão, preferencialmente, formatos abertos de arquivos para criação, armazenamento e disponibilização digital de documentos”.¹¹

Nos termos do artigo 24, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, foi determinado que o PL 2.269 deveria ser submetido à apreciação conclusiva pelas Comissões Permanentes que tivessem conexão com a matéria. Nesse sentido, o PL 2.269 foi distribuído à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) e à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Ao final, consoante o disposto no artigo 54 do Regimento Interno, caberá à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) analisar a constitucionalidade e a juridicidade do PL 2.269. A tramitação se iniciou pela CCTCI, que recebeu o projeto no dia 11 de fevereiro de 2000.¹²

Já na CCTCI, o deputado Babá, do PT/BA, apresentou proposta de emenda ao PL 2.269. Apresentada em 12 de abril de 2000, a Emenda 01/2000 previa a inclusão de um parágrafo ao artigo 9º do PL 2.269. O dispositivo buscava determinar que, nos casos em que não fosse possível adotar programas livres (como previsto no artigo 9º), deveria ser dada preferência à contratação de serviços para o desenvolvimento de um software livre (em detrimento da contratação de programas proprietários).¹³

¹¹ Relação de projetos de lei consultada no site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

¹² Acompanhamento da tramitação do PL 2.269 por meio do site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.269-B, de 1999**, p. 19. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

Ainda na CCTCI, a deputada Luiza Erundina foi designada relatora. Nessa condição, examinou o PL 2.269 e os demais projetos apensados, vindo a elaborar parecer que seria posteriormente submetido à Comissão. Já no início de seu parecer, a deputada buscou diferenciar dois conceitos fundamentais. Afirmou que o “termo ‘software livre’ se refere a todo programa de computador cujo usuário tenha direito a copiar, instalar e modificar o programa, tendo livre acesso ao seu código fonte”.¹⁴ O código fonte, por sua vez, seria o “conjunto de instruções em linguagem inteligível de programação de computadores, o qual, compilado ou processado, irá gerar o programa objeto, também chamado de aplicativo, a ser executado no computador do usuário”.¹⁵

Passando ao seu voto, a relatora identifica três objetivos na preferência pelo software livre: (i) “aumentar a competitividade da indústria nacional de software”, (ii) “oferecer condições de capacitação para trabalhadores do setor”, e (iii) “diminuir o gasto público com o licenciamento de programas de computador”.¹⁶ No entanto, admite que a adoção do software livre pode não ser a melhor opção em determinados casos, “pois as soluções existentes podem não se adequar às necessidades da organização, acarretando em custos adicionais de adaptação, ou, no pior dos casos, comprometer a atuação da Administração [...]”.¹⁷ Por isso, destaca a importância de se dar apenas a preferência aos softwares livres, o que teria sido observado nos projetos de lei analisados.

Mas a relatora vai além da ressalva pela preferência. Embora reconheça que “a política da preferência é a mais acertada do ponto de vista operacional da Administração”, afirma que, “sob o ponto de vista da melhor técnica legislativa, [é] preciso delimitar critérios gerais para sua correta aplicação”.¹⁸ Nesse sentido, aponta a necessidade de promover alterações na Lei n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativo), prevendo mecanismos que permitam a adequada fundamentação da

¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.269-B, de 1999**, p. 20. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

¹⁵ Ibidem, p. 20.

¹⁶ Ibidem, p. 22.

¹⁷ Ibidem, p. 22.

¹⁸ Ibidem, p. 22.

decisão pela compra (ou pelo licenciamento, pela contratação do serviço, etc.), o que poderia ser feito por meio da comparação dos custos totais de aquisição com o software livre e com o software proprietário. Esses custos englobariam, dentre outros elementos, a aquisição, o treinamento, a instalação e o suporte.¹⁹

Assim, a relatora propõe um substitutivo aos projetos de lei encaminhados. Em outras palavras, a relatora elabora uma nova versão do projeto de lei, consolidando os diversos apensos e incluindo as disposições que entende pertinentes. Dentre elas duas se destacam: (i) a obrigatoriedade de “o ente licitante [...] justificar, previamente ao processo licitatório, a inexistência ou inadequação de soluções técnicas livres que atendam às suas necessidades para fundamentar o processo de aquisição de programas proprietários”; e, (ii) a obrigatoriedade de o certame licitatório ser conduzido na modalidade “técnica e preço”, “onde poderão ser avaliadas as questões referentes aos custos totais”.²⁰

Antes de finalizar seu voto, a relatora faz ressalvas em relação a dois projetos de lei apensados e a uma emenda proposta. No que diz respeito ao Projeto de Lei n. 7.120/2002, a relatora entende que não guarda pertinência com os demais projetos, uma vez que seu objeto “extrapola o processo de compras governamentais priorizado pelos demais projetos em exame”,²¹ razão pela qual vota no sentido de sua rejeição. Quanto ao Projeto de Lei n. 3.070/2008, entende que a adoção de formatos abertos de arquivos corresponderia à inclusão de parâmetro tecnológico muito específico, o que não seria adequado para os fins do projeto de lei. Em compensação, prevê essa possibilidade no substitutivo, deixando seu detalhamento para regulamentação pelo Poder Executivo. Por fim, quanto à Emenda 01/2000, entende que a previsão ultrapassaria os limites da atividade legislativa, entrando em competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo (inclusive quanto à iniciativa para

¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.269-B, de 1999**, p. 22. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²⁰ Ibidem, p. 22-23.

²¹ Ibidem, p. 23.

propor projetos de lei), uma vez que envolve juízo de conveniência e oportunidade.²²

O parecer da Deputada Luiza Erundina e o seu Substitutivo ao Projeto de Lei n. 2.269 foram apresentados à CCTCI no dia 2 de junho de 2010. No dia 24 de novembro do mesmo ano, a Comissão adotou o entendimento manifestado pela relatora, vindo a aprovar o Projeto de Lei n. 2.269/1999, bem como os Projetos de Lei n. 3.051/2000, 4.275/2001, 2.152/2003, 3.280/2004 e 3.070/2008 apensados, juntamente com seu substitutivo, e a rejeitar o Projeto de Lei n. 7.120/2002 e a Emenda 01/2000. A aprovação não foi unânime em razão de manifestação contrária do Deputado Miro Teixeira, do PDT/RJ.²³

Encerrada a análise conclusiva da CCTCI, o PL 2.269 foi encaminhado à CTASP, que designou como relatora a Deputada Manuela D'Ávila, do PCdoB/RS. A relatora da CTASP corroborou o entendimento manifestado no parecer da Deputada Luiza Erundina e chancelou as alterações introduzidas por meio de seu substitutivo. Uma novidade nesse segundo parecer diz respeito a uma disposição quanto à acessibilidade. Foi proposta uma subemenda ao Substitutivo da CCTCI, consubstanciada na inclusão de um artigo, que assim dispõe: “Os serviços públicos prestados através de meios eletrônicos devem utilizar padrões abertos e estar disponíveis a qualquer cidadão para completo acesso através de pelo menos um software livre, permitindo que o mesmo não esteja obrigado a usar software de um determinado fornecedor”.²⁴

O parecer da Deputada Manuela D'Ávila e a sua subemenda ao Substitutivo ao Projeto de Lei n. 2.269 foram apresentados à CTASP no dia 13 de dezembro de 2011. No dia seguinte, adotando o parecer da relatora, a Comissão, por unanimidade, aprovou o Projeto de Lei n. 2.269/1999 e os Projetos de Lei n. 3.051/2000, 4.275/2001, 2.152/2003, 3.280/2004 e 3.070/2008, a ele apensados, nos termos do Substitutivo da CCTCI, com a inclusão da subemenda apresentada pela Deputada Manuela D'Ávila, e rejeitou o Projeto

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.269-B, de 1999**, p. 23. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²³ *Ibidem*, p. 26.

²⁴ *Ibidem*, p. 30.

de Lei n. 7.120/2002 e a Emenda 01/2000.²⁵

Concluída a apreciação do projeto pela CTASP, o PL 2.269 seguiu para CCJC. Lá, foi recebido no dia 15 de dezembro de 2011. Atualmente, aguarda-se a designação de relator na CCJC para que se dê prosseguimento à sua análise.²⁶ Esse é o último andamento do projeto, que, portanto, ainda tem uma longa tramitação pela frente. Caso a CCJC aprove o projeto, ele ainda deverá ser encaminhado ao Senado antes de ser submetido à sanção presidencial.

Em que pese a análise do PL 2.269 ainda estar pendente, não havendo, portanto, lei federal que regulamente a matéria, há medidas sendo adotadas no âmbito federal quanto ao tema. Especialmente a partir do primeiro mandato de Luiz Inácio da Silva como Presidente da República, o governo federal vem apoiando e incentivando o uso do software livre pela Administração Pública.

Por meio do Decreto de 29 de outubro de 2003, o então Presidente instituiu, no âmbito do Comitê Executivo do Governo Eletrônico, o Comitê Técnico de Implementação do Software Livre (CISL). O Comitê é coordenado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI) da Casa Civil da Presidência da República. O CISL tem por finalidade coordenar e articular o planejamento e a implementação de projetos e ações sobre software livre. Desde o ano de sua criação, funciona como o órgão responsável pela sistematização dos esforços do governo federal nessa área, elaborando (e revisando periodicamente) Planejamentos Estratégicos, em que indica as diretrizes, os objetivos e as ações prioritárias para a implementação do software livre.

O ITI chegou, inclusive, a encomendar à Fundação Getúlio Vargas (FGV) estudo sobre software livre. O objeto específico desse estudo era a utilização do software livre na administração pública à luz da legislação brasileira. O resultado foi publicado em março de

²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.269-B, de 1999**, p. 31. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²⁶ Acompanhamento da tramitação do PL 2.269 por meio do site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2012.

2005,²⁷ tendo sido elaborado por Joaquim Falcão, Tércio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Maranhão, Carlos Affonso Pereira de Sousa, Eduardo Senna e Ronaldo Lemos.

Outra iniciativa do governo federal sobre o tema foi a criação do software público brasileiro (SPB). A Instrução Normativa nº 01, de 17 de janeiro de 2011 (IN 01), da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP), regulamenta o desenvolvimento, a disponibilização e o uso do SPB. Trata-se de norma que regulamenta um tipo específico de licenciamento livre. A Instrução Normativa adota e menciona expressamente o conceito de software livre do Projeto GNU. Além disso, determina a utilização da licença CC–GPL, do *Creative Commons*, e da Licença Pública de Marca, criada pela norma para regulamentar a proteção da marca do SPB.

De igual relevância é a Instrução Normativa n. 04, de 12 de novembro de 2010 (IN 04), também editada pela SLTI/MP. A IN 04 “dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (SISP) do Poder Executivo Federal”. Composta por 32 artigos e 3 capítulos, a IN 04 descreve em detalhes como deve ocorrer o processo de contratação de bens e serviços de informática. Há, inclusive, dispositivo que menciona a possibilidade de contratação de software livre.

Ainda na fase de planejamento da contratação, a IN 04 prevê a obrigação de o ente licitante identificar as diferentes soluções que possam atender os requisitos técnicos dos serviços e/ou produtos de que necessita. Nessa etapa, deve a área técnica do órgão analisar, dentre outras, as soluções já existentes no Portal do Software Livre Brasileiro (artigo 11, inciso II, alínea “b”) e as alternativas do mercado, “inclusive a existência de software livre ou software público” (artigo 11, inciso II, alínea “c”).

²⁷ FALCÃO, Joaquim (et alli). **Estudo sobre o software livre**: comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

É de se notar, nesse ponto, certa semelhança entre o disposto na IN 04 e o conteúdo do Substitutivo ao Projeto de Lei n. 2.269/1999, na medida em que este último exige que a contratação de software proprietário deva ser precedida de justificativa adequada, o que necessariamente passa pela análise dos softwares livres existentes no mercado. Vê-se que, mesmo com a falta de lei (em sentido estrito) sobre o tema, o governo federal já vem adotando medidas concretas voltadas ao uso do software livre.

1.1.2 A Lei nº 11.871/2002 do RS

Visto como o tema software livre tem sido abordado no âmbito federal, passa-se a analisar a lei gaúcha impugnada pela ADI n. 3.059/RS. Constituindo parte inseparável da ADI, seu exame é essencial para o deslinde deste trabalho. Um aspecto importante da criação da lei tem a ver com a sua origem. Logo se deve registrar que, assim como o projeto de lei federal examinado acima, a iniciativa da elaboração da norma ora em comento partiu de um parlamentar (deputado estadual, nesse caso).

Assim, em 18 de fevereiro de 2002 o deputado Elvino Bohn Gass apresentou à Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul o Projeto de Lei nº 06/2002 (PL 06). Segundo sua ementa, o projeto dispõe sobre a utilização de programas de computador naquele Estado. O primeiro dos seis artigos que o compõem sintetiza o objeto da norma. De acordo com esse dispositivo, fica determinado que a administração pública do Estado do Rio Grande do Sul deverá utilizar “preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição.”²⁸

A conceituação do termo “programa aberto” ficou para o parágrafo primeiro desse artigo. Lá, consta a seguinte definição: “Entende-se por programa aberto aquele cuja licença de propriedade industrial ou intelectual não restrinja sob nenhum aspecto a sua cessão, distribuição, utilização ou alteração de suas características originais, assegurando

²⁸ BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Projeto de Lei nº 06/2002**, p. 2. Disponível em: < <http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2011.

ao usuário acesso irrestrito e sem custos adicionais ao seu código fonte, permitindo a alteração parcial ou total do programa para seu aperfeiçoamento ou adequação”.

Nesse ponto, é indiscutível a superioridade técnica do PL 06 em frente à redação original do PL 2.269. Mesmo em relação ao Substitutivo apresentado pela Deputada Luiza Erundina (que já havia sanado as principais deficiências conceituais), o PL 06 se mostra mais acurado. Isso porque tem o cuidado de vincular as liberdades do usuário ao contrato de licença. Nem tão feliz, porém, é a preferência pelo termo “aberto” em detrimento do termo “livre”, uma vez que o primeiro está mais diretamente relacionado ao acesso ao código fonte, enquanto o segundo está ligado às liberdades proporcionadas pelo licenciamento.

O Projeto de Lei n. 06/2002 também inclui dispositivo que cuida do acesso ao código fonte. No parágrafo segundo do artigo primeiro, há vedação do uso de artifícios para dificultar o acesso ao código fonte do software, que é, segundo a norma, “o recurso preferencial utilizado pelo programador para modificar o programa”.

O terceiro e último parágrafo do artigo primeiro trata de hipótese de aquisição de software proprietário. Não é propriamente de aquisição de software proprietário que se diz, mas do licenciamento do software. Seja como for, o dispositivo determina que, nesse caso, deve se dar preferência aos programas de computador “que operem em ambiente multiplataforma, permitindo sua execução sem restrições em sistemas operacionais baseados em software livre”.

Melhor teria ficado o texto se inserido no artigo terceiro, que é dedicado a descrever os casos em que se admite a contratação e utilização de softwares com restrições proprietárias. São duas as hipóteses previstas: (i) “quando o software analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público”, e, (ii) “quando a utilização de programa livre e/ou com código fonte aberto causar

incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração”.

O artigo segundo é voltado a indicar algumas regras dirigidas às licenças dos softwares livres. Em seu *caput*, está prevista a obrigação de que conste expressamente nas licenças a permissão para modificações, trabalhos derivados e sua distribuição nos mesmos termos da licença do programa original. No parágrafo único deste artigo, ficou vedada a utilização de programas cujas licenças: (i) “impliquem em qualquer forma de discriminação a pessoas ou grupos”, (ii) “sejam específicas para determinado produto [...] impossibilitando que programas derivados deste tenham a mesma garantia de utilização, alteração e distribuição”, e (iii) “restringam outros programas distribuídos conjuntamente”.

O artigo quarto do PL 06 abre espaço para o poder regulamentar do Estado. O dispositivo outorga ao Estado do Rio Grande do Sul o dever de regulamentar “as condições, prazos e formas em que se fará a transição, se necessária, dos atuais sistemas e programas de computador para aqueles previstos no art. 1º, quando significar redução de custos a curto e médio prazo, e orientará as licitações e contratações [...]”. O parágrafo único ressalta, no entanto, que a falta de regulamentação pelo Estado não prejudicará a aplicação da norma, na medida em que mesmo na ausência do competente decreto as licitações e contratações de softwares poderiam ser realizadas nos termos do PL 06.

Na justificativa de seu projeto de lei, o Deputado Elvino Bohn Gass também se refere ao projeto GNU e o apresenta como o marco do movimento do software livre, cujo objetivo seria permitir o livre compartilhamento e alteração de programas de computador. Da mesma forma, menciona o sistema operacional Linux como um exemplo de software livre de sucesso. Cita diversas sociedades empresárias e entidades governamentais que utilizam esse sistema (tais como Mercedes Benz, General Motors, Boeing, Sony Eletronics, NASA, Marinha dos EUA) e aponta três motivos para essa escolha.

O primeiro deles seria “a liberdade para criar soluções próprias que muitas vezes

ficam comprometidas pela dependência e atrelamento a padrões fechados de softwares”.²⁹ O segundo motivo diria respeito à “segurança de seus sistemas de informação na produção, organização, gerenciamento e distribuição de informações”.³⁰ Por fim, o terceiro motivo, que, para o deputado, parece ser o mais importante é “a drástica redução de custos”.³¹ Ao encerrar seu pronunciamento, o deputado chama a atenção para o fato de que a União e o Estado do Rio Grande do Sul vêm gastando dezenas de milhões de reais com a aquisição de software. Seria necessário otimizar a utilização de recursos públicos nessa área, haja vista o grande número de (outras) demandas sociais que o Estado deve atender.

Diferentemente do que ocorrera com o PL 2.269, o PL 06 não foi submetido à apreciação conclusiva de comissão temática. Ao contrário, foi diretamente encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, para que se fizesse análise quanto à sua constitucionalidade e juridicidade. No entanto, foi requerida e deferida a inclusão do projeto na ordem do dia, com fundamento no artigo 63 da Constituição Estadual, de modo que o PL 06 sequer chegou a ser apreciado por aquela Comissão.

Antes que o projeto de lei pudesse ser votado, o deputado Adilson Troca apresentou emenda. Pretendia com isso acrescentar outro parágrafo ao artigo primeiro do PL 06. Sua redação indicava que a implantação da preferência pelo software livre deveria ser “feita de forma paulatina, baseada em estudos técnicos e de forma a não gerar perda de qualidade nos serviços prestados pelo Estado.”³²

O deputado justificou tal medida pela preocupação com a transição que se estabeleceria entre o momento de publicação da norma e o momento em que a implementação do software livre fosse completada. Nesse sentido, manifestou entendimento no sentido de que “o uso e disseminação dos programas livres e abertos

²⁹ BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Projeto de Lei nº 06/2002**, p. 4. Disponível em: < <http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2011.

³⁰ Ibidem, p. 4.

³¹ Ibidem, p. 4.

³² Ibidem, p. 14.

[seria] um ideal que deve ser alcançado sem causar graves impactos no funcionamento dos serviços do Estado e acompanhando a evolução de qualidade dos mesmos.”³³

Com a emenda apresentada pelo deputado Adilson Troca, o PL 06 seguiu para o Plenário da Assembleia Legislativa, no dia 4 de dezembro de 2002. Posto em discussão e votação no Plenário, não houve manifestação de nenhum dos deputados presentes na Casa. Foi votada primeiramente a emenda ao projeto. Com trinta e seis votos a favor e nenhum contra, a emenda foi aprovada por unanimidade.

Dado prosseguimento à votação, os deputados gaúchos também aprovaram o projeto de lei. Dessa vez, não por unanimidade. Foram registrados vinte e quatro votos favoráveis e nove contrários. Assim, sem dificuldades e sem suscitar debates entre os parlamentares, o PL 06 foi aprovado. Pouco depois, no dia 19 de dezembro de 2002, o então Governador do Estado, Olívio Dutra, do PT/RS, sancionou o projeto, dando origem à Lei nº 11.871/2002, que posteriormente seria contestada por meio da ADI n. 3.059/RS.

1.1.3 A Lei nº 14.009/2012 do RS

Tendo em vista o escopo deste trabalho, a análise das proposições legislativas a respeito do software livre poderia ter sido encerrada na seção anterior, com a Lei n. 11.871/2002. No entanto, o exame de outra lei gaúcha, que também trata do tema, traz importantes subsídios para parte da discussão que se pretende travar. Como se verá adiante, o STF concedeu medida cautelar na ADI n. 3.059/RS para suspender os efeitos (a aplicação) da Lei n. 11.871/2002. Contudo, isso não foi suficiente para impedir que o Estado do Rio Grande do Sul promulgasse outra lei sobre software livre.

Do mesmo modo como ocorre com a Lei n. 11.871/2002, a Lei n. 14.009/2012 partiu da iniciativa de deputado que compunha a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. O Projeto de Lei n. 115 (PL 115), de autoria do deputado Miki Breier, foi

³³ BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Projeto de Lei nº 06/2002**, p. 14. Disponível em: < <http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2011.

autuado no dia 28 de março de 2011. O PL 115 não trata de software livre da mesma forma que o PL 06. Ao contrário, o PL 115 trata de um tipo específico de programa livre.

O artigo primeiro do PL 115 estabelece que os órgãos da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul devem adotar, preferencialmente, “formatos abertos de arquivos para criação, armazenamento e disponibilização digital de documentos”. O artigo segundo busca definir em que consistem esses formatos abertos, estipulando que seriam aqueles que: (i) “possibilitam a interoperabilidade entre diversos aplicativos e plataformas, internas e externas”; (ii) “permitem aplicação sem quaisquer restrições ou pagamento de royalties”; e, (iii) “podem ser implementados plena e independentemente por múltiplos fornecedores de programas de computador, em múltiplas plataformas, sem quaisquer ônus relativos à propriedade intelectual para a necessária tecnologia”.³⁴ Um último dispositivo conclui a norma. Segundo o artigo terceiro do PL 115, os entes que se submetem à aplicação dessa lei devem “estar aptos ao recebimento, publicação, visualização e preservação de documentos digitais em formato aberto, de acordo com a norma ISO/IEC 26.300 (Open Document format – ODF)”.³⁵

Na justificativa do projeto, o deputado Miki Breier afirma que a utilização de um padrão na criação e na distribuição de documentos públicos “é um requisito para que o Software Livre seja realmente livre na sua totalidade”.³⁶ O deputado acredita que a padronização irá provocar avanços significativos na utilização de softwares livres e que, também, concorrerá para a economia de recursos públicos. Menciona iniciativas similares nos Estados do Paraná e do Rio de Janeiro e solicita apoio de seus pares.³⁷ Ao texto original, veio proposta de emenda oferecida pelo deputado Valdeci Oliveira, que, no entanto, buscou tão somente aprimorar o texto da ementa e do artigo primeiro.

Encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça, o deputado Marlon Santos

³⁴ BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Projeto de Lei nº 115/2011**, p. 1. Disponível em: < <http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

³⁵ *Ibidem*, p. 1.

³⁶ *Ibidem*, p. 1.

³⁷ *Ibidem*, p. 1.

foi designado relator. Sua conclusão foi no sentido de que o PL 115 não dispunha de qualquer vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Afirmou que o projeto não viola as iniciativas privativas do Poder Executivo estadual. Entendeu o relator que a proposta estabelece “uma preferência pela utilização de ferramentas tecnológicas [...] que permitam ao Estado, considerado como um todo, economizar recursos e democratizar o acesso à tecnologia”, e que tal medida seria de atribuição da Assembleia Legislativa gaúcha, nos termos do artigo 24, incisos II e IX, da Constituição da República de 1988.³⁸ Lembrou, ainda, medida idêntica aprovada por meio da Resolução de Mesa n. 1.026/2011, que instituiu o uso preferencial de formatos abertos no âmbito daquela casa legislativa.

No dia 22 de novembro de 2011, o parecer do deputado Marlon Santos foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça. Em seguida, no dia 22 de maio de 2012, o PL 115 foi aprovado pelo Plenário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Mais tarde, o documento seguiu para a sanção do Governador, que assim o fez no dia 13 de junho de 2012, promulgando a Lei n. 14.009/2012.

A iniciativa do Estado do Rio Grande do Sul não é isolada. Além do Estado do Rio de Janeiro, que adotou a medida por meio da Lei n. 5.978, de 24 de maio de 2011, o governo federal vem a algum tempo incentivando a utilização de um padrão aberto para armazenamento de documentos, o ODF. A sigla vem da expressão *Open Document Format*, que significa Documento de Formato Aberto, e é desenvolvido pela *Organization for the Advancement of Structured Information Standards* (OASIS), uma organização internacional, sem fins lucrativos, formada por entidades públicas e privadas de cerca de cem países, incluindo multinacionais como Microsoft e IBM.³⁹

Para alcançar esse objetivo, o governo federal elaborou o Protocolo de Brasília. Por meio desse documento, órgãos e entidades da iniciativa pública e privada assumem formalmente o compromisso de utilizar o padrão ODF. A migração não é necessariamente

³⁸ BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer da Comissão n. 128**, p. 1. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

³⁹ Cf. site da Oasis. Disponível em: <<http://www.oasis-open.org>>. Acesso em: 07 dez. 2012.

feita de maneira imediata, mas o compromisso exige que aquele que adere ao Protocolo desenvolva um planejamento para alcançar metas previamente delimitadas e o submeta ao CISL, no prazo de sessenta dias após sua inscrição. Já aderiram a esse Protocolo a Caixa Econômica Federal, o Banco do Brasil, o Serpro, os Correios, a Dataprev, o INPI, a Petrobrás, a Itaipu Binacional, a Sun Microsystems, a Red Hat Brasil, dentre diversos outros.⁴⁰

1.2 O software livre contextualizado

A descrição feita na seção anterior permite observar os diversos elementos, fundamentos e objetivos que orientam a preferência pelo software livre na Administração Pública. Dentre as possibilidades que a análise desse material tem a oferecer, destaca-se uma. É possível identificar essa preferência como uma política pública. Pretende-se, a seguir, demonstrar o que isso significa e por que essa maneira de encará-la é viável. Além disso, são feitas algumas considerações a respeito de sua judicialização.

1.2.1 A preferência como política pública

Não é tarefa simples definir o que vem a ser política pública. De acordo com a literatura especializada, “o termo política pública é utilizado com significados algo distintos, com uma abrangência maior ou menor: ora indica um campo de atividade, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa”.⁴¹ A bem da verdade, a tarefa se mostra ainda mais árdua para aqueles que se aventuram no tema sem formação específica. É que a política pública enquanto disciplina autônoma se insere no âmbito da ciência política,⁴² muito embora seja afeta a

⁴⁰ Cf. site sobre software livre no governo federal. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br>>. Acesso em: 07 dez. 2012.

⁴¹ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In REIS, João Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2311.

⁴² Celina Souza aponta como “pais fundadores” da disciplina: Harold Dwight Lasswell, autor de “*Politics: Who Gets What, When, How*”, Herbert Alexander Simon, autor de “*Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organization*”, Charles Edward Lindblom, autor de “*The Science of ‘Muddling Through’*” e David Easton, autor de “*A framework for political analysis*” (SOUZA,

outras áreas.

Seja como for, a disciplina e seu objeto são absolutamente relevantes do ponto de vista jurídico. Assim, mesmo diante das limitações que a formação eminentemente jurídica oferece, é relevante apreciar e discutir o tema. Como será enfatizado mais à frente, é comum no campo jurídico associar as políticas públicas à efetivação de direitos sociais. Veja-se, a título exemplificativo, um conceito fornecido pela doutrina: “Constituem políticas públicas todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais”.⁴³

Essa afirmação não deixa de ser correta, mas reflete apenas uma das facetas da política pública, sendo, pois, insuficiente. Dessa forma, é imprescindível examinar outros conceitos. Uma das definições mais difundidas na área jurídica entende as políticas públicas como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁴⁴

Em outro conceito, por sua vez, assevera-se que a política pública é “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação [...] e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações”.⁴⁵ O raciocínio prossegue no sentido de que “a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais

Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. In **Sociologias**, Porto Alegre: n. 16, jul./dez. 2006, p. 23). Sobre o enquadramento da disciplina no campo da ciência política, conferir também: BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001; FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática de políticas públicas no Brasil. In **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília: Ipea, n. 21, jun. 2000, p. 211-259; e, LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. In **Interface**, Porto Nacional: UFT, n. 05, out. 2012, p. 49-54.

⁴³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147.

⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

⁴⁵ SOUZA, Celina. Op. Cit., p. 26.

em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.⁴⁶

Vê-se, portanto, que com suas peculiaridades os conceitos apresentados acima se desenvolvem em sentido similar. Isso porque destacam a atuação estatal concreta como sendo o elemento que conforma a política pública. É a ação estatal, o fazer governamental que permitiria a identificação de uma política pública. Uma segunda vertente segue caminho diverso, dando ênfase à criação ou à formação da política pública.

Segundo essa vertente, a política pública é “um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade.”⁴⁷ As decisões que a compõe seriam “condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, idéias e visões dos que adotam ou influem na decisão.”⁴⁸

Mas não é apenas o conceito que orienta uma pesquisa. Há “diversas formas de estudar uma política, que dependem do ponto de vista em que se situa o analista.”⁴⁹ Neste momento, investiga-se a política pública como um processo. Sob essa perspectiva, a política pública é entendida a partir das etapas pelas quais se desenvolve. É certo que não existe uma definição precisa de cada uma dessas etapas. Há, por exemplo, quem identifique quatro delas: formulação, implementação, verificação e avaliação.⁵⁰ Outros apresentam uma subdivisão mais sofisticada, fazendo referência a uma tipologia que “vê a política pública como um ciclo deliberativo [...] constituído dos seguintes estágios: definição da agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das

⁴⁶ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. In **Sociologias**, Porto Alegre: n. 16, jul./dez. 2006, p. 26.

⁴⁷ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006, v. 1, p. 28.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁰ HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (org.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, p. 34.

opções, implementação e avaliação.”⁵¹

Prossegue-se a análise da política pública no momento de sua formulação ou da seleção das opções. Para uma delimitação mais acurada, é necessária maior especificação da etapa de formulação no caso da América Latina, distinguindo-se a etapa de elaboração da etapa de formulação propriamente dita. Nesse sentido, a “primeira é a preparação da decisão política; a segunda, a decisão política, ou a decisão tomada por um político ou pelo Congresso, e sua formalização por meio de uma norma jurídica.”⁵²

Indiscutivelmente, a Lei n. 11.871/2002 se encaixa na etapa de formulação propriamente dita, por se tratar de uma decisão política tomada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Portanto, essa constatação já seria suficiente para demonstrar que a preferência pelo software livre pode, de fato, ser entendida como uma parte integrante de uma política pública, ainda que considerada apenas uma de suas etapas. No entanto, isso diz muito pouco sobre a política pública em si. Uma análise compreensiva depende da identificação de elementos mais concretos.

Por isso, volta-se a examinar os elementos identificados nos conceitos acima apresentados. Como visto, a primeira vertente destaca os programas governamentais. Esses programas nada mais são do que os instrumentos que veiculam a política pública, descrevendo projetos, detalhando ações a serem tomadas por determinados órgãos ou entidades, bem como discriminando objetivos e metas a serem alcançados. Não faltam exemplos de programas governamentais desse tipo. Lembre-se, nesse sentido, do Programa Fome Zero, do Programa Bolsa Família, do Programa Segundo Tempo e do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Existem, inclusive, programas governamentais voltados ao uso e disseminação do

⁵¹ SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 74.

⁵² SARAVALIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In SARAVALIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006, v. 1, p. 32.

software livre. O CISL (mencionado no final do tópico destinado à descrição do PL 2.269) é o comitê responsável por coordenar e articular o planejamento e a implementação de projetos e ações sobre software livre no âmbito do governo federal. Exercendo essa atribuição, o CISL formula “Planejamentos Estratégicos para Implementação de Software Livre” e os revisa periodicamente. O último deles foi divulgado em dezembro de 2009, para ter aplicação no ano seguinte. Demonstrando os elementos básicos de um programa governamental, o Planejamento Estratégico de 2010 prevê diversas diretrizes, objetivos e ações especificamente elaboradas para promover a implementação do software livre.

Por se tratar de lei em sentido estrito, a Lei n. 11.871/2002 não possui as mesmas características desse tipo de política pública. Enquanto a lei gaúcha é pautada para gerar efeitos gerais e abstratos, os programas governamentais são voltados à aplicação concreta, na medida em que buscam gerar resultados específicos e previamente antecipados. Sob essa perspectiva, portanto, não há como enquadrar a Lei n. 11.871/2002 como política pública. Mas essa não é a única forma de produção de uma política pública.

A segunda vertente trata da política pública sob outra ótica. Chama atenção para sua formação, ao invés de sua aplicação. Para ela, a política pública é um fluxo de decisões públicas.⁵³ A lei gaúcha se insere nesse conceito. Por meio dessa lei, o Poder Legislativo do Estado do Rio Grande do Sul decidiu que, quando utilizasse programas de computador, a Administração local deveria dar preferência ao software livre.

Seguindo a linha de raciocínio dos argumentos desenvolvidos por essa vertente, é possível afirmar que essa decisão é condicionada pelas reações e modificações que a medida viria a produzir no tecido social gaúcho. A modificação que declaradamente busca alcançar é a redução dos gastos públicos. Na justificativa do projeto que deu origem à lei, o deputado Elvino Bohn Gass destacou a potencial diminuição dos custos com a contratação de softwares como um dos principais objetivos da norma. Mas não é apenas enquanto meio

⁵³ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006, v. 1, p. 28.

de barateamento que o software livre é normalmente explorado. Outra de suas facetas tem a ver com a noção de desenvolvimento da indústria nacional.

Essa perspectiva é abordada por alguns dos participantes da ADI n. 3.059/RS (como se verá no capítulo seguinte) e foi igualmente explicitada na análise do PL 2.269 feita pela CCTCI. Por franquear o acesso ao código fonte, o licenciamento livre implica em verdadeira transferência de tecnologia. Como tal, permite o desenvolvimento de diversas habilidades, que podem ser utilizadas na produção de softwares ou na prestação de serviços correlatos. Nesse sentido, a preferência pelo software livre também poderia ser vista como uma política pública de fomento da indústria nacional.

1.2.2 A judicialização da política pública

Entendida a preferência pelo software livre enquanto política pública, cumpre agora tratar de sua judicialização. Nesse ponto, cabe uma observação. Quando se fala em judicialização da política pública no campo jurídico, geralmente o enfoque dado tem a ver com a efetivação de direitos. A judicialização funcionaria como um meio, um instrumento ou um recurso à disposição daqueles que se sentem prejudicados, que provocam o Poder Judiciário a enfrentar o tema da concretização de seus direitos fundamentais. Enuncia-se, por exemplo, que “quando a Constituição menciona um direito/dever fundamental, este é judicializável”.⁵⁴ Na mesma linha, sustenta-se que a “Constituição Federal de 1988 não deixa dúvida em relação à justicialidade dos direitos fundamentais tendo em vista a eficácia dos direitos fundamentais sociais”.⁵⁵

Evidentemente, a judicialização surge enquanto opção apenas quando há algum tipo de transgressão à norma constitucional. Referindo-se especificamente aos direitos sociais, identifica-se duas formas de violação de direitos fundamentais. Em primeiro lugar, estaria a “omissão completa do Estado na satisfação espontânea dos direitos constitucionais

⁵⁴ Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional. In **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte: Editora Fórum n. 70, abr./jun., 2010, p. 52.

⁵⁵ SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. In **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília: v. 2, n. 1, jan./jun., 2012, p. 20.

subjetivos previstos no art. 6º da Constituição Federal”.⁵⁶ Em segundo lugar, esses direitos seriam desrespeitados pelo “comportamento, comissivo ou omissivo, do Estado, que permite a ocorrência de desigualdade social na fruição dos serviços criados para a satisfação espontânea dos bens da vida referidos no art. 6º da Constituição Federal”.⁵⁷

No entanto, a intervenção judicial nessa seara suscita questionamentos, sobretudo no que diz respeito à observância do princípio da separação dos Poderes. É que a efetivação dos direitos fundamentais depende ora da atuação regulamentar do Poder Legislativo, ora da atuação concreta do Poder Executivo. Por isso, discute-se se o Poder Judiciário possuiria de fato legitimidade para determinar o cumprimento desses direitos. Isso porque seus integrantes “não foram eleitos, estando despídos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular”.⁵⁸ Além disso, outro fator problemático seria o custo das intervenções judiciais, uma vez que as decisões do Poder Judiciário em matéria de concretização de direitos implicam em destinação específica de recursos públicos para despesas não contempladas pelo administrador público.⁵⁹

De qualquer forma, o princípio da separação dos Poderes não tem sido suficiente para evitar o ativismo judicial. Há quem entenda que com a transição entre o Estado liberal e o Estado social, “ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos”.⁶⁰ Essa modificação atingiria o Judiciário. Nesse sentido, a “Constituição brasileira [preveria] um modelo de Estado, Constituição e democracia ativista e compartilhado, no qual o Poder Judiciário contemporâneo [...] [funcionaria] como o responsável pela *judicial review* através de uma justiça de autoridade coordenada (paritária) para a implementação de

⁵⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 155.

⁵⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 54, 2006 p. 35.

⁵⁹ SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. In **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília: v. 2, n. 1, jan./jun., 2012, p. 20.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**: v. 7, n. 7, 2010, p. 10-11.

políticas públicas definidas pelos direitos fundamentais”.⁶¹

Mas não é exatamente enquanto efetivação de um direito social que a Lei n. 11.871/2002 é discutida. Não se trata propriamente de um direito reconhecido constitucionalmente que tem sua aplicação ou concretização questionada. Na verdade, a discussão acerca da política pública veiculada pela lei gaúcha é feita de maneira distinta. Com base no conceito de política pública proposto pela segunda vertente, formula-se uma hipótese.

Como repetido algumas vezes, essa vertente entende que a política pública é um fluxo de decisões. Tratando dessas decisões ela afirma que é “possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório.”⁶² Diante disso, é razoável supor que em alguns casos nem todos os grupos envolvidos na tomada de decisão tenham seus interesses devidamente atendidos, na medida em que dentre as diversas opções dispostas no fluxo de decisões somente uma prevalecerá (ainda que seja a síntese de várias outras).

Ocorre que, a partir do momento em que a decisão política é formalizada em norma jurídica, abre-se espaço para discutir a política pública em termos jurídicos e, em alguns casos, no âmbito do próprio Poder Judiciário. Foi exatamente o que ocorreu no caso da preferência pelo software livre estabelecida na Lei n. 11.871/2002, impugnada por meio de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo então PFL.

Entretanto, afirmar que a propositura da ADI funciona como recurso estratégico dos “perdedores” no debate legislativo é mero exercício especulativo. Não se pretende insistir nessa hipótese. Independentemente das razões que levem à judicialização do caso, acredita-se que a atuação do Poder Judiciário deve observar alguns parâmetros, alguns limites, especialmente em situações como as delineadas na ação ora em exame, em que se

⁶¹ Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional. In **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte: Editora Fórum n. 70, abr./jun., 2010, p. 50-51.

⁶² SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006, v. 1, p. 28-29.

pleiteia a declaração de inconstitucionalidade de lei que é resultado de uma escolha política.

1.3 Limites da atuação judicial

Para fundamentar a posição defendida neste trabalho em relação aos limites da atuação judicial na apreciação de políticas públicas, parte-se das ideias expostas por dois autores. São eles: Gustavo Zagrebelsky, autor de “*El derecho dúctil*”, e Jeremy Waldron, autor de “A dignidade da legislação”. As teses desenvolvidas por esses autores não coexistem de maneira óbvia, mas se entende ser possível conciliá-las a partir de um ponto de vista específico. Assim, com o intuito de realizar um exercício de compatibilização dessas teorias, essa seção é dedicada à formulação de uma ideia própria a respeito dos limites da atuação judicial de políticas públicas, cujo extrato teórico orientará a análise que será feita acerca da ADI n. 3.059/RS.

1.3.1 A Constituição flexível de Zagrebelsky

Em “*El derecho dúctil*”,⁶³ Zagrebelsky afirma que não pretende dizer nada novo. Seu objetivo é reunir elementos já conhecidos, relacionados à Constituição e às recentes transformações que a levaram ao Estado Constitucional que hoje se desenvolve no continente europeu. Seu intuito é captar a atmosfera que envolve esse Estado Constitucional (que, a seu ver, os juristas ainda não absorveram plenamente), para firmar as bases de uma concepção da Constituição que seja adequada aos propósitos da ciência constitucional contemporânea.

A exposição do autor se inicia com a revisitação de um conceito tradicional. De acordo com Zagrebelsky, a noção de soberania que norteava a atuação do Estado não goza mais da mesma força de outrora. Não que o conceito tenha sido abolido, mas teria perdido sua posição de destaque, não mais funcionando como axioma unificador da ciência do direito público. Assim, tornar-se-ia necessário construir outra ideia que lhe sirva de

⁶³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011.

orientação. Essa tarefa, porém, não seria feita, no caso da Constituição, por meio da apresentação de um projeto de vida comum predeterminado. Nas sociedades pluralistas atuais, a Constituição deveria garantir condições de possibilidade dessa vida comum, sem, porém, ditá-la previamente.

Tendo em vista o caráter dinâmico de nossas sociedades complexas, seria imprescindível que os valores e princípios expressados pelas Constituições não assumissem uma condição absoluta, mas fossem flexíveis, permitindo a compatibilidade com outros valores. A flexibilidade (eis aqui a referência mais direta ao título da obra, o direito “dúctil”, ou seja, flexível) que o autor defende se realizaria com apoio em duas ideias principais: coexistência e compromisso. Para Zagrebelsky, o único conteúdo sólido que poderia (na verdade, deveria) estar contido e ser defendido por uma Constituição atual seria precisamente a pluralidade de valores e princípios.

Dando continuidade à sua explanação, o autor examina outro conceito básico utilizado pela ciência constitucional: o Estado de Direito. De tudo que relata, extrai-se que a concepção do direito inerente ao Estado de Direito o encarava como uma ciência da legislação positiva. Isso decorria, segundo Zagrebelsky, de uma situação histórica específica, onde havia uma concentração da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância Legislativa. No direito atual, no entanto, essa situação histórica não se repetiria. Ao contrário do que acontecia anteriormente, a lei já não apareceria como a expressão pacífica de uma sociedade internamente coerente, seria, na verdade, manifestação e instrumento de competição social.

Sendo assim, a lei teria perdido um atributo que lhe era caro e que lhe conferia destaque. A lei teria deixado de ser garantia de estabilidade. Para preencher esse vácuo, princípios e valores constitucionais teriam sido alçados a alicerce de um consenso social que fosse suficientemente amplo para garantir a harmonia nas sociedades pluralistas. Desse modo, a lei, que havia sido a medida de todas as coisas no Direito, teria cedido lugar à Constituição e também teria passado a ser por ela medida. A Constituição assumiria, pois,

uma função antes inexistente, quando se supunha a coerência interna das sociedades. Hoje, caberia à Constituição manter unida e em paz uma sociedade cada vez mais complexa e que, internamente, é dividida de maneira plural.

Percebida a nova função das Constituições, seria necessária a superação de mais um obstáculo. Para ele, esse obstáculo seria a antiga ideia da primazia das leis sobre os direitos. Segundo ele, a concepção jurídica que dominava o Estado de Direito entendia os direitos subjetivos dos indivíduos como um produto ou consequência da vontade do Estado, expressa por meio da lei. Os direitos, portanto, eram considerados secundários, derivando da ideia de que o Estado detinha prioridade sobre os indivíduos. Uma nova concepção, porém, teria vindo ao amparo dos indivíduos. Buscando limitar a interferência estatal, foram inseridas nas Constituições contemporâneas catálogos de direitos que deveriam ser respeitados e protegidos, independentemente do que estabelecesse a lei.

Mais adiante, ainda abordando a consagração de direitos na Constituição, Zagrebelsky trata de um aspecto importante que decorre dessa transformação constitucional, a relação entre os direitos orientados às liberdades e aqueles voltados à justiça. A discussão prossegue no capítulo seguinte, quando o autor analisa a inclusão, nas Constituições, de princípios de justiça material, enfatizados na medida em que se verificaram as consequências e os custos sociais da manutenção dos direitos individuais orientados pela liberdade. Zagrebelsky assume, nesse ponto, uma posição de desconfiança dos direitos (o que não significa sua negação), pretendendo que os princípios de justiça funcionassem como baliza.

Posteriormente, o autor se dedica a examinar a distinção estrutural das normas jurídicas. Zagrebelsky se refere inicialmente à norma e à diferença entre regras e princípios. Sem se preocupar em discutir o tema em profundidade, o autor busca delinear as características que distinguem uma das outras no contexto da dogmática constitucional por ele almejada. De um modo geral, as regras forneceriam os critérios para a ação, enquanto os princípios nos indicariam critérios para tomar posições perante situações

concretas. Cada uma aponta para uma postura específica. Se, por um lado, as regras podem ser observadas de maneira mecânica e passiva, por outro, os princípios exigem uma reação (por isso o autor mencionou a “tomada de posição”).

Feita essa distinção, o autor passa a fazer considerações a respeito dos debates que se estabeleceram quanto à aplicação de regras e princípios. Trata de uma dogmática positivista que nega aplicação aos princípios a uma interpretação que vê semelhanças entre direito constitucional e direito natural. Em seguida, aborda o Direito como uma ciência prática, evitando a simplificação que ligaria a ciência à razão e prática à vontade. Zagrebelsky defende que o direito “vivo” decorre do impacto da norma em abstrato com suas condições reais de funcionamento, o que exige uma valorização mais ampla da norma.

Com o intuito de conformar objeto e método, o autor rechaça a ideia de tratar o Direito como uma disciplina lógico-formal. Essa noção não faria sentido, uma vez que o Direito não seria um dado, mas um contínuo “fazer-se”, em que se misturam expectativas derivadas de diversos princípios, muitas vezes contraditórios entre si, que, mesmo assim, pretendem vir a ser realizados. Nesse ponto, o autor diferencia a *sciencia juris* da *juris prudentia*. A primeira seria produto de uma racionalidade formal e funcionaria pela oposição qualitativa presente na expressão “verdadeiro ou falso”. A segunda, a seu turno, seria o resultado de uma racionalidade material, que levaria em conta uma progressão quantitativa, representada, por exemplo, pela sucessão de valores existentes entre o menos e o mais adequado.

Considerando o contexto pluralista em que nos encontramos, Zagrebelsky acredita não ser possível (ou desejável) optar pelo formalismo, razão pela qual a prudência deveria sobrelevar a ciência. Assim, a dimensão do Direito por princípios seria a mais compatível com uma sociedade pluralista, permitindo o contínuo reequilíbrio através de transações valorativas. Essa seria, inclusive, uma tendência, adotada pela maioria das jurisdições constitucionais, quando concebem o conteúdo das Constituições como uma declaração de

valores.

O autor também analisa a aplicação jurisdicional do Direito. Para ele, a concepção positivista tradicional transforma a aplicação do Direito em um mecanismo lógico, sem discricionariedade, onde se elimina da interpretação toda e qualquer influência que o caso poderia exercer. A noção do Direito como uma disciplina prática, no entanto, exigiria mais do que isso. Não apenas a lei poderia ser considerada, mas também a realidade. De todo modo, levar em conta tão-somente os casos conduziria a aplicação do Direito ao outro extremo, transformando a jurisdição em mero exercício de casuística.

Assim, para Zagrebelsky, uma concepção prática do Direito deve buscar a norma que seja adequada tanto ao caso concreto como também ao próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido, fica evidente o caráter dúplice da interpretação. Em consonância com as características atuais do direito, o caso é (ou deve ser) o motor que impulsiona o intérprete no processo de interpretação do direito, indicando a direção a seguir. Ato contínuo, o intérprete busca no ordenamento jurídico as regras pertinentes e retorna ao caso concreto. Descreve-se, pois, um procedimento circular, a que o autor se refere como “círculo interpretativo”, que se coadunaria perfeitamente com o caráter dúplice da interpretação anteriormente mencionado.

Embora o argumento tenha sido exposto de maneira relativamente simples até aqui, o autor chama a atenção para uma dificuldade: a compreensão do caso. Para ele, o caso não seria um mero fato, que se desenvolve em uma sucessão historicamente apreciável. Pelo contrário, o caso seria essencialmente um acontecimento problemático, que clamaria por uma solução jurídica. A compreensão do caso exigiria que se entendesse o seu sentido. De acordo com Zagrebelsky, a compreensão do caso consiste na categorização de sentido e de valor, retirada da conexão entre uma ação e um resultado social.

Sobre a crítica que se faz às interpretações baseadas em princípios, Zagrebelsky afirma que não quer esvaziar uma política jurídica da interpretação, mas apenas chama a

atenção para o fato de que, na realidade, a aplicação do direito seria influenciada pelos casos concretos, algo que seria ainda mais evidente nos “casos críticos” (ou “*hard cases*”). Para Zagrebelsky, o temor relacionado à expansão do subjetivismo da interpretação é reflexo do caráter pluralista das sociedades atuais, que se vêem diante da influência de apenas uma parcela dessa sociedade, composta pelos juristas e operadores do direito. Isso, porém, não seria para ele uma anomalia, mas uma consequência dos sistemas jurídicos atuais.

A problemática relação que resulta da dinâmica da aplicação jurisdicional exigiria uma atitude particular dos operadores do direito. Essa atitude guardaria estreita relação com o caráter prático do direito e consistiria na denominada razoabilidade. Na aplicação do direito, a razoabilidade se evidenciaria em dois momentos. Em primeiro lugar, na categorização dos casos à luz dos princípios. Em segundo lugar, na busca pela regra aplicável ao caso. O Estado constitucional estaria na intermediação entre o Estado e a sociedade, devendo conjugar e balancear o respeito à lei e as pretensões sociais constitucionalmente garantidas.

Concluindo a obra, Zagrebelsky questiona o papel dos legisladores (e da legislação) e dos juízes (e da jurisdição) diante das exigências do Estado constitucional. Sem afastar a importância dos primeiros, evita privilegiar demasiadamente os segundos. Para ele, o legislador deve hoje se convencer de que as leis são partes e não todo o complexo jurídico. De todo modo, os juízes não se tornaram os “senhores do direito” (assumindo um papel que em períodos anteriores era exercido pelos legisladores). Possuiriam, isso sim, uma grande responsabilidade na aplicação do direito no Estado constitucional. Mas ao legislador ainda deveria ser conferida a possibilidade de exercer seu direito de contribuir politicamente com a formação do ordenamento jurídico, sob pena do Estado constitucional perder o caráter democrático que lhe seria tão caro em uma sociedade pluralista.

1.3.2 *A dignidade da legislação por Waldron*

Na obra “A dignidade da legislação”,⁶⁴ Jeremy Waldron defende a legislação, apresentando-a como uma fonte de Direito respeitável. Segundo ele, tanto a legislação como a própria figura do legislador não são bem vistas pela filosofia jurídica e política. Afirma que sequer há um modelo teórico que permita analisar normativamente a legislação como forma autêntica de Direito. À displicência com a lei, contrapõe a vasta produção teórica relacionada às decisões judiciais, que apontam para a dignificação da atividade jurisdicional. Para sustentar uma visão positiva da legislação, busca subsídios na filosofia política.

Como ponto de partida, Waldron faz referência a autores como John Robert Seeley, William Blackstone e Guido Calabresi para ilustrar como a legislação é vista com antipatia no Direito consuetudinário. Diz, ainda, que, em algumas situações, essa atitude hostil redundaria no não reconhecimento da lei enquanto fonte do Direito, o que contribuiria para conferir maior credibilidade à revisão judicial. Ressalta, porém, que na atividade prática os advogados reconhecem a legislação como Direito. Nesse mundo fático, a legislação seria tão relevante quanto as decisões judiciais. Além disso, o positivismo jurídico tradicionalmente colocaria a legislação em lugar de destaque nos sistemas jurídicos. Mesmo assim, os positivistas modernos teriam relegado a atividade legiferante a segundo plano.

Uma das possíveis explicações disso estaria em uma característica da produção legislativa: a mudança deliberada. Para Waldron, a forma explícita com que a política aborda a modificação e a criação de leis é vista com desconfiança. Afirma que os juristas se sentem mais confortáveis com a criação judicial, porque ela nega essa criação. Mesmo quando de fato inovam, juízes e tribunais disfarçariam essa medida, fingindo estar descobrindo o que a lei sempre foi. Essa maneira de lidar com o tema daria maior legitimidade ao sistema jurídico, na medida em que depositaria a função de governar no

⁶⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

próprio Direito e não em pessoas. Com a legislação, sucederia exatamente o contrário. Enquanto no Direito consuetudinário as mudanças aconteceriam de modo natural, a legislação operaria mudanças deliberadamente. Por decorrer da atuação explícita do legislador, a criação operada no âmbito do parlamento ou do congresso estaria sujeita às imperfeições da índole humana.

Naturalmente, Waldron reconhece que essa imagem do Direito consuetudinário não ficou indene de críticas. A teoria jurídica trata do que chama de controvérsia a respeito do caráter especial do raciocínio judicial, que, supõem-se, estaria revestido de legalidade e não imbuído de considerações políticas. No entanto, essa circunstância marcaria uma importante distinção em relação ao raciocínio legislativo. Aqui, não haveria qualquer controvérsia a ser examinada pela teoria jurídica. A decisão legislativa seria o resultado da interação de interesses ou do choque direto de propostas e ideologias.

O que Waldron propõe é elaborar uma teoria da legislação e do raciocínio legislativo. Investigando como o raciocínio legislativo era compreendido na teoria jurídica, Waldron menciona uma decisão da Câmara dos Lordes de 1992. No caso *Pepper v. Hart*, foi reconhecido que os tribunais poderiam consultar as atas dos debates parlamentares à procura da intenção legislativa, como forma de orientar a interpretação de uma lei. Por um lado, Waldron afirma que a ideia de intenção legislativa faz sentido, uma vez que, como visto, a legislação é ação intencional. Com a edição de uma lei, o legislador pretende deliberadamente alterar alguma coisa no panorama jurídico. Por outro lado, no entanto, entende que não é possível verificar a intenção de uma legislatura, já que não é dotada de um pensamento uniforme próprio, mas composta por vários indivíduos, eles sim com suas intenções, expectativas e pensamentos particulares.

O mesmo argumento utilizado para rejeitar a viabilidade da análise da intenção legislativa é examinado por Waldron sob outro aspecto. Para ele, parte da desconfiança que o legislador suscita aos teóricos do Direito pode decorrer de sua pluralidade. O tamanho desse corpo legislativo, na maioria das vezes formado por centenas de pessoas, seria um

obstáculo para que se pudesse realizar uma legislação racional. O grande número de representantes dificultaria, por exemplo, a coordenação em torno da produção de leis coerentes. Essa leitura do legislador adviria de um preconceito antigo, explica Waldron, segundo o qual quanto maior a assembleia legislativa, menor é a qualidade e a sabedoria de seus componentes. O fato de o legislativo ser composto por um grupo de pessoas sem formação ou preparação prévia para editar leis (diferentemente dos juízes, cuja experiência e formação sólida os habilitaria para a tarefa) também concorreria para a descrença quanto à sua competência.

Waldron, porém, defende a pluralidade da composição do legislativo e o seu procedimento de decisão. Partindo de uma observação de Maquiavel a respeito dos barulhos da política, o autor sustenta que o dinamismo e a representatividade da atuação caótica e conflitante das assembleias legislativas é sua própria virtude. A discordância e a conflituosidade que animam os debates parlamentares refletiriam nossa própria existência enquanto membros de uma comunidade, sendo a votação e o princípio majoritário instrumentos hábeis e adequados para mediar os impasses que geram.

Para chegar a essas conclusões, Waldron persegue três autores clássicos. Em Kant, busca subsídios para justificar a discordância entre os membros de uma comunidade. Em Aristóteles, retira argumentos que apoiam a sabedoria das multidões e sua prevalência em relação às decisões individuais ou àquelas tomadas por grupos menores. Em Locke, percebe fundamentos que militam em favor da legitimidade da decisão majoritária. A partir deles, combate a pecha de arbitrariedade que pesaria sobre a decisão legislativa.

1.3.3 Parâmetros para a apreciação judicial

Como dito no início dessa seção, conciliar as teses de Zagrebelsky e de Waldron não é tarefa singela. Pelo contrário, pode parecer simplesmente inviável. Os dois autores partem de premissas diferentes e se dirigem a caminhos aparentemente opostos. O propósito aqui delineado, no entanto, não é simplesmente defender que se trate de ideias

compatíveis, mas retirar de cada uma delas elementos que permitam compatibilizá-las a partir de um ponto de vista específico. Para isso, mais do que buscar similaridades, é necessário entender suas diferenças, para que, então, seja possível tentar uma aproximação.

O traço distintivo fundamental entre os dois reside no seu sistema jurídico de origem. Tendo ascendência russa, Zagrebelsky é na verdade italiano. Como no Brasil, o ordenamento jurídico da Itália se baseia no sistema romano-germânico, onde, grosso modo, prevalece a organização a partir da lei e de códigos. Waldron, por outro lado, vem da tradição anglo-saxã, onde o precedente e a atuação jurisdicional têm normalmente posição mais destacada no sistema jurídico. Natural da Nova Zelândia, país onde iniciou seus estudos, Waldron desenvolveu sua carreira na Inglaterra e nos Estados Unidos. Veja-se, em linhas gerais, o que cada um deles pretende nas obras analisadas anteriormente.

Zagrebelsky busca precipuamente fugir do império absoluto da lei. Para isso, faz uma narrativa de superação da mentalidade jurídica que julga ser tradicional e que veria a lei como o postulado que orientava a atuação estatal. O cerne dessa mudança residiria nas características da sociedade contemporânea. Sua conformação atual demanda flexibilidade no trato com as expectativas de seus membros, notadamente em virtude do pluralismo que norteia sua composição. No lugar da lei, a Constituição passaria a tomar a posição de destaque, funcionando como baliza para o sistema jurídico e dotando a jurisdição de elementos que permitissem melhor ponderação dos casos concretos, a partir da razoabilidade e da conjugação de regras e princípios.

Waldron, por outro lado, foge do império absoluto do precedente e da criação judicial. Busca justificar a legitimidade e a adequação da lei enquanto fonte de Direito respeitável, resistindo a uma visão que é própria do Direito consuetudinário. Evidentemente, o sistema jurídico brasileiro não provoca a mesma resistência à lei sentida nos países de tradição do *common law* (embora seja crescente uma desconfiança social no que diz respeito à figura do legislador). Mas, estando próximos ao que Zagrebelsky propõe, parece que caminha em direção a um tipo de repulsa à lei. É nesse sentido que se entende

que as ideias de Waldron podem ser particularmente interessantes.

A postura de Zagrebelsky em relação ao Legislativo e ao Judiciário parece se aproximar da abordagem tradicional da judicialização das políticas públicas, que se voltam aos direitos sociais. Como já enfatizado acima, não é o enfoque propriamente adequado para o tipo de política pública que se examina neste trabalho. Ainda que a preocupação com a garantia dos direitos constitucionalmente consagrados seja apropriada e deva ser perseguida, é necessário (e mesmo Zagrebelsky reconhece isso) respeitar a autoridade da lei, enquanto mecanismo legítimo de decisão política e orientação social.

Feitas essas ponderações, volta-se à conciliação das teses expostas pelos dois autores. Acredita-se que seja de fato viável fazer uma aproximação entre elas. A uma porque, embora partam de premissas distintas, seu raciocínio conduz a caminhos similares, tendo em vista que buscam um equilíbrio entre legislação e jurisdição. A duas porque ambos reconhecem o pluralismo social e a importância de respeitá-lo. Esse segundo ponto, porém, é mais problemático. Isso porque para Zagrebelsky o respeito ao pluralismo vem com uma interpretação flexível das normas, sobretudo constitucionais. O pluralismo seria respeitado na medida em que não se imponha um projeto de vida comum à sociedade. Waldron, a seu turno, vê a situação de outro modo.

A vida em sociedade exige que se faça escolhas. Há situações em que simplesmente não é possível concordar em discordar, sendo necessária a adoção de um posicionamento comum. Embora idealmente se deva buscar o consenso, não é possível ficar paralisado pela falta de unanimidade. O procedimento de votação segundo o princípio majoritário seria o meio mais adequado para transpor essa dificuldade. Enquanto se garanta sua observância, dando condições para que a discussão parlamentar aconteça ou possa acontecer, o pluralismo seria devidamente respeitado.

Então como fica? Em certo sentido, usa-se as ideias de Waldron para frear ou dosar o constitucionalismo de Zagrebelsky. Se, por um lado, o Judiciário deve dar primazia aos

postulados constitucionais ao analisar um caso concreto, por outro, não pode simplesmente desconsiderar o arcabouço legal que o confronta. Sob o pretexto de resguardar direitos e princípios, não pode o Judiciário impor algo que é vedado à própria Constituição, a saber, um projeto de vida comum. A legislação deve ser respeitada enquanto método decisório legítimo.

Assim, entende-se que a apreciação da Lei n. 11.871/2002 não pode ser feita de maneira indiscriminada. A Constituição deve ser respeitada. Princípios e regras devem ser observados. Mas, da mesma forma, deve-se respeitar a autoridade da lei. Como visto acima, a decisão que levou à concretização da política pública foi tomada por meio de discussão travada pelos diversos grupos que compõem a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Não cabe ao Poder Judiciário interferir nessa escolha, sobrepondo-se ao Poder Legislativo local. Seu papel deve se limitar a garantir que direitos não tenham sido violados e que o procedimento que leva a essa escolha tenha sido devidamente observado.

Portanto, não cabe ao Supremo Tribunal Federal dizer se a preferência pelo software livre é boa ou ruim. Em outras palavras, não lhe cabe fazer considerações de ordem substantiva em relação à escolha que culminou na elaboração dessa política pública. Não lhe cabe, em última instância, impor um projeto de vida comum. Mas deve, isso sim, investigar se a edição da lei observou os critérios formais e materiais aplicáveis. Cabe-lhe, enfim, examinar se a norma impugnada é ou não constitucional.

A fim de se verificar como se realiza a interferência do Poder Judiciário especificamente na ADI n. 3.059/RS, passa-se, no capítulo seguinte, a descrever seu processo e julgamento. O objetivo é destacar elementos que permitam a identificação da postura de cada um dos partícipes da ação em relação a essa possível intervenção judicial na política pública inscrita na Lei n. 11.871/2002. Para isso, serão apontados os argumentos elaborados por cada um deles, além, é claro, quando for o caso, das teses utilizadas pelos Ministros no julgamento colegiado.

CAPÍTULO 2 – PROCESSO E JULGAMENTO DA ADI N. 3.059/RS

No dia 28 de novembro de 2003, o então Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), protocolou, no STF, petição em que sustenta a inconstitucionalidade da lei gaúcha nº 11.871/2002.

Proposta a ação e ouvidos o Governador do Estado do Rio Grande do Sul (GERS) e a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (ALRS), o STF decidiu conceder a medida cautelar pleiteada pelo partido, para suspender os efeitos da lei até decisão definitiva a respeito de sua constitucionalidade.

Após o julgamento da cautelar, seriam ouvidos o GERS, a ALRS, o Advogado-Geral da União (AGU) e o Procurador-Geral da República (PGR). O GERS não se manifestou, a ALRS reproduziu os argumentos que apresentou em sua intervenção anterior, enquanto o AGU e o PGR defenderam a constitucionalidade da lei, requerendo fosse a ADI julgada improcedente. Em 2006, três associações civis solicitaram e foram admitidas a participar do processo, na condição de *amici curie*. Duas delas sustentaram a inconstitucionalidade da lei e a terceira defendeu sua constitucionalidade.

Em 05 de março de 2012, foi determinada a inclusão do caso na pauta de julgamentos do STF. No entanto, somente no dia 31 de outubro de 2012 a ADI n. 3.059/RS foi levada a julgamento. Nesse dia, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, julgou improcedente a ação. Antes que pudesse ser dado prosseguimento à votação, o Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos e, até a data de fechamento deste trabalho, o julgamento não foi concluído. A seguir, são expostas as teses desenvolvidas por cada um daqueles que se manifestaram no caso.

2.1 A petição inicial do PFL/DEM

Como mencionado acima, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n. 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul. Para sustentar esse entendimento, o autor da ADI formulou basicamente quatro teses: (i) somente a União poderia legislar sobre o tema, uma vez que se trata de lei que veicula normas gerais de licitação e contratação; (ii) a lei viola o princípio da impessoalidade, na medida em que estabelece preferência entre concorrentes; (iii) a lei viola os princípios da economicidade e da eficiência, já que ao escolher um determinado tipo de produto não leva em conta as peculiaridades de cada caso concreto; e, (iv) a lei seria inconstitucional por vício de iniciativa, porque versa sobre organização administrativa e matéria orçamentária, tema de iniciativa privativa do Governador.

Antes de abordar cada uma dessas teses, o autor da ADI dedica algumas páginas a explicar o que entende a respeito do funcionamento do mercado de programas de computador. Para o partido existem nesse mercado dois tipos de software: o software comercial e o software livre ou não comercial. O software comercial seria aquele destinado ao comércio, sobre o qual incidiria uma forte proteção autoral. A qualificar essa proteção, explica que isso significa que “as licenças de uso são onerosas, o código-fonte não é aberto --- embora, em alguns casos, ele possa vir a ser --- a sua distribuição e reprodução dependem de autorização expressa do titular dos direitos autorais”.⁶⁵

Por sua vez, o software livre seria, segundo o partido, aquele originariamente dedicado e destinado à pesquisa científica. Por isso, “o tipo de licenciamento que sobre ele foi criado é bastante flexível, sendo o código aberto, sua distribuição e reprodução livres, o que gera, normalmente, a gratuidade de uso, embora essa não seja uma característica necessária desses programas”.⁶⁶ O autor da ADI ainda menciona a GPL como o

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 3. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 4.

licenciamento mais comum desse tipo de software.⁶⁷

Em que pese os aparentes atrativos do software livre (relacionados aos baixos custos de aquisição e ao caráter solidário que permeia seu desenvolvimento), o autor da ADI afirma que “antes que o setor público faça uma escolha [entre software proprietário e livre], ainda mais por meio de lei, é necessária maior reflexão, tanto do ponto de vista fático, quanto jurídico.”⁶⁸ Nesse sentido, sustenta que, como o software proprietário é criado para o consumidor, seu desenvolvimento é respaldado por pesquisas de mercado, “o que torna esses programas, normalmente, mais fáceis de usar e compatíveis com uma infinidade de outros.”⁶⁹ Seriam mais fáceis de usar em comparação com o software livre. Isso porque, considerando que a origem do software livre está ligada ao meio acadêmico, “a preocupação de seus desenvolvedores não é, necessariamente, com a facilidade de uso ou com as necessidades do usuário final, mas sim com a excelência tecnológica.”⁷⁰

Outro aspecto em que software proprietário e livre se distanciariam diz respeito à responsabilidade pelo produto. De acordo com o autor da ADI, no caso do software proprietário “há uma empresa responsável pela garantia e suporte. Com isso, os custos da aquisição inicial do software tendem a ser mais altos, mas as despesas com manutenção e treinamento tendem a ser baixas.”⁷¹ Isso, entretanto, não aconteceria com o software livre. Por se tratar de obra coletiva (em virtude da possibilidade de livre alteração) “a responsabilidade e a garantia pelo produto restam prejudicadas. Por isso, embora os custos de aquisição sejam baixos ou quase inexistentes, tendem a ser altos os custos com treinamento, manutenção e suporte.”⁷²

Mas sequer essa equação estaria correta. O autor da ADI faz referência a pesquisas conduzidas pelo International Data Group – IDG e pelo Gartner Group. Analisando o

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁷¹ *Ibidem*, p. 5.

⁷² *Ibidem*, p. 5.

custo total com a aquisição e implantação de tecnologia, essas pesquisas indicariam que o licenciamento do software “representa apenas de 5% a 7% do total, correspondendo o restante a gastos com *hardware*, treinamento, assistência técnica, formação de técnicos, tempo ocioso e pessoal.”⁷³ Com base nesses dados, conclui que não é possível afirmar, “de forma genérica e abstrata, que, necessariamente, o software livre ou não comercial é mais econômico do que o comercial, até porque, aquele, normalmente demanda mais gastos com pessoal (treinamento, manutenção, etc.), os quais devem ser computados.”⁷⁴

Em seguida, o autor da ADI transcreve os dispositivos que compõem a Lei n. 11.871/2002 e menciona parecer da lavra de Miguel Reale Júnior, que instrui a inicial. Segundo o partido, o doutrinador aponta em seu parecer uma série de inconstitucionalidades e ilegalidades, sobretudo relacionadas à Lei n. 8.666/1993. Feito este introito, passa a expor cada uma de suas teses jurídicas, começando pela violação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988.

A fim de demonstrar a violação do citado dispositivo constitucional, o autor da ADI faz uma longa digressão, rememorando o processo de transformação do país em Estado Federal e da fórmula de divisão de competência estabelecida entre os entes federados. Menciona e diferencia dois tipos de divisão de competências (privativa e concorrente), para então se dedicar a analisar a competência da União para legislar sobre normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Afirma que a competência para legislar sobre essa matéria é privativa da União e que uma interpretação topográfica da Constituição levaria à conclusão de que a lei gaúcha impugnada é inconstitucional. Aduz, também, que mesmo uma interpretação mais detida do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição indicaria a inconstitucionalidade da Lei n. 11.871/2002. Isso porque haveria duas possibilidades interpretativas: (i) “houve um equívoco do constituinte, visto que o inciso trata de *normas gerais*, e, portanto, não de

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.059/RS, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁷⁴ Ibidem, p. 6.

todas as normas sobre tais assuntos, podendo-se estar diante de caso de competência concorrente, pois quando não houvesse norma geral da União, os Estados e Municípios poderiam fazê-la”; ⁷⁵ (ii) “aos Estados e Municípios somente é dado editar normas especiais, não se configurando, de fato, uma competência concorrente, embora seus princípios sejam aplicados.” ⁷⁶

Em síntese, sustenta que a lei gaúcha é inconstitucional porque aos Estados-membros é vedado editar normas gerais sobre licitações e contratos. Além disso, a inconstitucionalidade ocorria tanto quando existente norma geral emanada pela União como quando a lei estadual contrariasse os dispositivos dessa norma geral. É que, sendo destinada a todos os membros da federação (União, Estados-membros e Municípios), a norma seria, na verdade, nacional e não meramente federal. ⁷⁷

Embora a inconstitucionalidade da Lei n. 11.871/2002 tivesse sido tratada até esse ponto como se o argumento fosse simples, o autor da ADI reconhece mais à frente a dificuldade de se estabelecer uma definição do que vem a ser norma geral. Eis porque segue apresentando conceitos e ideias de diversos autores para então afirmar que “a função das normas gerais é unificar o tratamento de determinada matéria entre todos os entes federados, pois a todos se aplica, por serem normas nacionais”. ⁷⁸

O partido ainda faz referência a um precedente do STF. No julgamento da medida cautelar na ADI n. 1.824/RS, o Tribunal deferiu a liminar para suspender os efeitos de lei que estabelecia preferência às cooperativas em processos de licitação para venda de empresas públicas. Consta da ementa do julgado a alegada violação do artigo 22, XXVII, da Constituição da República de 1988, que, como visto, dá à União e apenas a ela a competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos. Sem muito acrescentar além disso, volta a afirmar adiante que a inconstitucionalidade da

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 15-16.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 19.

lei seria verificada “pela análise da lei gaúcha frente ao disposto no art. 22, XXVII da CF/88 [...], pelo simples fato de a Lei 11.871/02 estabelecer *normas gerais* sobre licitação e contratação administrativa, o que é absolutamente vedado”.⁷⁹

Passando à segunda tese que levaria ao reconhecimento de que a lei impugnada seria inconstitucional, o autor da ADI cita o *caput* e o inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República de 1988. Destaca no *caput* que a Administração Pública deve observar, dentre outros, o princípio da impessoalidade, e sublinha a determinação constante do inciso XXI no sentido de que as compras e alienações públicas devam ser contratadas “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

O partido ressalta a importância do tratamento igualitário da Administração Pública em relação aos particulares. Após citar lições de Fábio Konder Comparato e Ives Gandra da Silva Martins, o autor da ADI assevera que a ideia implícita no princípio da impessoalidade “afasta qualquer hipótese de estabelecimento de parcialidade, de privilégio, ou seja, de *preferência* entre cidadãos, sejam eles consumidores ou fornecedores da Administração Pública”.⁸⁰

Fazendo referência a Celso Antônio Bandeira de Melo, afirma que o dispositivo constitucional assegura igualdade de condições a todos os concorrentes, permitindo tão somente exigências de qualificação técnica e econômica. Qualquer critério que não fosse relacionado a essas duas formas de qualificação não seria legítimo. Nesse sentido, a norma gaúcha seria inconstitucional porque prevê como elemento de escolha entre os concorrentes o tipo de licenciamento de seus produtos, o que, na visão do partido, não se enquadraria como condição técnica nem tampouco como condição econômica.⁸¹

Para concluir a exposição acerca da violação do princípio da impessoalidade,

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁸¹ *Ibidem*, p. 24.

menciona trechos de votos proferidos no STF por ocasião do julgamento de medida cautelar na ADI n. 1.824/RS, já mencionada. Em suma, os trechos transcritos e grifados chamam a atenção para a inconstitucionalidade que se manifesta a partir do estabelecimento de preferências em procedimentos licitatórios.

A terceira tese que fundamenta a inconstitucionalidade da Lei n. 11.871/2002 é formulada com base nos princípios da eficiência e da economicidade. Segundo o autor da ADI, esses princípios “agregam o dever da Administração Pública de atentar sempre para os custos e os benefícios, para a qualidade dos serviços, para a agilidade exigida, para a regularidade, para a excelência dos resultados buscados”.⁸² E complementa: “Para que isso seja observado, somente a análise em cada caso concreto, das necessidades e dos custos específicos, é que permite se avaliar qual proposta é a mais vantajosa para a administração pública”.⁸³

Antes de aplicar essas noções ao caso em comento, o partido se dedica a esmiuçar os conceitos por trás dos dois princípios, citando diversos autores. Conclui, enfim, que “toda e qualquer preferência estabelecida por lei a um determinado concorrente ou produto para contratações administrativas, é absolutamente alheia às peculiaridades de cada caso concreto”,⁸⁴ o que implicaria necessariamente em violação àqueles princípios. Seguindo esse raciocínio, o autor da ADI afirma que o estabelecimento de preferência a um tipo de produto (como seria, a seu ver, a hipótese configurada na Lei n. 11.871/2002) é inconstitucional, por desrespeito aos princípios da eficiência e economicidade.

A última tese formulada aponta vício de iniciativa na apresentação do projeto de lei que deu origem à norma impugnada. O partido afirma que a definição de temas que devem ser de iniciativa do Poder Executivo encontra supedâneo no princípio da separação dos

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁸³ *Ibidem*, p. 26-27.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 29.

poderes, como forma de evitar a ingerência do Poder Legislativo sobre aquele outro.⁸⁵ Diz, ainda, que a escolha por um determinado tipo de produto ou fornecedor (como no caso do software livre) se enquadra na rubrica “organização administrativa e matéria orçamentária”, que, de acordo com o artigo 61, inciso II, da Constituição da República de 1988, é tema afeto à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.⁸⁶

Para reforçar esse entendimento, o autor da ADI transcreve trecho do parecer de Miguel Reale Júnior. Segundo o doutrinador, “a determinação de qual deva ser o programa de computadores a ser adquirido pelos órgãos da administração é matéria de discricionariedade vinculada do administrador, que [...] fará sua opção de acordo com uma multiplicidade de fatores, técnicos e econômicos, e adequada a cada caso especificamente”.⁸⁷

No entanto, por se tratar de regra que se destina à produção de normas federais, passa a tratar da necessidade de o processo legislativo estadual obedecer à mesma sistemática. Dessa forma, após citar diversos autores, o partido transcreve várias ementas de julgados do próprio STF, a indicar que sua jurisprudência “é pacífica no sentido de ser inconstitucional norma estadual que não siga as regras de iniciativa previstas na Constituição Federal, pois elas são de observância obrigatória”.⁸⁸ Portanto, por violar o disposto nos artigos 2º e 61, inciso II, da Constituição da República de 1988, a lei gaúcha seria inconstitucional.

Feita a defesa da inconstitucionalidade da Lei n. 11.871/2002, o partido formula pedido de liminar para que seja concedida medida cautelar para sustar os efeitos da norma. Afirma que o requisito da fumaça do bom direito ficou demonstrado a partir das teses anteriormente explicadas. Por outro lado, o perigo da demora residiria “na possibilidade de, não havendo a imediata suspensão da aplicabilidade da lei no Estado, ocorrerem

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 30. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 31.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 31.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 33.

licitações públicas flagrantemente inconstitucionais” e, também, porque a manutenção da aplicabilidade da lei resultaria no alijamento “da participação igualitária, nas licitações gaúchas, [de] um sem número de empresas desenvolvedoras de programas de computador, desequilibrando o mercado de informática no Rio Grande do Sul e mesmo no país”.⁸⁹

2.2 As manifestações do Governador e da Assembleia Legislativa do RS

Logo após o ajuizamento da ação, o STF deveria julgar o pedido de medida cautelar formulado pelo partido, nos termos do artigo 10 da Lei n. 9.868/1999.⁹⁰ Antes, porém, os responsáveis pela emanção da lei deveriam ser ouvidos. Por isso, o relator requereu informações ao GERS e à ALRS. Em razão da urgência na análise da medida, a ALRS e o GERS teriam apenas cinco dias para se manifestar, contados da data em que fossem intimados. A primeira a responder foi a ALRS, no dia 15 de dezembro de 2003. Em seguida, no dia 9 de janeiro de 2004, chegou ao STF ofício com a resposta do GERS.

As informações por eles prestadas serviriam apenas para balizar a análise da cautelar. Posteriormente, teriam prazo maior (de trinta dias) para nova manifestação, segundo o artigo 6º da Lei n. 9.868/1999. No entanto, na segunda vez em que foram intimados, nenhum dos dois apresentou qualquer informação ou argumento novo. A ALRS se limitou a repetir os mesmos termos de sua manifestação anterior. O GERS sequer se manifestou. Por isso, nesta seção, analisa-se os argumentos apresentados por ocasião da medida cautelar.

A ALRS foi a primeira a submeter informações ao STF. No documento encaminhado, faz um breve relato da ação e descreve a tramitação do projeto de lei que originou a norma impugnada. Logo em seguida, busca afastar a tese do vício de iniciativa. De acordo com a ALRS, a Lei n. 11.871/2002 não veicula conteúdo relacionado à organização administrativa, nem tampouco matéria orçamentária. Para a ALRS, a “lei

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁹⁰ BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 11 dez. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2011.

impugnada versa unicamente sobre ‘a utilização de programas de computador no Estado do Rio Grande do Sul’, como [...] diz o próprio enunciado”.⁹¹

A ALRS prossegue no intuito de explicar o que seria de fato afeto à organização administrativa e à matéria orçamentária. No primeiro caso, trata-se de questões que dizem “respeito à própria estrutura do Estado, à sua divisão entre Administração direta, indireta e fundacional e suas correlatas atribuições.”⁹² No segundo caso, estar-se-ia diante de estipulações “a respeito do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias ou da lei orçamentária anual”.⁹³ A lei gaúcha, no entanto, não teria tratado nenhum assunto relacionado a essas matérias, razão pela qual não haveria violação da regra de competência.

Ainda no que tange à tese do vício de iniciativa, a ALRS afirma que o Estado possui competência para editar lei que trate de normas especiais de licitações e contratos. Além disso, “a iniciativa para apresentar o respectivo projeto de lei não se [restringiria] ao Chefe do Poder Executivo, visto não estar arrolada entre as demais competências privativas previstas no art. 61, § 1º, inciso II, da Constituição Federal”,⁹⁴ podendo ser proposto por parlamentar daquela Assembleia Legislativa Estadual.

A manifestação da ALRS avança tratando de outra tese abordada pelo PFL: a usurpação da competência da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos. Para a ALRS, o argumento não procede. Isso porque entende que a preferência pela utilização de software livre ocorre como desdobramento do princípio da padronização, este, por sua vez, oriundo da própria Lei n. 8.666/1993, em seu artigo 15, inciso I.⁹⁵ Portanto, o Estado do Rio Grande do Sul simplesmente teria obedecido ao disposto na norma geral estipulada pela União, estabelecendo normas específicas quanto à

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 85-86. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁹² *Ibidem*, p. 86-87.

⁹³ *Ibidem*, p. 87.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 87.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 90.

padronização de softwares.

A ALRS continua sua explanação, desta vez cuidando da suposta violação do princípio da impessoalidade. Mais uma vez, a ALRS utiliza a padronização como argumento para rechaçar a pecha de inconstitucionalidade suscitada pelo PFL. Para a ALRS, a Lei n. 11.871/2002 não estabeleceu preferência pelo software livre, o que violaria o princípio da impessoalidade. Ao contrário, a lei gaúcha teria tão somente observado a diretriz traçada pelo artigo 15, inciso I, da Lei n. 8.666/1993.⁹⁶

Por fim, trata a ALRS dos princípios da eficiência e da economicidade. Embora concorde com o partido, quando diz que não é possível antecipar de maneira genérica que tipo de produto ou serviço atende mais satisfatoriamente à Administração Pública, a ALRS afirma que a lei gaúcha não incidiu nesse erro. O que a lei nº 11.871/02 teria feito é determinar o software livre como o padrão a ser utilizado pelo Estado, como já indicado acima. Mas essa mesma lei também previu exceções, indicando hipóteses em que a aquisição de software proprietário seria desejável (art. 3º, incisos I e II, da lei nº 11.871/02).⁹⁷ Dessa forma, nenhuma das teses acerca da inconstitucionalidade da lei gaúcha deveria prevalecer, tendo a ALRS pugnado pela improcedência da ADI n. 3.059/RS.

Ao contrário da ALRS, que buscou refutar todos os argumentos do PFL, as informações prestadas pelo GERS se limitaram a tratar da medida cautelar. Em texto sintético, sustenta a ausência do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*. Quanto ao primeiro requisito, afirma que, embora outorgue à União competência para legislar sobre normas gerais, a Constituição autoriza os demais entes federados a legislar sobre normas específicas. A comprovar esse entendimento, cita ementas de dois julgados do STF: Medida Cautelar na ADI n. 1.723/RS e ADI n. 2.338/SC. Assevera, ainda, que o julgamento da ADI n. 1.824 (citada pelo PFL) não se amolda ao caso em apreço, uma vez

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 91-92. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 95.

que “toda a fundamentação desse acórdão foi delineada não pela competência legislativa sobre licitação, mas somente sobre o princípio da igualdade dos licitantes”.⁹⁸

O GERS também impugna a tese desenvolvida acerca da violação do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, aduz que a Lei n. 11.871/2002 “em nenhum momento restringe a participação de qualquer concorrente, o que faz a norma estadual é indicar ao administrador local quais os produtos que, preferencialmente, deverão ser utilizados pela Administração Direta e Indireta”. Ainda sobre essa tese, o GERS volta a mencionar a inaplicabilidade do entendimento exarado na ADI n. 1.824. Isso porque o caso analisado naquele julgamento criava preferência para cooperativas de empregados em determinadas licitações, o que não se repetia na ADI n. 3.059. Neste caso, a lei não indicava preferência por um “determinado produto (de determinada empresa ou pessoa), e sim [por um] tipo de produto (programas de computador abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição).”⁹⁹

Da mesma forma, o GERS afasta a violação dos princípios da eficiência e economicidade. Para ele, a adoção do software livre redundaria em menores custos para o Estado e na melhoria na utilização e na evolução de seus equipamentos computacionais. Além disso, segundo as informações prestadas, tratar-se-ia de “verdadeira conveniência e oportunidade a escolha do legislador estadual dessa forma de utilização, portanto mérito administrativo de ver qual a melhor saída para efetivação dos princípios administrativos”.¹⁰⁰

O GERS finaliza sua manifestação sustentando a inexistência do requisito do *periculum in mora*. A manutenção da aplicação da norma não traria, segundo seu entendimento, qualquer prejuízo aos participantes de licitações que viessem a se realizar. Por fim, salienta que as informações se limitavam à análise da cautelar e que,

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 132. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 133.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 133.

posteriormente, seriam encaminhadas as informações sobre o mérito da demanda. Isso, porém, não concretizou. Quando instado a se manifestar novamente (após o julgamento da medida cautelar), o GERS se quedou silente.

2.3 Os votos dos Ministros na medida cautelar

O Relator da ADI n. 3.059/RS, Ministro Carlos Ayres Britto, levou a cautelar ao Plenário do STF no dia 15 de abril de 2004. Feito o relato do caso, o Ministro passou a proferir seu voto. Iniciou com uma longa defesa da legitimidade processual ativa do PFL para propor a ação direta de inconstitucionalidade. A justificar esse entendimento, o Ministro afirma, basicamente, que o princípio do pluralismo político e o papel reservado pela Constituição às organizações político-partidárias apontam para a desnecessidade de exame do preenchimento ou não do requisito da pertinência temática, uma vez que tal pertinência já seria pressuposta quando se tratasse de partido político com representação no Congresso Nacional.¹⁰¹

Voltando-se às teses formuladas pelo então PFL, o Relator se debruçou a analisar a violação do artigo 2º c/c artigo 61, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República de 1988. Nesse ponto, o Ministro Britto foi objetivo. Disse que a arguição não era relevante (ao menos no que concerne ao juízo de delibação cautelar) uma vez que a jurisprudência do STF seguiria no sentido de que a iniciativa prevista no dispositivo informado “só foi reservada ao Presidente da República por se tratar de matéria adstrita aos Territórios Federais”.¹⁰²

A segunda tese examinada foi a da violação dos princípios da eficiência e economicidade. Segundo o relator, para examinar a tese seria necessário manusear dados empíricos, “isto é, dados inteiramente situados no mundo do ser, a exigir, para o seu entendimento, operação descoincidente com aquela que segue o intelecto ao fazer o puro

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 160-165. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁰² Ibidem, p. 165-166.

cotejo de uma norma jurídica de índole subconstitucional com outra de natureza constitucional”. Portanto, a não ser possível fazer mais do que o “puro cotejo” das normas, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a tese não poderia ser apreciada.¹⁰³

A análise da próxima tese não teve o mesmo desfecho. Ao avaliar a violação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988, o Relator se viu convencido de que a lei gaúcha poderia ser inconstitucional. Para chegar a essa conclusão, o Ministro Britto afirmou ser necessário interpretar aquele dispositivo em conjunto com o artigo 37, inciso XXI. Para ele, esse segundo comando constitucional “faz da licitação um obrigatório processo-competição de caráter administrativo. Um puro dever administrativo de igualitária concorrência, mas que admite, sim, exceção”.¹⁰⁴

A exceção, por sua vez, deveria necessariamente observar dois requisitos: (i) figurar de “lei congressual, por ser o processo licitatório um proceder administrativo de aplicabilidade irrestritamente federativa [e, portanto,] de aplicabilidade federativamente uniforme, o que já patenteia sua obrigatória veiculação por aquele tipo de norma geral que a Magna Carta estatui no seu art. 22, inciso XXVII”, e (ii) “somente admissível naquelas situações em que a disputa abriga um componente jurídico de preordenada desequiparação entre os contendores, ou então se revelar factualmente impossível, quando não francamente dispensável”.¹⁰⁵

A explorar a necessidade de aplicação federativamente uniforme das exceções ao princípio da igualdade, o Ministro Britto apresenta um conceito de norma geral que deveria ser aplicado em matéria de licitações e contratos administrativos. Segundo ele, “norma geral, em matéria de licitação, é a lei ordinária que desdobra, debulha, desata, faz render, enfim, um comando nuclearmente constitucional, de sorte a conformar novas relações

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 166-167. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 168.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 168.

jurídicas sobre o mesmo assunto”.¹⁰⁶ Por isso, em razão “do necessário vínculo funcional com norma de lastro constitucional [...] que a norma geral [teria] aplicabilidade federativamente uniforme”.¹⁰⁷

O Relator então afirma que, ao estabelecer uma preferência por um tipo de produto eletrônico, a Lei n. 11.871/2002 criou exceção ao princípio da isonomia e se substituiu à Administração Pública estadual “na emissão de um prévio e superior juízo de prestimosidade de um determinado bem informático ante os demais concorrentes”.¹⁰⁸ Seriam, portanto, dois os erros imputados à lei gaúcha: invadir esfera de competência reservada à União e emitir antecipadamente um juízo valorativo quanto à escolha de um determinado produto.

Quanto a esse segundo erro, inclusive, o Relator chama a atenção para o fato de esse juízo valorativo somente poder ser realizado após a deflagração de procedimento licitatório. Poderia até ser que o software livre viesse a ser reconhecido como a melhor escolha “em termos de preço, técnica e gradativa apropriação autóctone de uma tecnologia reconhecidamente de ponta, entre outras vantagens comparativas. Mas todas essas virtudes só [poderiam] ser aferidas é no processo mesmo do certame em que a licitação consiste”.¹⁰⁹ Isso porque essa avaliação somente poderia ser feita com base nos critérios objetivamente descritos em edital de licitação, cuja elaboração, por sua vez, cabe ao Poder Executivo. Por isso a emissão de juízo valorativo prévio pelo Poder Legislativo igualmente implicaria em usurpação de competência e violação do princípio da separação dos Poderes.¹¹⁰

De se registrar, por fim, a conclusão do Relator, que acreditava que a Lei n. 11.871/2002 seria inconstitucional, porque: (i) “invade área de competência legiferante

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 171. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 171.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 169.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 169.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 173-174.

reservada à União, com privatividade, que é o campo da produção de normas gerais em tema de licitação”;¹¹¹ (ii) “faz o Legislativo estadual substituir-se à Administração Pública igualmente estadual, fazendo juízo de conveniência que outra coisa não é senão usurpação competencial violadora do pétreo princípio constitucional da Separação dos Poderes;”¹¹² e, (iii) “estreita, contra a natureza dos produtos que lhes servem de objeto normativo (bens informáticos), o âmbito de competição dos interessados em se vincular contratualmente ao Estado-administração”.¹¹³

Após a prolação do voto do Relator, o Ministro Joaquim Barbosa propôs a realização de diligências. De acordo com o Ministro, para que pudesse chegar à mesma conclusão do Relator, ele “precisaria ter absoluta segurança em relação a esses conceitos de ‘software’ livre, ‘software’ proprietário, para efetivamente saber se há uma limitação de concorrência”.¹¹⁴ Por essa razão, requereu a oitiva de especialistas na matéria. Embora a diligência tenha contado com o apoio do Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte decidiu que não seria necessária.

Prosseguindo à votação, o Plenário decidiu, por unanimidade, conceder a medida cautelar pleiteada pelo então PFL.¹¹⁵ O Ministro Joaquim Barbosa consignou “certa relutância” para acompanhar o Relator.¹¹⁶ O Ministro Cezar Peluso, por outro lado, afirmou-se impressionado pelo fato de que a preferência pelo software livre “aparente invadir a esfera do julgamento pontual de conveniência do administrador e comprometer a moralidade e a eficiência do serviço público”.¹¹⁷

A Ministra Ellen Gracie fez um aparte, relacionando a preferência pelo software livre à propriedade intelectual. Afirmou que a discussão em torno da “legislação gaúcha, na

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 174. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹¹² Ibidem, p. 174.

¹¹³ Ibidem, p. 174-175.

¹¹⁴ Ibidem, p. 176.

¹¹⁵ Estiveram presentes no julgamento da medida cautelar os ministros: Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Ausentes naquele dia, os ministros Celso de Mello e Nelson Jobim.

¹¹⁶ Ibidem, p. 184.

¹¹⁷ Ibidem, p. 185-186.

realidade, se insere numa problemática muito mais ampla, internacional, que diz respeito à nova formatação que haverá de surgir da evolução do direito à propriedade intelectual e artística”.¹¹⁸ Essa formatação consistiria na introdução dos meios eletrônicos de difusão de conhecimento. Disse, ainda, que a lei gaúcha “indica exatamente onde iremos chegar. Muito provavelmente, a um mundo muito mais compartilhado, em que as informações circulem livremente, independentemente de valor monetário ou econômico”.¹¹⁹ Ressalvou, no entanto, que esse momento ainda não teria chegado e que o Relator havia feito a interpretação adequada da Constituição, ao preservar a igualdade de condições entre os concorrentes em um procedimento licitatório.

O Ministro Sepúlveda Pertence questionou a compatibilidade de dois argumentos adotados pelo Relator. Para ele, dizer que “a opção objetiva [...] por um determinado tipo de produto [...] só poderia ser versada na lei federal” (sendo, portanto, norma geral de licitação), não se coadunaria com a afirmação de que “o problema exigiria exame caso a caso pela Administração”.¹²⁰ Em outras palavras, ou a matéria poderia ser tratada por lei (geral, no caso) ou somente poderia ser analisada no caso concreto. De toda sorte, acompanhou o voto do Relator, no que foi seguido pelo Ministro Maurício Corrêa, que, a seu turno, fez questão de afirmar que não teria qualquer ressalva a tecer. Dessa decisão, não houve recurso.

2.4 As manifestações de AGU e PGR

Depois do julgamento da medida cautelar e da intimação da ALRS e do GERS, foi concedida vista dos autos sucessivamente à AGU e à PGR. O primeiro a se manifestar foi o AGU.

Obedecendo ao mandamento disposto no artigo 133, § 3º, da Constituição da República de 1988, o AGU defendeu a lei impugnada. Sua peça se inicia com um breve

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 187. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 187.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 189.

relatório sobre o desenvolvimento do caso até o momento de sua manifestação. Em seguida, referindo-se à proposta de diligência levantada pelo Ministro Joaquim Barbosa, entendeu ser necessário apresentar “algumas notícias sobre o tema”.

A primeira observação diz respeito ao significado do termo software livre. O AGU menciona que a origem inglesa da expressão (*free software*) muitas vezes leva à confusão quanto ao seu real significado. Duas traduções seriam possíveis, livre como grátis, mas apenas a primeira estaria correta. A licença que dá origem ao software livre concederia aos usuários a liberdade para usá-lo, reproduzi-lo, alterá-lo e redistribuí-lo.¹²¹

Prossegue afirmando que o movimento do software livre “está vinculado a uma relativização dos direitos autorais, em prol do desenvolvimento da sociedade”.¹²² É que o acesso ao código fonte dos softwares, permitido pelo licenciamento livre, permitiria o compartilhamento do conhecimento, gerando “idôneas possibilidades de concreta participação do indivíduo no mundo contemporâneo da informática”.¹²³ Ainda nesse sentido, a disseminação do uso do software livre acarretaria “uma capilarização do desenvolvimento tecnológico, pois pequenas e médias empresas, além de indivíduos, conhecedores dos respectivos códigos, [poderiam] concorrer para a melhoria e o incremento da diversidade de programas disponíveis no mercado”.¹²⁴

O AGU ainda menciona diversas entidades que se dedicam ao fomento do software livre e trata da propagação de seu uso. Sustenta também que a participação do governo seja fundamental e cita iniciativas de leis e projetos de lei no Brasil, na Argentina, na Bélgica, na Espanha, na França, na Itália e em Portugal, todas elas de algum modo buscando determinar a utilização do software livre pelo setor público.¹²⁵ Aponta como motivos para a adesão estatal ao software livre: o acesso à informação, a perenidade dos dados públicos,

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 228. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹²² *Ibidem*, p. 229.

¹²³ *Ibidem*, p. 229.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 229.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 230-232.

a segurança nacional, a independência tecnológica, os menores custos atrelados ao seu uso e o incremento das oportunidades de emprego para a população.¹²⁶ E, por fim, defende que a preferência pelo software livre, como prevista na Lei gaúcha n. 11.871/2002, está em consonância com a Lei federal n. 7.232/1994, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática.¹²⁷

Buscando esclarecer o conteúdo da lei gaúcha, permitindo uma correta interpretação da norma, o AGU passa a fazer considerações conceituais. A primeira delas é a respeito do conceito de programas de computador. Após citar a definição prevista no artigo 1º da Lei n. 9.609/1998, o AGU afirma que, “sob o prisma dessa disposição, softwares livres e proprietários são, na essência, a mesma coisa: ambos são programas de computadores, expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada”.¹²⁸ Entretanto, o AGU reconhece distinções entre essas duas espécies.

A diferença marcante residiria nos direitos conferidos aos usuários. De acordo com ele, “enquanto a licença de software proprietário autoriza apenas sua utilização pelo contratante, a do programa aberto permite, por meio do acesso ao código fonte, sua utilização, sua cópia, sua alteração e sua redistribuição”.¹²⁹ Por isso, não se trataria de produtos ou tipos de produtos diferentes, mas de negócios distintos.

Além disso, a preferência pelo software livre funcionaria como um instrumento de intervenção estatal na economia. Para o AGU, no momento em que o Estado elegeu o software livre “como instrumento de suporte à sua atuação, a entidade estatal vale-se de seu poder de compra para o incremento do correspondente mercado consumidor, o que, claramente, insere-se no âmbito do planejamento econômico.”¹³⁰ Desse modo, entende que a discussão sobre a adoção do software livre pelo ente estatal não pode ser reduzida a

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 233-235. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 235-237.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 238.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 241.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 241.

um debate sobre licitação. Essa leitura desprezaria a real dimensão do assunto, desrespeitando valores fundamentais como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além de constituir indevida intervenção judicial nas políticas econômicas governamentais.¹³¹

Feitos esses esclarecimentos iniciais, o AGU prossegue sua manifestação tratando especificamente das teses desenvolvidas pelo então PFL em sua inicial. A primeira tese atacada é a da violação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988. Insistindo no entendimento exposto anteriormente, o AGU afirma que não se trata meramente de norma sobre licitação, mas de escolha que revela conteúdo de planejamento econômico, cuja competência legislativa seria concorrente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo despicienda a edição de norma geral pela União.¹³²

De outro ponto de vista, o AGU assevera que a preferência pelo software livre é orientada pelo interesse local. Isso porque a escolha é influenciada por uma série de fatores contingenciais e particulares, tais como orçamento, recursos humanos, tempo, etc. Como suporte para esse argumento, o AGU aponta projetos de lei similares à Lei n. 11.871/2002 que tramitam no Congresso Nacional, cuja aplicação não se estenderia aos Estados e aos Municípios, mas apenas e tão somente à União. Assim, a lei gaúcha seria constitucional, na medida em que seria desnecessário que a União legislasse sobre o tema.¹³³

A segunda tese examinada é a que diz respeito à violação do princípio da isonomia dos licitantes. Citando Jorge Miranda em trecho que trata da tensão entre igualdade e liberdade, o AGU sustenta que o caso dos autos tem a ver com o direito à diferença, corolário do princípio da igualdade. Como, no ramo da informática, os softwares livres e os proprietários seriam radicalmente diferentes teriam direito a tratamentos igualmente

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 241. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹³² *Ibidem*, p. 243.

¹³³ *Ibidem*, p. 243-245.

distintos.¹³⁴ Assim, a norma que, como a lei gaúcha, estabelece a preferência por uma das duas formas de negócio possíveis (livre e proprietária) não violaria o princípio da isonomia.

Passa, então, a defender a preferência estipulada na Lei n. 11.871/2002, apontando, com base nos critérios definidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, as razões que levam à conclusão de que o princípio da isonomia efetivamente não teria sido violado. Em primeiro lugar, afirma que a norma “não restringe as possibilidades de concorrência, nas respectivas licitações, a um único produto ou a um fornecedor singular”,¹³⁵ havendo diversos programas livres disponíveis no mercado.

Em segundo lugar, software livre e proprietário seriam de fato diferentes entre si, “não enquanto programas, mas com respeito à forma negocial que são disponibilizados aos usuários, ou seja, a diferença enquadra-se no plano da realidade objetiva”. Em terceiro lugar, a correlação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção de regimes, a justificar o tratamento diferenciado dispensado ao software livre decorria das diversas razões expostas acima, em especial das questões atinentes à política econômica. Por fim, a Lei n. 11.871/2002 atenderia à concretização dos princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil, não subsistindo a tese da inconstitucionalidade.¹³⁶

A próxima tese discutida é a da violação dos princípios da eficiência e da economicidade. O AGU inicia a discussão da tese afirmando que a escolha do Estado estaria referendada pelo próprio mercado, uma vez que, se o software livre não fosse uma opção financeiramente viável, o ambiente empresarial não o teria acolhido e estimulado.¹³⁷ Mas o argumento econômico não seria o único a fundamentar o respeito àqueles princípios. Em virtude do compartilhamento de seu código fonte, o Estado promoveria transparência nas suas atividades e teria pleno conhecimento dos trâmites que informam o

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 245. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 247.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 248.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 249.

funcionamento do software (não ficando, assim, refém de seus fornecedores).¹³⁸

O AGU ainda menciona a possibilidade de encampação por inadimplemento contratual de um fornecedor como fator que demonstra benefícios para o setor público. Afirma que “o segredo que permeia o código dos programas proprietários poderia comprometer, na hipótese, a continuidade do serviço público, o que, por certo, não sucederia com aqueles abertos”.¹³⁹ Por fim, refuta o argumento apresentado pelo partido no sentido de que não haveria responsáveis por sanar vícios e defeitos no caso do software livre. Afirma que o Estado poderia “valer-se da faculdade de exigir do respectivo distribuidor as garantias necessárias à plena execução do objeto, nos termos do art. 54, VI, da Lei 8.666/93”.¹⁴⁰ Conclui, assim, pela constitucionalidade da Lei n. 11.871/2002, por não se sustentar a tese acerca da violação dos princípios da eficiência e da economicidade.

A última tese questionada é a da violação do princípio da separação de poderes, por vício de iniciativa. Sustenta o AGU que, por versar sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, a lei gaúcha seria de competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além disso, de acordo com a jurisprudência do STF, a competência privativa do Chefe do Poder Executivo, disposto no artigo 61, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República de 1988, seria aplicável somente em relação aos Territórios Federais. Por fim, a preferência pelo software livre não se limitaria ao Poder Executivo, mas alcançaria o próprio Legislativo e também o Judiciário. Por esses motivos, a lei teria respeitado as normas constitucionais de competência e, portanto, seria constitucional, razão pela qual o AGU pugnou pela improcedência da ADI n. 3.059/RS.¹⁴¹

À manifestação do AGU se seguiu a do PGR. A conclusão é a mesma, no sentido de que o pedido da ADI n. 3.059/RS deveria ser julgado improcedente, mas os argumentos são distintos. Em texto bastante sucinto, o PGR sustenta que a utilização de um software livre

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 250-251. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹³⁹ Ibidem, p. 251.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 251.

¹⁴¹ Ibidem, p. 252-254.

não depende da realização de prévia licitação. Para ele, sequer poderia ser considerada a possibilidade de compra de um software livre. Nos termos da lei de licitações, “compra [seria] toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, então, como não há remuneração pelo uso dos *softwares* abertos, não se pode classificar a aquisição como compra.”¹⁴² Nesse sentido, a lei impugnada se limitaria a autorizar “o Poder Público a utilizar programas livres, quando lhe forem oportunos e convenientes, e quando oferecerem mais vantagens que os programas comerciais.”¹⁴³

Sendo assim, o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988 não teria sido violado, já que a Lei n. 11.871/2002 não trataria de norma atinente à licitação, muito menos de norma geral. Pela mesma razão não teriam sido violados os princípios da impessoalidade, da eficiência e da economicidade, previstos no *caput* do artigo 37 e no inciso XXI da Constituição. De acordo com o PGR, “a lei impugnada não estabelece normas sobre o procedimento licitatório, sua inexigibilidade, ou estabelece preferências entre produtos”, sendo que seu objeto não correspondente a nenhuma das hipóteses em que é obrigatória a realização de licitação, de modo que “não [haveria] possibilidade de vulneração dos dispositivos indicados”.¹⁴⁴

O PGR também afasta a tese de ofensa ao artigo 61, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República de 1988. Para ele, o mencionado dispositivo constitucional prevê competência privativa do Chefe do Poder Executivo tão somente em relação à administração e organização dos Territórios Federais. Assim, a norma somente se aplicaria ao Presidente da República, não se estendendo aos Governadores estaduais.¹⁴⁵ Encerra seu pronunciamento afirmando que “dispor sobre programa de computador não viola interesse do serviço público nem a organização administrativa”¹⁴⁶ e opina pela constitucionalidade da lei.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 261. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 261.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 261.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 261-262.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 262.

2.5 As manifestações dos *amici curie*

No dia 27 de janeiro de 2006, a Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES) e a Associação das Empresas de Tecnologia da Informação, Software e Internet (ASSESPRO Nacional) pediram, em conjunto e representadas pelo mesmo escritório de advocacia, sua inclusão no feito na condição de *amici curie*. Posteriormente, no dia 20 de setembro de 2006, foi a vez do Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI). Analisando os requerimentos, o Ministro Relator entendeu que os requisitos necessários para a participação das associações naquela qualidade foram atendidos e deferiu os pedidos.

Para participar de uma ação direta de inconstitucionalidade na condição de *amicus curie* é necessário que o órgão ou a entidade interessada atenda a dois requisitos (cf. art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999). O primeiro deles é que a matéria discutida seja relevante. Nesse ponto, não há dificuldades para se demonstrar o atendimento a esse pressuposto, já que a ADI nº 3.059/RS lida com um assunto de interesse do Estado e tem significativa repercussão no mercado de software. O segundo requisito, nem tão óbvio assim, exige que o interessado tenha representatividade.

A representatividade da ABES e da ASSESPRO Nacional está ligada diretamente aos interesses da indústria do software. Pelo menos, é assim que elas a fundamentam. Eis o que disseram: “[...] as Peticionárias são associações civis que congregam todo o universo de agentes produtores de tecnologia da informação empregada em meio eletrônico, contando com mais de 1.400 integrantes, que atuam em quase todos os Estados da Federação.”¹⁴⁷ E continuaram, mais à frente: “Indubitavelmente, as Peticionárias são das mais representativas da sociedade civil do setor que possuem interesse na presente

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 271. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

demanda [...]”¹⁴⁸

O IBDI justifica sua representatividade de modo diferente. Começa dizendo que: “[...] é uma associação civil sem fins lucrativos instituída na forma de organização social. Objetiva a pesquisa, o estudo e a divulgação de questões que guardam relações com o Direito e as Tecnologias da Informação e Comunicação”.¹⁴⁹ Após descrever suas atividades, conclui: “[...] espera-se que reste demonstrado, pela natureza e objetivos intrínsecos da entidade, ser nacionalmente representativa desta área do Direito, e de notória atuação prática sobre a matéria em discussão [...]”¹⁵⁰ Portanto, o IBDI não representa uma indústria do software livre, mas profissionais e acadêmicos da área jurídica.

Em que pese o reconhecimento da relevância do tema e da representatividade das três associações, o resultado por elas almejado é oposto. Enquanto a ABES e a ASSESPRO Nacional atacaram a lei gaúcha e pugnaram pela declaração de sua inconstitucionalidade, o IBDI tratou de defendê-la, sustentando sua constitucionalidade. Segue-se expondo os argumentos apresentados por estas associações para fundamentar seu entendimento, começando pela ABES e pela ASSESPRO Nacional, que foram as primeiras a se manifestar.

Essas associações tratam, inicialmente, da distinção entre software livre e proprietário. Livres seriam aqueles que, em regra, “se destinam ao comércio, possuem códigos-fonte fechados e são protegidos por direitos autorais”, enquanto proprietários seriam “os programas surgidos no meio acadêmico, possuindo códigos-fonte abertos que permitem sua alteração, reprodução e livre distribuição”.¹⁵¹

No entanto, essas não seriam as únicas características que distinguiriam softwares livres e softwares proprietários. ABES e ASSESPRO Nacional também chamam a atenção

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 271. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 330.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 331.

¹⁵¹ Ibidem, p. 272.

para outro elemento diferenciador, que diz respeito à responsabilidade e à garantia pelos produtos adquiridos. Segundo as duas associações: “Os softwares comerciais são garantidos por aqueles que desenvolvem a tecnologia, os quais tornam-se responsáveis pela qualidade e operacionalidade do produto levado ao mercado.”¹⁵² Os softwares livres, por sua vez, não seriam garantidos por ninguém, pois “se trata de produto de acesso flexível que pode ser modificado e distribuído livremente.”¹⁵³

Com base nesses elementos, as associações afirmam que “os softwares proprietários normalmente possuem maior custo de autorização de uso, ao tempo que, no que toca às despesas com treinamento de pessoal, manutenção e garantia, os softwares livres são mais onerosos.”¹⁵⁴ Dessa forma, seria inviável assegurar, “‘a priori’, que a aquisição de softwares comerciais apresenta-se economicamente menos vantajosa do que a de softwares livres”.¹⁵⁵ Isso, por sua vez, conduziria à conclusão de que as premissas sobre as quais se fundou a Lei n. 11.871/2002 seriam falsas e que somente “o exame administrativo caso a caso [poderia evidenciar] a melhor opção entre os programas de computador disponíveis no mercado, vez que é a única forma de levar em conta, no momento concreto da licitação, as variáveis necessidades e objetivos da Administração Pública”.¹⁵⁶

Feita essa defesa preliminar, as associações passam a discutir as teses que fundamentariam a inconstitucionalidade da lei gaúcha. A primeira tese examinada é a da violação do princípio da impessoalidade. Esse princípio obrigaria o Estado a agir de maneira impessoal em sua relação com os particulares, vedando a instituição de privilégios e preferências entre eles.¹⁵⁷ Aplicando essa regra às licitações e aos contratos administrativos, as duas associações chegam à seguinte assertiva: “a Administração

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 273. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 273.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 273.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 273.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 276.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 278.

Pública deve conferir trato isonômico a todos os seus eventuais fornecedores ou consumidores, inexistindo a possibilidade de quaisquer favorecimentos particulares.”¹⁵⁸

Prosseguindo com seu argumento, as associações afirmam que a licitação foi o instrumento eleito pela Constituição (art. 37, XXI) para dar efetividade ao princípio da impessoalidade.¹⁵⁹ E concluem dizendo que a lei estadual nº 11.871/2002 violou a Constituição justamente porque desvirtuou o procedimento licitatório, prevendo privilégio que coloca os concorrentes em situação de desigualdade.

A tese seguinte diz respeito à violação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988. O argumento se desenvolve no sentido de que a licitação seria um “processo que se aplica de maneira uniforme a todos os estados da federação, [e que] eventuais exceções à imperiosidade de sua utilização só [poderiam] ser estabelecidas por meio de lei federal”, em virtude da necessidade de se tratar de norma geral.¹⁶⁰

A edição de normas gerais seria, no entanto, reservada à União, nos termos do dispositivo constitucional anteriormente mencionado. Ocorre, porém, que a edição da Lei n. 11.871/2002 pelo Estado do Rio Grande do Sul teria desrespeitado essa norma. Ao dispor sobre a preferência pelo software livre, a lei gaúcha teria previsto exceção ao procedimento licitatório, vindo a colocar-se como norma geral em matéria de licitação. Também por esse motivo a lei seria inconstitucional.¹⁶¹

A última tese desenvolvida pelas associações é a da violação do princípio da separação dos Poderes. Segundo a ABES e a ASSESPRO Nacional, ao determinar que toda a Administração Pública estadual deveria utilizar sobre, preferencialmente, softwares livres, a Lei n. 11.871/2002 teria incorrido em vício de iniciativa. Isso porque, consoante o disposto no artigo 61, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República de 1988, seria de

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 279. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 280.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 282.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 282-284.

competência privativa do Chefe do Poder Executivo dispor sobre a organização e o funcionamento da administração, enquanto a lei gaúcha teria sido proposta por deputado estadual. A usurpação de competência teria, igualmente, ofendido a independência e a harmonia entre os poderes, prevista no artigo 2º, também da Constituição.¹⁶²

Apresentadas as teses defendidas pela ABES e pela ASSESPRO Nacional, cumpre agora examinar os argumentos do IBDI. Como feito pelas associações anteriores, o IBDI começa sua manifestação diferenciando software livre e software proprietário. Sustenta que a diferença reside tão somente no que diz respeito apenas à forma de licenciamento. De acordo com o IBDI, “[a] classificação do software como livre ou proprietário não depende [...] do bem software em si, mas sim da amplitude com a qual os direitos de utilização daquele bem foram licenciados”.¹⁶³ E completa o raciocínio ao dizer que “um mesmo software pode ser simultaneamente livre para alguns usuários e proprietário para outros, se houver sido licenciado a eles de forma distinta”.¹⁶⁴

Mais à adiante, volta ao argumento, asseverando que: “O funcionamento do software não tem nenhuma relação com o regime de licenciamento adotado.”¹⁶⁵ Essas observações afastariam, inclusive, uma confusão apontada pelo instituto, que consistiria na afirmação de que o software livre não seria protegido por direitos autorais. Seria “justamente esta faculdade do titular dos direitos sobre o programa de computador – de definir a forma de exploração de sua obra – que permite que este especifique a forma de licenciamento”.¹⁶⁶

O IBDI busca desfazer outra confusão, a que vincula software proprietário a software comercial. Afirma que “chamar software livre de software não-comercial é negar que o fenômeno tenha importância comercial”. Para demonstrar o contrário, cita diversas

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 284-285. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 334.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 335.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 343.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 337.

entidades que estariam investindo em software livre, dentre as quais a IBM, a Sun, a HP, a Companhia de Informática do Paraná (Celepar) e a Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul (Procergs). Também faz referência a estudo realizado pelo Observatório Econômico da Sociedade Softex em parceria com o Departamento de Política Científica e Tecnológica da Unicamp (com apoio do Ministério da Ciência e da Tecnologia), que teria atestado a profissionalização do movimento do software livre.¹⁶⁷

Uma terceira confusão diria respeito à responsabilidade e garantia. O IBDI afirma categoricamente que a ideia da isenção de responsabilidade e da ausência de garantias no caso de software livre é um mito. Isso somente aconteceria se não houvesse contrapartida pela utilização do software. Nesses casos, sendo o licenciamento sem ônus um contrato benéfico, a garantia não seria exigível. E, de fato, há, segundo o instituto, “pouco espaço legal para licenciamento com ônus no mercado de software livre, já que as licenças de software livre mais utilizadas abrem mão da cobrança pelo licenciamento em si e proíbem a cobrança pelo licenciamento de obras derivadas.”¹⁶⁸

No entanto, essa circunstância não impediria que houvesse serviços atrelados ao licenciamento do software livre. Normalmente, os “empreendedores voltam-se a serviços de distribuição, empacotamento, desenvolvimento, adequação, instalação, treinamento, entre outros.”¹⁶⁹ Desse modo, ainda que o detentor dos direitos autorais sobre o software não proveja a garantia, o fornecedor dos serviços contratados deverá fazê-lo.

O instituto também aborda o que chama de relevância estratégica do software livre na Administração Pública. Defende que “tratar da utilização da tecnologia pelo Estado Brasileiro [...] como sendo uma realidade meramente de mercado implica ignorar e desconsiderar a importância política da eleição de tecnologias e de padrões tecnológicos

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 336-337. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 338.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 338.

pelos agentes políticos estatais.”¹⁷⁰ Passa, então, a fazer diversas considerações a respeito de outros fatores que devem ser pesados nessa análise.

O IBDI aponta benefícios que poderiam advir da utilização de softwares livres. Esses benefícios seriam sentidos, basicamente, em relação a: (i) segurança nacional; (ii) acesso à informação; (iii) não-aprisionamento tecnológico; e (iv) transferência de tecnologia. Feitas essas considerações, passa-se a expor a defesa feita em relação aos argumentos propriamente jurídicos.

A primeira tese discutida é a da violação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988. Após fazer uma série de considerações acerca dos termos empregados pela Lei n. 11.871/2002, o IBDI sustenta que se trata de norma especial, que, portanto, respeitaria a regra do supracitado dispositivo constitucional. Para o instituto, “o poder legislativo gaúcho se manifestou para que houvesse [...] balizamento para o caso particular de certames licitatórios de softwares nos quais haja a oferta de produtos com funcionalidade e qualidade técnica equivalentes, mas sob regimes de licenciamento distintos”.¹⁷¹ Esse balizamento, ou essa preferência, deveria orientar o administrador público nesses casos particulares e não afrontaria as normas gerais sobre licitações e contratos em vigor.

Em seguida, o IBDI rechaça a tese sobre a violação do princípio da impessoalidade. Assevera que o objeto da lei impugnada “não é escolher produtos ou fornecedores, mas o balizar, adstrito ao vácuo normativo do caso particular de ofertas equivalentes segundo os critérios admissíveis à análise concorrencial de softwares, do desempate por critérios de licenciamento consoantes aos interesses da administração pública”.¹⁷² Nesse sentido, como qualquer fornecedor é livre para criar os produtos que bem entende, também seria para definir a licença por meio da qual o disponibiliza, de modo que o estabelecimento de

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 339. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 346.

¹⁷² *Ibidem*, p. 348.

preferência por um determinado licenciamento não ofenderia o princípio da impessoalidade.

Além disso, sustenta o respeito ao princípio da impessoalidade por meio da equiparação da preferência pelo licenciamento livre a um critério técnico. Afirma que se admite a eleição de critérios técnicos e econômicos para balizar a avaliação performativa dos softwares concorrentes, sem que se tenha por violado aquele princípio. Igualmente, poderia se considerar a preferência pelo software livre como um critério técnico (em sentido jurídico) para balizar a avaliação performativa das licenças de uso.¹⁷³

Além dessa defesa, o IBDI contra-ataca, imputando a pecha de violação do princípio da impessoalidade ao uso do software proprietário. O argumento é formulado no sentido de que o licenciamento proprietário cria situação de monopólio, ao dar ensejo à dependência tecnológica do Estado em relação ao detentor dos direitos autorais sobre o software. Os prejuízos à concorrência seriam sentidos, por exemplo, no que tange aos serviços para alteração do software, já que o licenciamento proprietário “exige que quaisquer serviços dessa natureza sejam contratados junto ao fornecedor do software, caracterizando favorecimento de longo prazo a tal fornecedor [...]”.¹⁷⁴ E é precisamente esse favorecimento que caracterizaria a violação do princípio da impessoalidade, já que o licenciante proprietário é colocado em posição mais privilegiada em relação aos demais concorrentes.

Passando à análise da tese sobre a violação dos princípios da eficiência e da economicidade, o IBDI faz ponderação com relação aos estudos que calculam índices comparativos de custos com a utilização de softwares livres e proprietários. Esses estudos normalmente apontam para “o barato que sai caro”, quando a desoneração do licenciamento do uso do software redundaria em um aumento dos custos em outras áreas (como treinamento, assistência técnica e etc.). Mas adverte que os resultados desses

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 348. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 340.

estudos “refletem, invariavelmente, a escolha de métricas usadas para calculá-los, e que escolhas casuísticas podem conduzir a qualquer tipo de resultado”.¹⁷⁵

Elenca pelo menos quatro escolhas casuísticas que influenciam os resultados dos índices em desfavor dos softwares livres.¹⁷⁶ Continua, dizendo que existem diversos desses estudos reproduzidos na literatura especializada e os acusa de serem “patrocinados por fornecedores interessados em manter seus regimes produtivos e seus modelos negociais obsoletos, ou em preservar suas posições monopolísticas de mercado”.¹⁷⁷

Para defender a economicidade da escolha pelo licenciamento livre, o IBDI remete a Nota Técnica elaborada pela Comissão de Software Livre da Secretaria de Tecnologia da Informação do Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o documento, a implementação de software livre incorre em custos similares aos relacionados à implementação de softwares proprietários. No entanto, a médio prazo seria possível observar retorno financeiro e a longo prazo os benefícios extrapolariam o planejado.¹⁷⁸

A última tese abordada é a do vício de iniciativa. Interessante notar que o IBDI não analisa o assunto de maneira propriamente jurídica, por assim dizer. Ao invés de refutar o argumento de que a Lei n. 11.871/2002 seria de competência privativa do Chefe do Poder

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 349. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁷⁶ As quatro escolhas casuísticas apontadas foram: “1. Custo de migração de sistemas informáticos desenvolvidos em regime proprietário, de softwares que usam padrões e formatos de conhecimento e licenciamento restritivos, para sistema desenvolvido em regime livre ou aberto, para plataformas que usam padrões e formatos abertos, desembaraçados de restrições artificiais, e custo da migração concomitante do acervo informacional, através da observância de requisitos de interoperabilidade, contabilizados como custos do regime de destino da migração, e não como custo do regime de origem; 2. Custo de treinamento para se instalar e operar novos sistemas, para migrar o acervo informacional entre formatos e padrões em tese interoperáveis, contabilizados em migrações inter-regimes no custo do regime livre ou aberto, mas não em migrações intra-regime (*upgrades* proprietários, descontinuação de linha de produtos fechados, etc.). 3. Custos e dificuldades comparativamente maiores para se contratar consultoria e suporte em plataformas livres e abertas contabilizados como fixos, e não como transientes, apesar de sinalizarem aquecimento temporário no mercado de trabalho em torno dessas plataformas e do seu regime de produção, devido à transição entre ciclos. 4. Horizonte de contabilização de custos de manutenção dos sistemas proprietários excessivamente limitado (desprezando, por exemplo, duração limitada de licenças, custos flutuantes de renovação de licenças e de assinaturas de serviços de atualização, custos indiretos e flutuantes com proteção terceirizada contra vulnerabilidades, etc.), apresentado sob uma aura de credibilidade tecida em caudalosas mas seletivas estatísticas.” (Ibidem, p. 349-350.)

¹⁷⁷ Ibidem, p. 350.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 351.

Executivo, por tratar de organização administrativa e matéria orçamentária, o instituto acusa os próprios fornecedores de softwares proprietários de invadirem essa competência. O IBDI afirma que “a usurpação de competência que a Lei em exame sinaliza, e busca corrigir, é na verdade aquela praticada por fornecedores monopolistas que atuam no e pelo regime proprietário”.¹⁷⁹ E prossegue: “É aquela praticada por concorrentes que, com seu peso econômico e suas estratégias de aprisionamento tecnológico, induzem administradores públicos a negligenciarem princípios constitucionais em suas práticas licitatórias”.¹⁸⁰

No final, o IBDI chega, de alguma forma, a ventilar o fato de a Lei n. 11.871/2002 poder tratar de organização administrativa. Isso ocorre quando afirma que, se a norma reorganiza algo na administração pública, não o faz pela via jurídica, mas pela via psicológica, “ao oferecer a administradores um caminho seguro para a diversidade informática, [...] para sanarem vícios licitatórios que hoje assombram o exercício de sua função pública”.¹⁸¹ Assim, o instituto encerra sua manifestação, pugnando pela declaração da constitucionalidade da lei gaúcha e improcedência da ADI n. 3.059/RS.

2.6 O voto do Ministro Relator

Ouvidos todos os interessados, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, solicitou a inclusão do caso na pauta de julgamentos do STF, o que foi feito no dia 5 de março de 2012. Em 31 de outubro de 2012, a ADI n. 3.059/RS foi enfim levada ao Plenário. Nesse dia, o relator reviu a opinião manifestada anteriormente por ocasião do julgamento da medida cautelar e julgou improcedente a ação, conseqüentemente, declarando a constitucionalidade da Lei n. 11.871/2002.¹⁸²

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**, p. 353. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 353.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 353.

¹⁸² As menções feitas a seguir ao voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto foram feitas a partir de documento não oficial. Isso porque o voto ainda não havia sido disponibilizado. No entanto, não haveria tempo hábil para aguardar sua disponibilização pública, tendo em vista que a defesa desta dissertação já

O ministro inicia seu voto tratando da tese da violação do artigo 61, § 1º, inciso II, da Constituição da República de 1988. O relator repudia a tese por meio de dois argumentos. Em primeiro lugar, a Lei n. 11.871/2002 não trataria de matéria orçamentária nem tampouco de organização administrativa, conforme defendido pelo partido, que a aquela altura já se denominava Democratas (DEM). Ao contrário, a lei gaúcha veicularia conteúdo relacionado às licitações da Administração Pública estadual. Em segundo lugar, ainda que se tratasse de matéria orçamentária ou de organização administrativa, a iniciativa delegada ao Presidente da República no âmbito federal não se estenderia aos Estados, uma vez que a competência para legislar sobre esses assuntos estaria adstrita aos Territórios Federais. Por não haver Territórios Estaduais, a norma não seria aplicável ao caso. A corroborar esse entendimento, o relator cita e transcreve a ementa de outro julgado do STF, referente à ADI n. 2.599-MC.¹⁸³

A segunda tese examinada foi a da violação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988, formulada no sentido de que o Estado do Rio Grande do Sul teria invadido competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos. Para afastar essa tese, o relator reformula a conclusão a que tinha chegado no julgamento da medida cautelar, quando expos “a ideia de que a Magna Carta se refere a normas gerais que ora se antagonizam com normas específicas e normas gerais que têm por contraponto normas suplementares”.¹⁸⁴ A partir daí, o ministro defende que, como contraponto à competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, está a competência dos Estados e do Distrito Federal para editar normas suplementares sobre a mesma matéria.¹⁸⁵

Passa o relator a investigar a natureza da preferência pelo software livre. Remete a

estava próxima. Por isso, foi feito contato com os servidores do Gabinete do Ministro, solicitando-se acesso ao voto. Atendendo ao pleito, o Ministro gentilmente encaminhou uma versão não revisada do voto por e-mail, pelo que se registra eterna gratidão. É a partir dessa versão que se produzem os comentários seguintes.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 3.059/RS**. Mimeo (encaminhado por e-mail). Brasília, dezembro de 2012, p. 2.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 3.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 3.

trecho do voto que havia proferido no julgamento da medida cautelar, onde afirmava que “enquanto no campo das normas gerais e específicas não pode haver coincidência de área a regular [...], no campo das normas suplementares, é da lógica [...] dessas normas que a matéria seja a mesma, porque o suplementar é o que vem por acréscimo”.¹⁸⁶ Conclui, então, que a Lei n. 11.871/2002 tem natureza suplementar, na medida em que, à norma geral constante da Lei n. 8.666/1993 (segundo a qual a contratação de bens e serviços de informática deve ser realizada por licitação do tipo técnica e preço), foi apenas adicionado um item, que deveria ser observado no âmbito estadual, a saber: a preferência pelo software livre.¹⁸⁷

A apoiar esse entendimento, o relator menciona outra norma que teria o mesmo caráter suplementar. Com a edição da Lei n. 8.248/1991, a própria União teria editado norma sobre licitação de caráter suplementar, ao dispor, em seu artigo 3º, que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal deveriam dar preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática, àqueles produzidos com tecnologia desenvolvida no Brasil e àqueles produzidos de acordo com o processo produtivo básico.¹⁸⁸ Portanto, a lei gaúcha não teria violado a regra de competência e seria, nesse ponto, constitucional.

Para tratar da tese acerca da violação do princípio da impessoalidade, o relator resgata a discussão sobre a distinção entre software livre e gratuito. Após transcrever o conceito de programas de computador fornecido pela Lei n. 9.609/1998 e citar o trecho da manifestação do IBDI, o ministro afirma que “a diferença entre software ‘livre’ e software ‘proprietário’ não está em nenhuma qualidade intrínseca de qualquer das duas tipologias de programa, porém no que toca à licença de uso”.¹⁸⁹ E completa, dizendo: “O software é ‘livre’, quando o detentor do respectivo direito autoral repassa ao usuário o código-fonte do programa, permitindo que este seja livremente estudado, adaptado, alterado, distribuído,

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 3.059/RS**. Mimeo (encaminhado por e-mail). Brasília, dezembro de 2012, p. 5.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 6.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 6.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 8.

etc.”.¹⁹⁰

Feitos esses comentários, o relator se diz convencido de que a preferência pelo software livre não representa afronta ao princípio da impessoalidade. Isso porque não haveria preferência por um ou outro concorrente, mas pelo tipo de licenciamento de um produto. Além disso, segundo ele, “todos os que hajam desenvolvido um software e que tenham interesse em contratar com a Administração Pública podem se adequar à preferência legal. Basta que disponibilizem o código-fonte do programa”.¹⁹¹

O relator ainda enfatiza um outro aspecto da preferência pelo software livre. Para ele, a Lei n. 11.871/2002 manifesta uma política de incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico. Essa política seria compatível tanto com o disposto no artigo 3º, inciso II, da Constituição (que prevê a garantia do desenvolvimento nacional como objetivo da República Federativa do Brasil), como com a Lei n. 7.232/1984 (que dispõe sobre a Política Nacional de Informática). Essa característica decorreria do fato de que o acesso ao código-fonte dos softwares, como propagado pela lei gaúcha, implicaria em transferência de tecnologia, o que, por sua vez, consistiria em política pública de natureza administrativa.¹⁹²

O ministro também aborda um dos argumentos por ele exposto como fundamento para a concessão da medida cautelar. Naquela oportunidade, afirmou que a Lei n. 11.871/2002 “fazia um juízo abstrato sobre a vantagem de um determinado produto, sendo que tal juízo era de competência exclusiva do administrador público, no concreto desempenho de sua função”.¹⁹³ No entanto, após maior reflexão, teria concluído que a aquisição de conhecimento inerente ao software livre seria o atributo que justifica a preferência estabelecida pela lei gaúcha. O relator entende que, nas contratações que tem por objeto programas de computador, “a proposta mais vantajosa será, quase sempre,

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 3.059/RS**. Mimeo (encaminhado por e-mail). Brasília, dezembro de 2012, p. 8.

¹⁹¹ Ibidem, p. 8.

¹⁹² Ibidem, p. 10-12.

¹⁹³ Ibidem, p. 13.

aquela que lhe permita não somente usar o software, como também conhecer e dominar sua tecnologia”.¹⁹⁴

O fato de a Lei n. 11.871/2002 ressaltar a possibilidade de contratação de softwares proprietários concorreria para a conclusão de que a norma é constitucional. Com essa medida, o administrador público teria a liberdade para adotar a solução mais adequada no caso concreto, não lhe sendo usurpada a autoridade, nem tampouco havendo predeterminação do vencedor da licitação, mas tão-somente privilegiando o desenvolvimento tecnológico regional e, em última instância, também o nacional.¹⁹⁵ Esses são os motivos pelos quais o relator entendeu que a lei gaúcha não violou o princípio da impessoalidade.

A última tese examinada é a da violação dos princípios da eficiência e da economicidade. O relator repudia os dois argumentos sustentados pelo DEM, no sentido de que: (i) a aquisição de softwares livres seria mais dispendiosa em virtude dos custos de migração dos sistemas e de treinamento dos usuários; e (ii) os softwares livres não dispõem de garantias. Ele assevera, por um lado, que, “as mesmas garantias que se exigem das grandes empresas detentoras dos direitos autorais de softwares ‘proprietários’ são requeridas para o correto funcionamento e manutenção dos softwares ‘livres’”.¹⁹⁶ Por outro, diz que os maiores custos relacionados à migração dos sistemas indicariam justamente que a Administração Pública se tornou refém dos softwares proprietários. Ao final, defendendo a constitucionalidade da lei, afirma que “a eficiência se mede, não somente pelo custo do produto ou serviço, como também pela segurança dos dados públicos inseridos nos sistemas informatizados e ainda pela aquisição imaterial do conhecimento tecnológico”.¹⁹⁷

Antes de encerrar seu voto, o ministro ressalta que a Lei n. 11.871/2002 não limita

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 3.059/RS**. Mimeo (encaminhado por e-mail). Brasília, dezembro de 2012, p. 13.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 13-14.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 14.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 15.

o direito autoral. Em nenhum momento a norma discutira a quem pertencem os direitos exclusivos que cabem ao autor do software. No entanto, da mesma forma como eles seriam livres para definir os termos de seus licenciamentos, a “Administração Pública também dispõe do poder de ditar as características do produto ou serviço de que necessita (aliás, como qualquer consumidor)”.¹⁹⁸ Com isso, o ministro finaliza sua manifestação, cassando a medida cautelar anteriormente concedida e julgando improcedente a ação.

O próximo a proferir seu voto seria o Ministro Ricardo Lewandowski. Antes que ele pudesse começar a fazer suas ponderações, foi interrompido pelo Ministro Luiz Fux. Este, por sua vez, afirmou que, por questão de metodologia, seria melhor postergar a votação da ADI n. 3.059/RS. Isso porque não havia advogados presentes para esse caso, mas havia vários para fazer sustentação oral no processo que seria votado em seguida. Por isso, o Ministro Luiz Fux pediu vista antecipada dos autos e o julgamento foi interrompido.¹⁹⁹

Até a data de fechamento deste trabalho, o caso ainda não havia sido levado novamente ao Plenário do STF. De qualquer forma, com base em todas as informações colhidas a partir do exame dos elementos constantes dos autos do processo da ADI n. 3.059/RS, passe-se a examinar, no capítulo que se segue, os principais aspectos jurídicos ligados à contratação de softwares pela Administração Pública. A partir desse levantamento, será feita a avaliação final das teses discutidas no capítulo que se encerra.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 3.059/RS**. Mimeo (encaminhado por e-mail). Brasília, dezembro de 2012, p. 16.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sessão Plenária de 31 de outubro de 2012** (gravação do áudio). Disponível em: <www.radiojustica.jus.br>. Acesso em: 01 dez. 2012.

CAPÍTULO 3 – SOFTWARE LIVRE EM PERSPECTIVA

Entendida a preferência pelo software livre como uma política pública e feita a exposição dos argumentos delineados na ADI n. 3.059/RS, é chegada a hora de se posicionar. Para isso, serão inicialmente examinados os principais aspectos jurídicos ligados à contratação de programas de computador. Partindo do escrutínio da relação entre software e normas de propriedade intelectual, analisa-se as formas de proteção jurídica concedida ao software e a sistemática legal vigente no Brasil, para, em paralelo, examinar como se dá a regulamentação contratual desses produtos. Com base nessas informações e na orientação teórica exposta no primeiro capítulo, apresenta-se, ao final, a ideia desenvolvida neste trabalho a respeito das teses discutidas na ADI n. 3.059/RS.

3.1 Software livre v. software proprietário

Para um melhor entendimento do caso, é essencial trabalhar o conceito de software livre. Antes, porém, busca-se contextualizar o assunto, apresentando noções gerais acerca do conceito de software, amplamente considerado. Embora o termo soe tão familiar em nossos dias, analisar seu significado é de fato relevante, notadamente tendo em vista os propósitos aqui delineados e, sobretudo, para evitar confusões que, do ponto de vista técnico, simplesmente não fazem sentido.

Software é “um conjunto de instruções dado ao computador (sentido estrito) para que ele efetue o processamento e o armazenamento [de] dados de uma forma determinada”. Nesse caso, quando se fala em computador, a referência normalmente feita diz respeito ao que se chama de hardware.²⁰⁰ Hardware, por sua vez, é o “equipamento propriamente dito, incluindo os periféricos de entrada e saída; a máquina, seus elementos

²⁰⁰ POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de autor e software**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 9.

físicos: carcaças, placas, fios, componentes em geral.”.²⁰¹

A partir da conjugação dos conceitos acima transcritos, é possível concluir que o software é um programa que faz um hardware funcionar de uma maneira específica. Esse programa, ao contrário do hardware, não é físico, mas virtual ou lógico. Na verdade, trata-se de um conjunto de instruções escritas em linguagem de programação. O próprio termo software teria sido cunhado como um trocadilho da palavra hardware, que, em inglês, significa ferramenta física.²⁰² Assim, a ferramenta virtual (software) é responsável por determinar como a ferramenta física (hardware) irá funcionar.

Na tentativa de uma rápida classificação, é possível identificar pelo menos dois tipos de software. O primeiro deles seria o software básico. Trata-se, nesse caso, do sistema operacional que gerencia os recursos de um computador.²⁰³ Como exemplos de softwares básicos, cito: Windows da Microsoft, Linux (desenvolvido em regime de software livre por diversos programadores ao redor do mundo), OS X da Apple, Android do Google, etc. O segundo tipo de programa é o software aplicativo. Esse tipo de programa é desenvolvido a partir de um dado sistema operacional para auxiliar o usuário a realizar uma tarefa específica.²⁰⁴ São exemplos de software aplicativos: Microsoft Office (Word, Excel, Power Point, Outlook, etc.), BrOffice, Google Chrome, Adobe Acrobat, dentre outros. Embora tanto sistemas operacionais como aplicativos sejam softwares, normalmente associamos a expressão ao segundo deles, ou seja, aos softwares aplicativos.

Nesse ponto, fundamental é perceber que a classificação que apresenta o software livre como espécie do gênero software em nada tem a ver com as suas características enquanto produto. Quando se fala em software livre, a ele se contrapõe o software não

²⁰¹ VELLOSO, Fernando de Castro. **Informática**: conceitos básicos. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 9.

²⁰² WIKIPEDIA. Verbetes: software. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 24 set. 2012.

²⁰³ Como afirma Leonardo Macedo Poli, o “software básico é, normalmente, distribuído junto com o hardware. Isso porque ele tem função operacional, determinando ao computador como devem ser processadas as informações contidas nos vários programas aplicativos” (POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de autor e software**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 9.).

²⁰⁴ Para Leonardo Macedo Poli, o “software aplicativo [...] fornece à máquina as informações que, devidamente processadas da forma determinada pelo programa básico, servirão para executar as tarefas específicas requeridas pelo usuário” (Ibidem, p. 10.).

livre, também chamado de software proprietário. No primeiro, o criador do programa prevê em favor de seus usuários algumas liberdades básicas; no segundo, não. Em que pese essa peculiaridade, não há, tecnicamente, qualquer diferença entre um software livre e um software proprietário (a não ser, é claro, a possibilidade da criação, no caso dos softwares proprietários, de barreiras técnicas que impeçam o usuário de exercer as liberdades garantidas nos softwares livres).²⁰⁵ Ambos são programas de computador, escritos em linguagem de programação, que instruem como um hardware deve funcionar ou que determinam a realização de uma tarefa específica.²⁰⁶

Seguindo o curso do trabalho, segue-se em busca do desenvolvimento de um conceito de software livre. Para isso, são feitas algumas observações básicas. É imprescindível distinguir, sobretudo, três aspectos: liberdade vs. gratuidade, código aberto e *copyleft*. Começa-se pelo primeiro, voltando-se ao plano conceitual. Como se viu no capítulo anterior, alguns dos participantes da ADI afirmam que o software livre é um software gratuito. Esse entendimento não parece acertado. É verdade que muitos dos softwares livres são gratuitos (talvez a maioria), mas isso não é um requisito. Ainda que um software livre possa ser encontrado gratuitamente em um algum lugar, qualquer interessado poderá (a depender dos termos do contrato de licenciamento desse software) cobrar um valor por sua distribuição ou alterá-lo e comercializar uma nova versão. Esse entendimento é baseado nas ideias adiante expostas.

²⁰⁵ Um exemplo de barreira técnica desse tipo é um mecanismo que impossibilite que o usuário acesse o código fonte do software. A criação desse tipo de barreira técnica está ligada a um conjunto de ações denominado de DRM (Gestão de Direitos Digitais, ou *Digital Rights Management*, na expressão em inglês, como é mais conhecido). O DRM é um termo cunhado para identificar uma série de mecanismos e ferramentas tecnológicas desenvolvidas com o fim de viabilizar a proteção de conteúdo produzido (ou disponibilizado) em formato digital. O DRM não se limita ao software, mas se estende a diversos tipos de produto. São exemplos de DRM: (i) o mecanismo que impede um aparelho celular de realizar ligações utilizando um *chip* que não seja de determinada empresa telefônica; e, (ii) o mecanismo que impede o usuário de copiar para o disco rígido de seu computador o arquivo digital armazenado em um DVD. Embora seja amplamente utilizado no mercado, o DRM é objeto de acirrada controvérsia. De um lado, detentores de direitos de propriedade intelectual sobre produtos afetados defendem o DRM por entenderem se tratar de um instrumento eficaz na proteção de seus direitos no ambiente digital. De outro lado, grupos civis (como a *Free Software Foundation*) organizam campanhas anti-DRM, afirmando que essa prática viola direitos dos usuários, na medida em que não respeita as exceções à proteção dos direitos de propriedade intelectual, inviabilizando formas de utilização que são de fato legítimas.

²⁰⁶ Cf. FALCÃO, Joaquim; LEMOS, Ronaldo (coord.). **Direito do software livre e a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 64.

Especialmente no Brasil e em outros países de língua latina, a confusão entre software livre e gratuito não parece sequer justificável. Não se tem, nesse vernáculo, o problema que a expressão *free software* suscita na língua inglesa. Para esclarecer o significado de *free* em *free software* é frequente a referência à distinção entre *free speech* e *free beer*, onde o primeiro significa liberdade de discurso e o segundo cerveja grátis.²⁰⁷ Sem precisar recorrer a fórmulas tão sofisticadas, é possível perceber que livre é diferente de grátis ou gratuito. No entanto, a dificuldade parece persistir de algum modo. Talvez essa dificuldade esteja ligada à incompreensão do próprio movimento do software livre.

Em linhas gerais, o movimento do software livre é orientado por valores como compartilhamento de informações e cooperação.²⁰⁸ A iniciativa desse movimento é normalmente atribuída a Richard Stallman. Programador, Stallman é o criador do Projeto GNU, responsável pelo desenvolvimento do sistema operacional Linux.²⁰⁹ Conta-se que, dentre as razões que o impulsionaram a criar o Projeto GNU e o próprio movimento do software livre, estaria um episódio em que Stallman não obteve acesso ao código fonte de um programa que controlava a impressora instalada no laboratório em que trabalhava.²¹⁰ Por ter sido privado do acesso à informação contida no software, Stallman se viu impossibilitado de adaptá-lo às suas necessidades. O movimento do software livre busca evitar exatamente esse tipo de situação, concedendo a todos o acesso ao conhecimento

²⁰⁷ STALLMAN, Richard M. **Free software, free society**: selected essays of Richard M. Stallman. 2. ed. Boston: Free Software Foundation, 2010, p. 43.

²⁰⁸ Cf. ZITTRAIN, Jonathan L. **The future of the internet and how to stop it**. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 77; LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the hybrid economy. Londres: Bloomsbury, 2008, p. 179 e ss.

²⁰⁹ Segundo Jonathan Zittrain: “*In 1984 Richard Stallman quit his job at the MIT artificial intelligence lab to develop what he called “free” software—software that others could copy and change as they pleased. He found this type of sharing ethically important and endeavored to rewrite the proprietary Unix operating system from scratch so that his version would be substitutable for Unix without infringing any copyrights in the existing Unix code. He named his project GNU, for “GNU’s Not Unix.” GNU culminated in 1992 after the contribution of a small but crucial piece of code captained by computer science student Linus Torvalds. Torvalds’s addition of the “Linux kernel” made GNU (now called GNU/Linux, or, confusingly, just Linux) complete.*” (ZITTRAIN, Jonathan L. Normative principles for evaluating free and proprietary software. In **The University of Chicago Law Review**, n. 71:XX, 2004, p. 4.)

²¹⁰ Stallman narra o acontecimento no seguinte trecho: “*I had already experienced being on the receiving end of a nondisclosure agreement, when someone refused to give me and the MIT AI Lab the source code for the control program for our printer. (The lack of certain features in this program made use of the printer extremely frustrating.) So I could not tell myself that nondisclosure agreements were innocent. I was very angry when he refused to share with us; I could not turn around and do the same thing to everyone else.*” (STALLMAN, Richard M. Op. Cit., p. 9.)

inerente aos softwares.

O movimento do software livre pode ser considerado como parte de um movimento mais amplo. Algo que não se limita ao software, mas abrange a cultura, de um modo geral, e que se chamará neste trabalho simplesmente de movimento do livre. O que unifica esse movimento é a noção compartilhada de que há um descompasso entre as normas de proteção da propriedade intelectual e as possibilidades que o desenvolvimento tecnológico proporciona atualmente. Diversos acadêmicos vêm se debruçando sobre a relação entre tecnologia e propriedade intelectual, examinando esse fenômeno e propondo hipóteses. Dentre os expoentes, é possível citar nomes como Lawrence Lessig,²¹¹ Jonathan Zittrain,²¹² Yochai Benkler,²¹³ Jack Goldsmith, Tim Wu,²¹⁴ Jessica Litman,²¹⁵ e, no Brasil, Ronaldo Lemos.²¹⁶

Para os propósitos deste trabalho, é suficiente fazer referência às ideias do primeiro deles, que defende que a mudança operada pelo meio digital tem a ver com o controle exercido pelos autores sobre a exploração de suas obras. De acordo com ele, as regras de propriedade intelectual buscam conferir aos autores alguma margem de controle sobre os usos de suas obras; controle esse que, sem a lei e no ambiente analógico, não seria possível, por não haver meios concretos de exercer domínio sobre esse bem imaterial. Ademais, junto às prerrogativas concedidas por essas regras aos autores, eram igualmente previstas limitações – formando um conjunto por meio do qual se busca balancear, de um lado, os interesses dos autores e, de outro, os interesses da sociedade como um todo

²¹¹ LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. Nova York: Basic Books, 2006; **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. Nova York: The Penguin Press, 2004; **Remix**: making art and commerce thrive in the hybrid economy. Londres: Bloomsbury, 2008; **The future of ideas**: the fate of the commons in a connected world. Nova York: Random House, 2001.

²¹² ZITTRAIN, Jonathan. **The future of internet**: and how to stop it. New Haven: Yale University Press, 2008.

²¹³ BENKLER, Yochai. **The wealth of networks**: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

²¹⁴ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who controls the internet?** illusions of a borderless world. Nova York: Oxford University Press, 2006. WU, Tim. **The master switch**: the rise and fall of information empires. Nova York: Alfred A. Knopf, 2010.

²¹⁵ LITMAN, Jessica. **Digital copyright**: protecting intellectual property on the internet. Nova York: Prometheus Books, 2001.

²¹⁶ LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005; LEMOS, Ronaldo; CASTRO, Oona. **Tecnobrega**: o Pará reinventando o negócio da música. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008.

(consubstanciado na construção de um domínio público cultural) – fazendo com que o controle oferecido pela lei não fosse total.²¹⁷

Nesse sentido, afirma que “[s]em a lei, e antes do ciberespaço, os autores teriam muito pouca proteção; com a lei, eles têm significativa, mas não perfeita, proteção.”²¹⁸ E continua adiante, dizendo que “[a] lei dá aos autores algo que eles de outro modo não teriam em troca de limites nos seus direitos, assegurados para beneficiar o domínio público intelectual”.²¹⁹ Ocorre que, com o surgimento da tecnologia digital, o balanço entre controle e acesso – e conseqüentemente o equilíbrio entre prerrogativas e limitações – é ameaçado.

Essa inovação tecnológica dá aos autores meios de exercer um controle praticamente absoluto sobre os usos de suas obras, e isso sem depender da lei.²²⁰ Apenas com o auxílio de linhas de código, os autores têm condições de controlar o que se pode ou não fazer com uma obra. Por exemplo, é possível definir por qual ou quais dispositivos o arquivo de uma música pode ser reproduzido e quantas vezes; se ela pode ser copiada ou não, e assim por diante (são as barreiras técnicas a que me referi anteriormente). Com isso, as limitações acabam por ser desrespeitadas e a construção do domínio público intelectual e cultural fica prejudicada.^{221 222}

²¹⁷ LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. Nova York: Basic Books, 2006, p. 169-199.

²¹⁸ Tradução livre do seguinte trecho (no original): “*Without the law, and before cyberspace, authors would have very little protection; with the law, they have significant, but not perfect, protection.*” (Ibidem, p. 185.)

²¹⁹ Tradução livre do seguinte trecho (no original): “*The law gives authors something they otherwise would not have in exchange for limits on their rights, secured to benefit the intellectual commons as a whole.*” (Ibidem, p. 185.)

²²⁰ Para fazer essa leitura, Lessig trata das formas relevantes de regulação no contexto dos avanços tecnológicos, identificando quatro fatores principais: a lei, as normas sociais, o mercado e a arquitetura (ou o código). Comentando o trabalho de Lessig, Ronaldo Lemos resume em que consistiriam cada um desses elementos: “Por lei, entende-se todo o conjunto normativo estatal, embasado constitucionalmente, em suas mais diversas naturezas e categorias hierárquicas. Já as normas sociais são não só os usos e costumes, como também qualquer postulação normativa compartilhada por comunidades ou inerente a determinadas situações e circunstâncias. O mercado é o outro fator relevante da regulação, por se tratar do mecanismo predominante de acesso aos bens econômicos. Por fim, por arquitetura, entende-se a estrutura inerente de como as coisas são construídas e ocorrem. Esta última torna-se um fator regulador cada vez mais importante na sociedade da informação [...]” (LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 21).

²²¹ LESSIG, Lawrence. Op. Cit., p. 169-199.

Exatamente como reação a essa realidade, é que surgem projetos relacionados ao movimento do livre. Esses projetos são normalmente desenvolvidos com o propósito de tornar o acesso às obras mais facilitado ou mesmo ilimitado, além de sensivelmente menos burocratizado. Utilizando-se das próprias regras de direito da propriedade intelectual vigentes, os autores criam, por meio de contratos, novas regras (ou aderem a regras criadas por outros), que são aplicadas paralelamente ao sistema tradicional de proteção.

É certo que esse movimento do livre tem inegável apelo ideológico. Isso porque alguns dos que a ele aderem podem fazê-lo por acreditar na importância de contribuir para a construção daquele domínio público acima referido (ainda que essa não seja a única possibilidade, já que há todo um mercado criado ao redor desses movimentos). Os ideais relacionados ao software livre, por exemplo, estão, na sua origem, ligados a valores comunitários, notadamente a valores compartilhados por comunidades formadas por programadores e desenvolvedores de software.

Mas essa veia ideológica contribui para uma mistificação do livre. Parte da confusão entre liberdade e gratuidade parece ocorrer quando se associa os valores do movimento do software livre com valores de ordem político-ideológica. Em situações dessa natureza, substitui-se liberdade por gratuidade. Traduz-se proprietário por capitalista, livre por socialista. O resultado é a boa e velha fórmula da dominação imperialista: o centro desenvolvido (representado por grandes multinacionais) explorando a periferia. O software livre passa, então, a ser visto como instrumento de emancipação.²²³ Com isso, perde-se de vista o propósito original do software livre, pervertendo uma discussão que, como visto, é impulsionada pelos desafios e peculiaridades que o estágio atual de desenvolvimento tecnológico impõe às formas tradicionais de proteção e reconhecimento

²²² Evidentemente essa é apenas uma faceta do desenvolvimento tecnológico. Se hoje é possível afirmar – concordando com Lessig – que aos autores é dada uma série de ferramentas que viabilizam o exercício de um tipo de controle sobre suas obras em níveis cada vez mais avançados (por meio de mecanismos anticópia, por exemplo), também há de se reconhecer que essa mesma tecnologia fornece meios para burlar todo esse controle, tornando-o ineficaz em muitos casos.

²²³ Isso não deixaria de ser verdade, se pensado do ponto de vista técnico, uma vez que a adoção do software livre permite fugir do que se chama de aprisionamento ou dependência tecnológica.

de direitos de propriedade intelectual.

Seja como for, e voltando ao foco do trabalho, assim como em *free speech*, a ideia do software livre está ligada ao conceito de liberdade e não de gratuidade. Assim como livre e proprietário constituem espécies do gênero software, gratuito e oneroso correspondem a outras duas espécies do mesmo gênero. Essas espécies não se confundem, constituindo grupos diferentes. No primeiro caso, o critério distintivo é a liberdade. No segundo, o critério distintivo é a onerosidade do contrato. Uma espécie de cada grupo pode ser combinada com outra do outro grupo, de modo a termos: (i) um software que seja livre e gratuito; (ii) um software que seja proprietário e gratuito; (iii) um software que seja livre e oneroso; (iv) um software que seja proprietário e oneroso.

Definir em que consiste a liberdade inerente ao software livre é, porém, outro desafio. As diversas licenças que regulam os direitos sobre o software livre expressam noções variáveis. No entanto, para os fins deste trabalho, é suficiente a referência à definição apresentada pelo Projeto GNU, que desenvolveu diversas licenças de software livre, dentre as quais se destaca uma das mais conhecidas e difundidas mundialmente, a *GNU General Public License* (GPL).

O Projeto GNU estabelece quatro requisitos para que um software possa ser considerado livre. Esses requisitos correspondem as seguintes liberdades essenciais: a) liberdade de executar o programa para qualquer propósito; b) liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo às suas próprias necessidades; c) liberdade de redistribuir cópias; e, d) liberdade de modificar e aperfeiçoar o programa, e difundir as alterações.²²⁴

O Projeto GNU é extremamente exigente quanto aos parâmetros para definição do que vem a ser um software livre. Inclusive, o projeto mantém em seu site uma lista (meramente exemplificativa) de licenças de software, organizadas em três categorias: (i) licenças de software livre compatíveis com a GPL; (ii) licenças de software livre

²²⁴ GNU Operating System. **What is free software?** Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

incompatíveis com a GPL; e, (iii) licenças de software não-livres (ou licenças de software proprietário). É de se notar a distinção que faz o Projeto GNU em relação às licenças de software livre. De acordo com o Projeto, existem duas classes de licenças de software livre, as compatíveis e as incompatíveis com a GPL. Isso porque uma dada licença pode ser de software livre, mas, ao mesmo tempo, não ser compatível com a GPL.²²⁵

Essa constatação revela algo importante para o entendimento do que vem a ser um software livre. A revelação diz respeito a outros elementos que são incluídos na licença GPL, mas que não configuram requisitos para que um software seja considerado livre e, portanto, devem ser devidamente distinguidos. Um desses elementos é o *copyleft*.

Antes de tratar disso, no entanto, cabe uma rápida observação a respeito da ideia de software com código aberto (*open source software*). De acordo com as liberdades defendidas pelo Projeto GNU, ter o código aberto é pressuposto de um software livre, o que, por outro lado, não significa que essa característica por si só garanta que um software seja livre. O código aberto é pressuposto porque apenas tendo acesso ao código é possível estudar ou modificar um software.²²⁶

Ao falar desse código, refere-se, na verdade, ao código fonte. Esse código é o que viabiliza a comunicação entre a máquina e o ser humano, por meio de um texto escrito em forma de linguagem de programação.²²⁷ Em outras palavras, “[o] código fonte é a linguagem que permite a um determinado programador desenhar instruções lógicas para um computador sobre aquilo que ele deverá executar.”²²⁸ É um código intermediário, por

²²⁵ GNU Operating System. **Várias licenças e comentários sobre elas**. Disponível em: <<http://www.gnu.org/licenses/license-list.pt-br.html>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

²²⁶ STALLMAN, Richard M. **Free software, free society: selected essays of Richard M. Stallman**. 2. ed. Boston: Free Software Foundation, 2010, p. 5.

²²⁷ De acordo com o *TIOBE Programming Community Index*, índice divulgado pela Tiobe Software, as vinte linguagens de programação mais usadas no mês de dezembro de 2012 foram: (1) C; (2) Java; (3) Objective-C; (4) C++; (5) C#; (6) PHP; (7) Visual Basic; (8) Python; (9) Perl; (10) Ruby; (11) JavaScript; (12) Delphi/Object Pascal; (13) Lisp; (14) Pascal; (15) Visual Basic .NET; (16) Ada; (17) MATLAB; (18) Lua; (19) Assembly; (20) PL/SQL (TIOBE SOFTWARE. *TIOBE Programming Community Index for December 2012*. Disponível em: <<http://www.tiobe.com>>. Acesso em: 23 dez. 2012.).

²²⁸ FALCÃO, Joaquim (*et alli*). **Estudo sobre o software livre**: comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. Rio de Janeiro: Escola de Direito da FGV, 2005. Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br>>. Acesso em: 30 out. 2011.

assim dizer, que é interpretado ou compilado pelo computador e posteriormente processado em forma de código binário (composto por zeros e uns), também chamado de código-objeto.²²⁹

Pode ser que o código-objeto seja disponibilizado ao usuário, mas, como não se tem capacidade de interpretá-lo, de nada (ou pouco) serve para fins de estudo ou modificação do software, duas das liberdades essenciais apontadas pelo Projeto GNU como requisitos do software livre. Por outro lado, a disponibilização do código fonte respeita essas liberdades.²³⁰ Assim, é fácil perceber a razão do código (fonte) aberto ser considerado um requisito para que um dado software seja considerado livre. Entretanto, é importante ressaltar que a disponibilização desse código não é, por si só, suficiente para enquadrar um software como livre. Se as demais liberdades essenciais não forem garantidas, mesmo um software com código aberto não poderá ser considerado livre.

Retoma-se agora a questão do *copyleft* e das licenças livres incompatíveis com a GPL. O raciocínio aqui é diametralmente inverso em relação àquele apresentado acerca do código aberto. É possível que um software seja livre sem que contenha uma cláusula *copyleft*. Ser *copyleft* não é, pois, requisito para ser livre. O que acontece é que, se um software não contiver uma cláusula desse tipo, ele não será compatível com a licença GPL. É que a GPL tem requisitos específicos que extrapolam os requisitos do software livre.

Copyleft é uma espécie de trocadilho, utilizado para indicar uma reação ao *copyright* (direito de cópia, em inglês) ou, mais amplamente, aos direitos de propriedade

²²⁹ A respeito da diferença entre código fonte e código objeto, veja-se a didática explicação de Jonathan Zittrain: “a given piece of software typically exists in two related components: source code and object code. Source code is what programmers write; object code is what computers run.” (ZITTRAIN, Jonathan L. Normative principles for evaluating free and proprietary software. In **The University of Chicago Law Review**, n. 71:XX, 2004, p. 6.)

²³⁰ Novamente pertinentes as ponderações feitas por Jonathan Zittrain: “Software developers produce object code from source code through the use of a compiler. Object code without source code is useful for running a program, but not for easily learning how it works or was written. An attempt to “decompile” object code back into source code yields instructions that bear little resemblance to the original recipe for the program, even if they are functionally equivalent. To analogize, imagine a “decompiled” recipe that calls for adding ¾ teaspoon of sugar, mixing, and then removing ¼ teaspoon of sugar. This is perhaps functionally equivalent to the original recipe that calls for adding ½ teaspoon of sugar, but would be a much more frustrating, though to be sure not impossible, task.” (Ibidem, p. 6.)

intelectual. Mais do que com a liberdade de utilização do software em si, o *copyleft* está relacionado à manutenção dessa liberdade, o que garante por meio da regulação de sua forma de distribuição. Seu objetivo é garantir que um software se mantenha livre mesmo após sua disponibilização inicial. O *copyleft* “é um método genérico para fazer de um programa (ou outro trabalho) livre e exigir que todas as versões modificadas e estendidas do programa também sejam livres”.²³¹

É que, uma vez disponibilizado, um software livre poderia ser modificado por qualquer interessado. Ocorre que uma nova pessoa que realizou alterações no software original detém, a princípio, direitos de propriedade intelectual sobre essas modificações. Caso não houvesse a previsão de uma cláusula *copyleft*, um software que antes era livre poderá deixar de sê-lo, pelo menos em sua nova versão.

Do exposto acima, percebe-se que o *copyleft* implica uma obrigação. Aquele que vier a redistribuir um determinado software que contenha uma cláusula *copyleft* deverá fazê-lo seguindo as mesmas regras definidas para o software originário. Por meio das cláusulas do contrato de licença, é possível estabelecer, por exemplo, que uma nova versão do software ou um novo software desenvolvido a partir do primeiro deva obrigatoriamente ser livre. Desse modo, impede-se, contratualmente, por meio dessa licença, que o programa seja transformado em um software proprietário. Para isso, o autor do software utiliza os direitos de propriedade intelectual que lhe são conferidos pela legislação para colocá-lo à disposição de todos os interessados e condicionar a modificação ou adaptação do programa à manutenção de sua qualidade de software livre.

A licença GPL mencionada acima é *copyleft*. De acordo com Richard Stallman, isso decorre do fato de que o seu trabalho (e, conseqüentemente, o Projeto GNU) é motivado

²³¹ Tradução livre do original: “*is a general method for making a program (or other work) free, and requiring all modified and extended versions of the program to be free as well*” (STALLMAN, Richard M. **Free software, free society**: selected essays of Richard M. Stallman. 2. ed. Boston: Free Software Foundation, 2010, p. 127.)

por um ideal, difundir liberdade e cooperação,²³² como já foi visto acima. Por isso, somente pode ser considerado compatível com a GPL a licença que, dentre outros atributos, seja igualmente *copyleft*. Nunca é demais lembrar, no entanto, que o software livre não é exclusividade do Projeto GNU. Assim, ainda que uma licença não contenha a cláusula *copyleft*, nem por isso deixará de ser considerada livre, caso as quatro liberdades sejam respeitadas.

Ainda resta uma última questão a abordar acerca do software livre. Como se viu, para alguns dos participantes da ADI, software livre seria um tipo de programa não comercial. Isso, evidentemente, não é verdade. Como já enfatizado o suficiente, software livre não se confunde com software gratuito. É verdade que muitos softwares livres estão disponíveis gratuitamente, mas o mesmo ocorre com softwares proprietários. Diversos programas estão acessíveis aos usuários sem que tenham que pagar nada para instalá-los em seus computadores. São inúmeros os exemplos. Dentre eles, lembre-se de programas como o Internet Explorer e o Windows Media Player, ambos da Microsoft, o iTunes, da Apple, ou também o Adobe Acrobat Reader, da Adobe Systems. Todos eles são softwares proprietários (já que não concedem aos usuários as quatro liberdades que se exige para considerá-los softwares livres) e, ao mesmo tempo, gratuitos e nem por isso deixam de ter vocação comercial.

Reforça-se, portanto, que o fato de um software (livre ou proprietário) ser gratuito não implica que ele obrigatoriamente não seja comercial. Aliás, a gratuidade é, hoje, uma estratégia de mercado. Novos modelos de negócio baseados em estratégias de preços zero têm sido desenvolvidos, algo a que se refere como economia do grátis.²³³

Aqui, cabem novamente diversos exemplos. A distribuição gratuita de “apps” é apenas um deles. Os “apps” são aplicativos (softwares) desenvolvidos para celulares. Uma enorme variedade de “apps” está disponível para os usuários que possuem celulares em

²³² GNU Operating System. **What is free software?** Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/pragmatic.html>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

²³³ Cf. ANDERSON, Chris. **Free: the future of a radical price**. Nova York, Hyperion, 2009.

diferentes plataformas (tais como Android do Google, OS da Apple e Phone7 da Microsoft). Jogos, redes sociais, organizadores de tarefas, leitores de arquivos, todos disponíveis a custo zero.

Mas não se trata de mera graça dos desenvolvedores de software. Muitas vezes, a disponibilização serve como forma de difundir um produto, que possui uma versão mais completa que é paga. Pode servir também como chamariz para publicidade. À medida que um programa se torna popular, mais e mais usuários passam a utilizá-lo, o que o torna atraente do ponto de vista publicitário. Anunciantes de outros produtos podem ter interesse em pagar uma taxa pela veiculação de propaganda embutida no software. As possibilidades são ilimitadas.

Deste modo, não se justifica a confusão entre livre e gratuito, nem tampouco entre livre e não comercial. A seu turno, a diferença entre livre e proprietário se limita às possibilidades de uso do software, conforme determinado em seu contrato de licenciamento. Em síntese, para que fique claro o conceito adotado neste trabalho, entende-se que um software será livre quando o criador do programa permitir que o usuário, tendo acesso ao código-fonte, possa executar o programa para qualquer propósito, estudá-lo, adaptá-lo, redistribuí-lo, modificá-lo, aperfeiçoá-lo e difundir as alterações que fizer. Será, por outro lado, proprietário, quando o criador do programa não prever essas liberdades, reservando-as para si e para o seu próprio benefício, da forma como as normas de direito de propriedade intelectual lhe permitem fazer.

3.2 Software e propriedade intelectual

Analisada a diferença entre software livre e software proprietário, é imprescindível examinar em mais detalhes a relação entre software e propriedade intelectual. Isso porque, como visto acima, o traço que efetivamente diferencia um e outro tipo de software é precisamente a forma como os direitos de propriedade intelectual são exercidos. Por isso, esta seção é dedicada a essa empreitada.

3.2.1 As formas de proteção do software

Assim como outras criações do intelecto humano, o software é protegido por normas de propriedade intelectual. Isso não significa que essa proteção decorra de qualquer imperativo lógico ou natural, nem que seja livre de controvérsias. Trata-se, na verdade, de uma escolha, normalmente operada no âmbito legislativo, que culmina na criação de um mecanismo diferenciado de proteção.

Em linhas gerais, as normas de propriedade intelectual criam um monopólio para que alguém explore sua criação de maneira exclusiva por um determinado período. Trata-se de um monopólio legal e artificial, na medida em que não decorre de condições próprias do funcionamento de mercado, mas de intervenção legislativa.

Diversas teorias foram formuladas para justificar a existência desse tipo de norma jurídica.²³⁴ Dentre elas, a tese utilitarista é, sem dúvida, uma das mais difundidas.²³⁵ Seu postulado se desenvolve no sentido de que, “sem as proteções proprietárias dos direitos autorais, patentes e segredo comercial, não existiriam incentivos adequados para a criação de uma produção socialmente ideal de produtos intelectuais”.²³⁶ Em outras palavras, sem o

²³⁴ Analisando a literatura especializada, William Fisher identifica basicamente quatro tipos de abordagens que buscam justificar a existência de normas de propriedade intelectual. Seriam elas: (i) as teorias utilitaristas, dentre as quais se destacam as desenvolvidas por William Landes e Richard Posner; (ii) as teorias do trabalho, baseadas na obra de John Locke; (iii) as teorias da personalidade, criadas a partir das ideias de Kant e Hegel; (iv) as teorias do planejamento social, que buscariam inspiração em uma eclética combinação de pensadores, tais como Thomas Jefferson, Karl Marx, os adeptos do realismo jurídico e do republicanismo clássico (FISHER, William. *Theories of intellectual property*. In MUNZER, Stephen R. (ed.). **New essays on the legal and political theory of property**. New York: Cambridge University Press, 2001.).

²³⁵ Cf. BARNETT, Jonathan M. Is intellectual property trivial? In **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, 2009; DREYFUSS, Rochelle. Does IP need IP? Accommodating intellectual production outside the intellectual property paradigm. In **Cardozo Law Review**, v. 31, n. 5, 2010; EPSTEIN, Richard A. The disintegration of intellectual property? A classical liberal response to a premature obituary. In **Stanford Law Review**, v. 62, n. 2, 2010; GUAN, Wenwei. The poverty of intellectual property philosophy. In **Hong Kong Law Journal**, v. 38, n. 2, 2008; MERGES, Robert P. Locke Remixed. In **UC Davis Law Review**, v. 40, 2007; SHAO, Ken. From lockean theory to intellectual property: marriage by mistake and its incompatibility with knowledge, creativity and dissemination. In **Hong Kong Law Journal**, v. 39, n. 2, 2009; SILBEY, Jessica. The mythical beginnings of intellectual property. In **George Mason Law Review**, v. 15, n. 2, 2008; STALLBERG, Christian G. Towards a new paradigm in justifying copyright: an universalistic-transcendental approach. In **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, v. 18, 2008.

²³⁶ Tradução livre do seguinte trecho (no original): “*Without the copyright, patent, and trade secret property protections, adequate incentives for the creation of a socially optimal output of intellectual products would not exist*” (HETTINGER, Edwin C. Justifying intellectual property. In **Philosophy & Public Affairs**, v. 18, n. 1, 1989, p. 47-48.).

monopólio criado por aquelas normas, não haveria incentivo suficiente para a criação intelectual, uma vez que qualquer um poderia apropriar-se da invenção de outrem sem que por isso o primeiro fosse recompensado.

A propriedade intelectual é dividida em subáreas, segundo as características das criações protegidas. É usual sua divisão em dois grandes eixos: direitos de autor (e os direitos que lhe são conexos), e propriedade industrial.

A literatura especializada explica que “os direitos de autor consistem na possibilidade de se proibir terceiros de *reproduzir* (ou praticar os atos que constituem as várias modalidades de reprodução, como os de copiar, fixar, traduzir, adaptar e comunicar) a obra protegida.” Por outro lado, “a propriedade industrial assegura o direito de proibir terceiros de *usar* os ativos protegidos.”²³⁷ Em meio à propriedade industrial, encontram-se outras categorias, dentre as quais as tradicionais marcas e patentes.

A propriedade intelectual também protege outros ativos. Exemplos são os desenhos industriais, as indicações geográficas e as topografias de circuitos integrados. Porém, a catalogação desses ativos em direito de autor ou propriedade industrial não é tarefa simples. Há zonas cinzentas em que essa distinção nem sempre é tão nítida. Nesse sentido, ele cita o exemplo do desenho industrial, que recebe proteção tanto por normas de direito autoral como por normas de direito da propriedade industrial. E mesmo dentro da propriedade industrial, o desenho industrial poderia ser objeto de patente ou marca, conforme o caso.²³⁸

Essa dificuldade também afeta o enquadramento do software enquanto objeto de proteção pela propriedade intelectual. A tendência internacional é a de sua vinculação ao direito de autor. É o que estabelece o artigo 4 do Tratado de Direitos Autorais da

²³⁷ CARVALHO, Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de patentes e marcas**: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23.

²³⁸ *Ibidem*, p. 24-25.

Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI),²³⁹ que remete ao artigo 2 da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artística,²⁴⁰ bem como o artigo 10 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC ou, na sigla em inglês, TRIPS).²⁴¹ Mas essa regra não é absoluta.

Nesse ponto, a análise do Direito comparado pode ser particularmente reveladora. Começa-se pela exposição do ordenamento jurídico norte-americano. Originalmente, a proteção concedida ao software nos Estados Unidos era feita somente por meio do *copyright*, que em tradução literal seria “direito de cópia”, mas cujo significado atual é mais amplo e abrange, além do direito de cópia propriamente dito, as demais formas de

²³⁹ O artigo 4 do Tratado da OMPI prevê o seguinte: “*Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression*”. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

²⁴⁰ Eis o inteiro teor do artigo 2 do Tratado de Berna: “(1) *The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico-musical works; choreographic works and entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.* (2) *It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form.* (3) *Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works without prejudice to the copyright in the original work.* (4) *It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the protection to be granted to official texts of a legislative, administrative and legal nature, and to official translations of such texts.* (5) *Collections of literary or artistic works such as encyclopaedias and anthologies which, by reason of the selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such, without prejudice to the copyright in each of the works forming part of such collections.* (6) *The works mentioned in this Article shall enjoy protection in all countries of the Union. This protection shall operate for the benefit of the author and his successors in title.* (7) *Subject to the provisions of Article 7(4) of this Convention, it shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the extent of the application of their laws to works of applied art and industrial designs and models, as well as the conditions under which such works, designs and models shall be protected. Works protected in the country of origin solely as designs and models shall be entitled in another country of the Union only to such special protection as is granted in that country to designs and models; however, if no such special protection is granted in that country, such works shall be protected as artistic works.* (8) *The protection of this Convention shall not apply to news of the day or to miscellaneous facts having the character of mere items of press information*”. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

²⁴¹ Assim dispõe o 10 do Acordo TRIPS: “1. *Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).* 2. *Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself*”. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

exploração das obras (distribuição, tradução, etc.) comuns ao direito de autor como o conhecemos no Brasil. No entanto, por meio da interpretação e da produção judicial, típicas do *common law*, o software também passou a ser objeto da concessão de patentes, como se verá adiante.

As duas formas de proteção derivam de postulados legislativos. Afirma-se que, “ao tempo em que o software é explicitamente protegido pela Lei de Direitos Autorais [americana], é protegido por normas de patentes apenas por meio da interpretação judicial da Lei de Patentes [dos Estados Unidos]”.²⁴² Mas nem sempre foi assim. A lei de patentes americana (ou o *Patent Act*, como é conhecido) foi editada no ano de 1952. De acordo com essa norma, somente se concedem patentes a invenções e processos que se enquadrem nas categorias (*subject matter*) descritas em seu § 101.²⁴³

Para a Comissão Presidencial sobre o Sistema de Patentes, o software não se enquadrava nos requisitos do § 101. Portanto, não poderia gozar de proteção patentária. A Comissão foi criada pelo presidente norte-americano Lyndon Johnson, em 1960, para analisar dentre outros assuntos a pertinência da proteção do software por meio da concessão de patentes. Afirma-se que: “Em seu relatório final, emitido em 1966, a Comissão específica e enfaticamente rejeitou essa proposta, detalhando diversos problemas práticos que surgiriam com o possível patenteamento do software e apontando que a criação de programas cresceu substancial e satisfatoriamente sem a proteção patentária”.²⁴⁴

²⁴² Tradução livre do seguinte trecho (no original): “*While software is explicitly protected under the Copyright Act, it is protected under patent law only through judicial interpretation of the Patent Act*”. (NIEH, Andrew. Software wars: the patent menace. In **New York Law School Law Review**, Nova York: v. 55, 2010, p. 297.)

²⁴³ Eis o inteiro teor do dispositivo: “§ 101. *Inventions patentable. Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title*”. Disponível em: <<http://www.gpo.gov>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

²⁴⁴ Tradução livre do seguinte trecho (no original): “*In its final report, issued in 1966, this Commission specifically and strongly rejected this proposal, detailing a number of practical problems with the possible patenting of software and noting the creation of programs has undergone substantial and satisfactory growth in the absence of patent protection [...]*”. (STORY, Alan. Intellectual property and computer software: a

Esse entendimento chegou a ser referendado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No ano de 1972, em *Gottschalk v. Benson*, a Corte analisou uma invenção relacionada ao processamento de dados por um programa de computador. Afirmou então que o caso não se enquadrava nas hipóteses do § 101. Para fundamentar sua posição, asseverou que ideias não poderiam ser patenteadas e que a patente requerida envolvia justamente a proteção de uma ideia, na medida em que se tratava de programa que simplesmente realizava a conversão de informações numéricas. A Corte ainda fez expressa referência ao Relatório da Comissão Presidencial sobre o Sistema de Patentes, dizendo que caberia apenas ao Congresso alterar esse panorama, definindo que o software poderia ser patentado.²⁴⁵

Alguns anos depois, em 1974, o Congresso americano criou uma comissão para revisar a legislação de direitos autorais. A *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works* divulgou seu relatório final no ano de 1978, concluindo que o software poderia e deveria ser objeto de proteção por meio do *copyright*, e desaconselhando outras formas de proteção (como a patentária).²⁴⁶ Finalmente, em 1980, o Congresso emendou a lei de direitos autorais americana,²⁴⁷ para expressamente

battle of computing use and access visions for countries of the south. In **Unctad-ICTSD Project on IRPs and Sustainable Development**, Chavanod (França): n. 10, mai., 2004, p. 10.)

²⁴⁵ NIEH, Andrew. Software wars: the patent menace. In *New York Law School Law Review*, Nova York: v. 55, 2010, p. 304.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 301.

²⁴⁷ A previsão expressa do software na lei de direitos autorais se encontra no § 117 do título 17 do *United States Code*, que assim dispõe: “§ 117. *Limitations on exclusive rights: Computer programs.* (a) *Making of Additional Copy or Adaptation by Owner of Copy.*—Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided: (1) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner, or (2) that such new copy or adaptation is for archival purposes only and that all archival copies are destroyed in the event that continued possession of the computer program should cease to be rightful. (b) *Lease, Sale, or Other Transfer of Additional Copy or Adaptation.*—Any exact copies prepared in accordance with the provisions of this section may be leased, sold, or otherwise transferred, along with the copy from which such copies were prepared, only as part of the lease, sale, or other transfer of all rights in the program. Adaptations so prepared may be transferred only with the authorization of the copyright owner. (c) *Machine Maintenance or Repair.*—Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner or lessee of a machine to make or authorize the making of a copy of a computer program if such copy is made solely by virtue of the activation of a machine that lawfully contains an authorized copy of the computer program, for purposes only of maintenance or repair of that machine, if— (1) such new copy is used in no other manner and is destroyed immediately after the maintenance or repair is completed; and (2) with respect to any computer program or part thereof that is not necessary for that

reconhecer a incidência de direitos autorais sobre os programas de computador.²⁴⁸

Esse cenário começou a se alterar em 1981. Naquele ano, a Suprema Corte dos Estados Unidos examinou o caso *Diamond v. Diehr*. Nele, discutia-se a patenteabilidade de um software utilizado na moldagem de borracha sintética bruta em produtos acabados. O software calculava o tempo e a temperatura necessários para alcançar o produto final.²⁴⁹ Alterando totalmente o entendimento manifestado nove anos antes, em *Gottschalk v. Benson*, a Corte concedeu a patente ao software.

Em *Diehr*, a Suprema Corte americana entendeu que o processo se enquadrava nas matérias previstas no § 101 do *Patent Act*. Para sustentar essa tese, a Corte afirmou que não se tratava do patenteamento de mera fórmula matemática, como teria ocorrido em *Gottschalk v. Benson*. Embora o software também contivesse uma fórmula matemática (o algoritmo que orientava a programação do software, calculando o tempo e a temperatura a que a borracha bruta deveria ser submetida durante o processo de cura), a proteção patentária incidiria sobre o processo industrial da cura da borracha. Em outras palavras, como afirma Andrew Nieh, a patente recaía sobre a aplicação da fórmula matemática e não sobre a fórmula em si.²⁵⁰

A partir daí, a jurisprudência norte-americana se firmou no sentido da possibilidade de concessão de patentes a softwares. Dois casos de grande repercussão marcam essa trajetória. O primeiro deles foi o *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc.*, julgado pela Corte de Apelações do Circuito Federal, em 1998. O caso discutia

machine to be activated, such program or part thereof is not accessed or used other than to make such new copy by virtue of the activation of the machine. (d) Definitions.—For purposes of this section— (1) the “maintenance” of a machine is the servicing of the machine in order to make it work in accordance with its original specifications and any changes to those specifications authorized for that machine; and (2) the “repair” of a machine is the restoring of the machine to the state of working in accordance with its original specifications and any changes to those specifications authorized for that machine”. Disponível em: <<http://www.copyright.gov>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

²⁴⁸ STORY, Alan. Intellectual property and computer software: a battle of computing use and access visions for countries of the south. In **Unctad-ICTSD Project on IRPs and Sustainable Development**, Chavanod (França): n. 10, mai., 2004, p. 11.

²⁴⁹ NASER, Mohammad Amin. Computer software: copyrights v. patents. In **Loyola Law and Technology Annual**: n. 38, 2008-2009, p. 39.

²⁵⁰ NIEH, Andrew. Software wars: the patent menace. In **New York Law School Law Review**, Nova York: v. 55, 2010, p. 304.

a patenteabilidade de um sistema de processamento de dados para implementação de uma estrutura de investimentos. Em síntese, a Corte entendeu que a proteção patentária seria viável na medida em que o software constituía uma aplicação prática de uma fórmula matemática, já que produzia um resultado útil, concreto e tangível.²⁵¹

O segundo caso emblemático foi *in re Bilski*, julgado em 2008 pela Corte de Apelações do Circuito Federal, e em 2009 pela Suprema Corte. Abandonando a fórmula “resultado útil, concreto e tangível”, a Corte de Apelações estipulou um novo teste para avaliar a patenteabilidade de um método e de um processo, e, conseqüentemente, de um software. Com base nos precedentes anteriores de *Benson* e *Diehr*, o tribunal, em decisão tomada por maioria, elaborou o teste denominado “máquina ou transformação”. Segundo esse teste, um método ou um processo poderia ser patenteado nos termos do § 101 do *Patent Act*, se: “(1) ele estiver ligado a uma máquina ou aparato específico, ou (2) ele transformar um artigo específico em um estado ou coisa diferente”.²⁵²

In re Bilski tratava de um método para cobertura de riscos em matéria de comércio de commodities. Aplicando a nova fórmula ao caso, a Corte de Apelações entendeu que o método não atendia a nenhum dos dois critérios do teste. Em primeiro lugar, o pedido de patente não teria indicado nenhuma máquina específica. Em segundo lugar, não implicaria em qualquer transformação, limitando-se ao simples processamento de dados (como ocorreu em *Gottschalk v. Benson*). Embora reconhecesse a possibilidade de ocorrer transformação na manipulação de dados, o tribunal afirmou que a mera compilação de informações não seria suficiente para o enquadramento dentre as hipóteses do § 101 do *Patent Act*. Por essas razões, o tribunal negou a concessão da patente ao método indicado

²⁵¹ Essa conclusão foi extraído do seguinte trecho do acórdão: “*Today, we hold that the transformation of data, representing discrete dollar amounts, by a machine through a series of mathematical calculations into a final share price, constitutes a practical application of a mathematical algorithm, formula, or calculation, because it produces ‘a useful, concrete and tangible result’.*” (UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Federal Circuit. *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc.* (149 F.3d 1368). Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu>>. Acesso em: 17 dez. 2012.)

²⁵² Tradução livre do seguinte trecho (no original): “(1) it is tied to a particular machine or apparatus, or (2) it transforms a particular article into a different state or thing” (BROWN, Christopher A. Developments in intellectual property law. In **Indiana Law Review**: v. 43, 2010, p. 839.).

em *Bilski*.²⁵³ A decisão foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No entanto, com a ressalva de que o teste da “máquina ou transformação” não seria o único a determinar se uma invenção poderia ser objeto de patente nos termos do § 101 do *Patent Act*.²⁵⁴

Visto o caso americano, é igualmente relevante examinar a evolução da proteção concedida ao software na União Europeia. Aqui, o ponto de partida mais relevante para a discussão parece ter sido a celebração da Convenção de Munique sobre a Patente Europeia de 1973. O parágrafo 1 do artigo 52 da Convenção ditava os requisitos para a concessão de uma patente, enquanto o parágrafo 2 expressamente excluía de sua incidência, dentre outras matérias, os programas de computador. Além disso, o parágrafo 3 complementava o sentido do anterior, ao estipular que as matérias ali indicadas seriam excluídas na medida em que fossem relacionadas aos temas como tais.²⁵⁵

Inicialmente, isso implicou na negativa de patenteamento do software, levando os signatários europeus a buscar outros meios de proteção. A primeira proposta a nível internacional foi um mecanismo *sui generis*, criado a partir do direito de autor, mas adaptado em diversos aspectos. Teria sido sugerido a partir de modelos de regras elaborados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que, posteriormente, foram sintetizados em um Tratado de 1983.²⁵⁶ No entanto, como os mesmos autores explicam, o tratado não foi adotado e os países europeus adaptaram sua

²⁵³ BROWN, Christopher A. Developments in intellectual property law. In **Indiana Law Review**: v. 43, 2010, p. 841-842.

²⁵⁴ UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Bilski v. Kappos* (561 U. S. ____ (2010)). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>>. Acesso em: 17 dez. 2012

²⁵⁵ Eis o inteiro teor do artigo 52 da Convenção: “*Article 52. Patentable inventions (1) European patents shall be granted for any inventions, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are susceptible of industrial application. (2) The following in particular shall not be regarded as inventions within the meaning of paragraph 1: (a) discoveries, scientific theories and mathematical methods; (b) aesthetic creations; (c) schemes, rules and methods for performing mental acts, playing games or doing business, and programs for computers; (d) presentations of information. (3) Paragraph 2 shall exclude the patentability of the subject-matter or activities referred to therein only to the extent to which a European patent application or European patent relates to such subject-matter or activities as such.*” (UNIÃO EUROPEIA. The European Patent Convention of 5 October 1973. Disponível em: <<http://www.epo.org>>. Acesso em: 18 dez. 2012.)

²⁵⁶ HILTY, Reto M.; GEIGER, Christophe. Towards a new instrument of protection for software in the EU? Learning the lessons from the harmonization failure of software patentability. In **Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series**: n. 11-01, 2011, p. 6.

legislação nacional para incluir o software no âmbito de proteção do direito de autor.²⁵⁷ Essa opção foi consolidada no âmbito regional em 1991 por meio da Diretiva 91/250/CEE.

Com isso, o marco regulatório europeu passou a prever expressamente a incidência da proteção de direito autoral sobre o software e a excluir, de modo igualmente expreso, a possibilidade da concessão de patentes. Ocorre, porém, que, mesmo com a exclusão prevista no artigo 52 da Convenção de Munique, o Escritório de Patentes Europeu (EPE) passou a conceder patentes de software. Para justificar esse entendimento, o EPE se pautou pela expressão “como tal” (*as such*) contida no parágrafo 3 do artigo 52 da Convenção. Para o EPE, somente seria proibida a concessão de patentes a “softwares como tais”, o que não significaria a inviabilidade de fazê-lo em outras situações.²⁵⁸

A linha interpretativa que culminou na concessão de patentes para softwares na Europa foi formada, sobretudo, a partir das decisões proferidas pelo *Board of Appeal* (o órgão recursal do EPE) em seis casos julgados na década de 1980: (i) *CHRISTIAN FRANCERIES/Traffic Regulation*; (ii) *STOCKBURGER/Coded Distinctive Mark*; (iii) *VICOM/Computer-Related Invention*; (iv) *KOCH & STERZEL/X-Ray Apparatus (Opp by Siemens & Phillips)*; (v) *STERNHEIMER/Harmonic Vibrations*; e, (vi) *IBM/Computer-Related Invention*.²⁵⁹

Essas decisões teriam firmado o entendimento de que o artigo 52 da Convenção de Munique traz uma previsão conceitual a respeito das matérias patenteáveis e não patenteáveis. Assim, para que uma das matérias listadas no parágrafo 2 daquele artigo não se enquadrasse na categoria “como tal”, deveria preencher um requisito: possuir caráter técnico. A definição do que seria esse caráter técnico, por outro lado, não era clara,

²⁵⁷ HILTY, Reto M.; GEIGER, Christophe. Towards a new instrument of protection for software in the EU? Learning the lessons from the harmonization failure of software patentability. In **Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series**: n. 11-01, 2011, p. 7.

²⁵⁸ CF. BRAY, Robert. The European Union “software patents” directive: what is it? Why is it? Where are we now? In **Duke Law & Technology Review**: n. 11, 2005, p. 7.

²⁵⁹ PILA, Justine, Dispute over the meaning of ‘invention’ in article 52(2) EPC: the patentability of computer-implemented inventions in Europe. In **International Review of Industrial Property & Copyright Law**: v. 36, 2005, p. 3-4.

havendo divergências entre aquelas seis decisões.²⁶⁰

Foi na década de 1990 que o problema tomou contornos um pouco mais precisos, quando duas teorias disputavam a hegemonia. A primeira delas, conhecida como a “abordagem do conteúdo completo” (ou *whole content approach*), “exige apenas que uma categoria, quando considerada como um todo, use meios técnicos para resolver um problema técnico ou produzir um efeito técnico”.²⁶¹ A segunda teoria, conhecida como “abordagem da contribuição”, exige que se alcance um resultado não convencional por meio daquela categoria, para que não seja excluída da proteção patentária.²⁶²

Seja como for, a definição do requisito “caráter técnico” ainda representa uma situação de incerteza jurídica e confusão. Como notam os observadores do sistema jurídico europeu “a impressão que fica é que o Judiciário [e, nesse sentido, também o próprio EPE] está lidando com o requisito do caráter técnico de forma arbitrária”.²⁶³ Apenas uma coisa é certa: a prática do EPE admite o patenteamento de softwares. De se ressaltar, no entanto, que provocado a se manifestar, o Parlamento Europeu se posicionou de maneira diametralmente diversa, quando, em 2005, rejeitou uma proposta de Diretiva que buscava regulamentar e autorizar a concessão de patentes para software no âmbito da União Europeia.²⁶⁴

As experiências norte-americana e europeia acima reproduzidas demonstram que ainda não há uma forma de proteção que se adéque perfeitamente ao software. Suas peculiaridades ora o aproximam dos direitos autorais, ora das patentes. Porém, mais do que

²⁶⁰ PILA, Justine, Dispute over the meaning of ‘invention’ in article 52(2) EPC: the patentability of computer-implemented inventions in Europe. In **International Review of Industrial Property & Copyright Law**: v. 36, 2005, p. 4.

²⁶¹ Tradução livre do seguinte trecho (no original): “requires only that a subject matter, when considered as a whole, use technical means to solve a technical problem or produce a technical effect”. (Ibidem, p. 5-6.).

²⁶² Ibidem, p. 6.

²⁶³ Tradução livre do seguinte trecho (no original): “The impression that remains is that the judiciary is dealing with the requirement of technical character in an arbitrary fashion” (HILTY, Reto M.; GEIGER, Christophe. Towards a new instrument of protection for software in the EU? Learning the lessons from the harmonization failure of software patentability. In **Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series**: n. 11-01, 2011, p. 13).

²⁶⁴ Cf. LEIFELD, Philip; HAUNSS, Sebastian. Political discourse networks and the conflict over software patents in Europe. In **European Journal of Political Research**: v. 51, 2012.

isso, essas discussões apontam para a dificuldade de se adaptar, ao software, os requisitos de patenteabilidade. Para que se conceda uma patente é necessário que se preencha os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, o que pode ser particularmente complicado no caso de um software, sobretudo quando se constata que as matérias primas para a produção do software são fórmulas matemáticas e linhas de código em linguagem de programação. O que os testes do “resultado útil, concreto e tangível” de *State Street Bank*, da “máquina ou transformação” de *Bilski* e as abordagens do “conteúdo concreto” e da “contribuição” têm em comum é justamente a intenção de identificar algo de novo, diferente, único, algo que justifique a concessão de uma patente a um software.

3.2.2 O patenteamento do software no Brasil

A situação do software no Brasil vem se tornando cada vez mais parecida com a da União Europeia. A norma de regência é a Lei n. 9.609/1998,²⁶⁵ que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no país. Essa lei determina, com algumas adaptações, a aplicação das normas de direito de autor que incidem sobre as obras literárias. Além disso, a Lei n. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial)²⁶⁶ expressamente exclui a possibilidade de concessão de patentes a programas de computador, nos termos do inciso V de seu artigo 10.

No entanto, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), que exerce as funções de escritório de patentes no Brasil, manifestou entendimento no sentido de que o software pode ser patenteado. Para chegar a essa conclusão, o INPI fez interpretação similar à do EPE, pautando-se na expressão “programas de computador em si”, que consta na exclusão prevista no artigo 10, inciso V, da Lei de Propriedade Industrial. Por essa razão, chegou, inclusive, a elaborar um manual em que descreve os “Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de

²⁶⁵ BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 20 fev. 1998. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2011.

²⁶⁶ BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 15 mai. 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2011.

computador”.²⁶⁷

Nesse manual, o INPI explica sua posição. Em primeiro lugar, busca definir um conceito de invenção. Fazendo referência ao Ato Normativo n. 127/1997, o INPI afirma que, para que algo possa ser considerado uma invenção, além de não estar incluído no rol do artigo 10, deve: (i) estar inserido em um setor técnico; (ii) resolver um problema técnico; e, (iii) possuir efeito técnico. Em suma, conclui, “é necessário que o pedido evidencie o caráter técnico do problema a ser resolvido, da solução proposta e dos efeitos alcançados”.²⁶⁸

Em seguida, o INPI passa a tratar especificamente do software. Afirma que o “programa de computador em si” não é patenteável, mas que uma solução técnica obtida por meio de um desses programas pode ser patenteada. Por isso, distingue cada uma das situações. O programa de computador em si seria protegido por meio das normas de direito de autor e se referiria “aos elementos literais da criação, tal como o código fonte, entendido como conjunto organizado de instruções escrito em uma determinada linguagem computacional”.²⁶⁹

Para definir o que viria a ser uma solução técnica, o INPI enfatiza a necessidade de obtenção de efeitos técnicos. Esses efeitos seriam “alcançados ao longo de todas as etapas desenvolvidas pela invenção implementada por programa de computador”.²⁷⁰ A fim de se fazer entender, o instituto menciona alguns dos efeitos técnicos que poderiam ser alcançados, dentre os quais estariam: “otimização (dos tempos de execução, de recursos do hardware, do uso da memória, do acesso a uma base de dados), aperfeiçoamento da interface com o usuário (não meramente estética), gerenciamento de arquivos, transmissão

²⁶⁷ INPI. Procedimentos de exame (INPI/DIRPA/CGPAT III/2011). Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 3.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 4.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 5.

de dados”.²⁷¹

Após essas considerações introdutórias, o enfoque do manual é direcionado à consolidação do entendimento de que o software é patenteável. Analisando a exposição feita no manual, o que se percebe é que esse esforço é realizado a partir da enumeração de diversos exemplos. Por não se tratar do foco deste trabalho, esses exemplos não serão analisados em detalhes. Limita-se a mencionar que, observadas exigências que não ficam muito claras (já que construídas a partir de exemplos concretos), o INPI prevê a possibilidade do patenteamento de: (i) métodos matemáticos; (ii) métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio ou de fiscalização; (iii) métodos terapêuticos ou de diagnóstico para aplicação no corpo humano ou animal; e, (iv) apresentação de informações.

O manual do INPI foi submetido à consulta pública, no dia 14 de março de 2012, e sofreu críticas contundentes. Dentre elas, destaca-se estudo elaborado pelo Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo (CCSL/USP) em conjunto com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (CTS-FGV). No documento, os autores defendem a ilegalidade da proposta do INPI, sob o argumento de que o direito brasileiro não permite o patenteamento de programas de computador. Ressaltam que o regime jurídico aplicado aos softwares é o de direito de autor e sustentam uma interpretação restritiva da expressão “programa de computador em si” contida no artigo 10 da Lei de Propriedade Industrial.²⁷²

Entende-se que a razão esteja com os acadêmicos do CCSL/USP e do CTS-FGV. Diz o artigo 10, inciso V, da Lei n. 9.279/1996, que “não se considera invenção nem

²⁷¹ INPI. Procedimentos de exame (INPI/DIRPA/CGPAT III/2011), p. 5. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

²⁷² GRAU, Eros Roberto (et alli). Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo CCSL/USP em conjunto com Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - CTS-FGV acerca do documento: “Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador” submetido à Consulta Pública pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior- INPI/MDIC. Disponível em: <<http://softwarelivre.org>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

modelo de utilidade: programas de computador em si”. A controvérsia acima apontada reside precisamente quanto à interpretação da expressão “em si”. Há duas formas complementares de se analisar o termo. Em primeiro lugar, o software em si não constitui uma invenção nem um modelo de utilidade (e, portanto, não está sujeito ao patenteamento), porque a proteção a ele aplicável é a de direito de autor. Em segundo lugar, não se pode conceder uma patente a um software em si, mas é possível patentear uma invenção que tenha um software entre os seus componentes. Nesse último caso, não se concede a patente ao software, mas à invenção como um todo. Por isso, com destaca Hilty e Geiger, “não seria proibido usar o mesmo software para outro propósito em um outro processo”.²⁷³

Diferentemente do que ocorre no sistema jurídico dos Estados Unidos, cujo direito se desenvolve por produção judicial, o sistema brasileiro floresce precipuamente por meio da produção legislativa. Não é diferente com o direito de propriedade intelectual. A proteção patentária ou autoral é criada por lei e igualmente limitada por ela. Não podem os nossos tribunais simplesmente passar por cima das exclusões contidas na Lei de Propriedade Industrial, muito menos o podem órgãos ou entidades administrativas do Poder Público. Mais uma vez é necessário reforçar a autoridade da lei e sua dignidade.

Em que pese a iniciativa do INPI em submeter o manual à consulta pública, o fato é que não se trata da maneira adequada de discutir o assunto. O que deve ser discutido não é a forma de examinar o pedido de patente de softwares, mas se sequer essa patente é desejável. Ao editar a Lei de Propriedade Industrial a resposta fornecida pelo legislador brasileiro foi negativa. Cabe a ele próprio rever essa posição ou mantê-la. O foro competente para abrigar essa discussão não é uma entidade burocrática da Administração Pública, mas o Poder Legislativo. Assim como o fez o Parlamento Europeu diante da

²⁷³ Tradução livre do seguinte trecho (no original): “*It is [...] not forbidden to use the same software for another goal in another process*” (HILTY, Reto M.; GEIGER, Christophe. Towards a new instrument of protection for software in the EU? Learning the lessons from the harmonization failure of software patentability. In **Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series**: n. 11-01, 2011, p. 11).

prática do EPE, cabe ao Congresso Nacional reagir à iniciativa do INPI.

3.2.3 A Lei n. 9.609/1998 e os termos do software livre

Como apontado acima, a norma que regulamenta a proteção jurídica concedida aos programas de computador no Brasil é a Lei n. 9.609/1998. Nesta seção, cuida-se de examinar seus principais dispositivos (à exceção das normas de caráter penal). Faz isso sem a pretensão de esgotar qualquer tipo de discussão que possam suscitar. O propósito é inteiramente distinto. Pretende-se apenas apresentar informações básicas que sirvam de alicerce para um melhor entendimento acerca dos licenciamentos de software livre.

Por não existir legislação que trate especificamente da proteção conferida ao software livre como espécie, é cabível o mesmo tratamento jurídico dispensado ao software enquanto gênero. Assim, aplica-se ao software livre todas as disposições contidas na Lei n. 9.609/1998. No entanto, algumas regras específicas são adotadas no seu caso, regras essas que não provêm diretamente da lei, mas dos termos de contratos de licenciamento. Nos comentários que se seguem, será apontado onde se observam essas diferenças.

Antes de qualquer coisa, é fundamental observar o conceito de software fornecido pela lei. Diz seu artigo 1º que “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”. Essa definição chama a atenção para o fato de que o suporte físico que contém o software com ele não se confunde. Ademais disso, o conceito se aproxima da noção apresentada no início deste capítulo, razão pelo qual não há nada de especialmente relevante a acrescentar.

Passando ao artigo 2º da lei, vê-se a opção feita pelo legislador brasileiro. Isso porque o dispositivo estabelece que o regime de proteção do software é o mesmo conferido

às obras literárias (direito de autor, portanto). Com ela, aplica-se, subsidiariamente, a Lei n. 9.610/1998 (LDA), que consolida a legislação sobre direitos autorais. É de se destacar que a Lei do Software é sucinta, estabelecendo somente regras especiais, destinadas a conformar as normas sobre obras literárias às peculiaridades dos programas de computador.

Considerando que o regime de proteção do software é o mesmo das obras literárias, deveriam ser aplicáveis as disposições relacionadas tanto aos direitos morais quanto aos direitos patrimoniais sobre os programas de computador. Como afirmam Pedro Paranaguá e Sérgio Branco, os direitos morais “seriam uma emanção da personalidade do autor e que estão intimamente ligados à relação do autor com a elaboração, a divulgação e a titulação de sua obra”.²⁷⁴ Por outro lado, os direitos patrimoniais consistiriam “basicamente na exploração econômica das obras protegidas”.²⁷⁵

A LDA elenca como direitos morais do autor: (i) “o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra”; (ii) “o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra”; (iii) “o de conservar a obra inédita”; (iv) “o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”; (v) “o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada”; (vi) “o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem”; e, (vii) “o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória”.

No entanto, a Lei n. 9.609/1998 exclui a incidência dos direitos morais. Para ser mais preciso, a Lei do Software exclui os direitos morais previstos na lei de direitos

²⁷⁴ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 47.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 47.

autorais. Ressalva, porém, a incidência de dois outros direitos morais (correspondentes àqueles previstos na LDA). São eles: o direito do autor de reivindicar a paternidade do software (ou seja, reivindicar a autoria da obra) e o direito do autor de se opor a alterações não-autorizadas (ou seja, o direito de assegurar a integridade da obra).

Como os direitos da personalidade são indisponíveis, um contrato de software livre não pode simplesmente prever a inaplicabilidade desses direitos. Assim, mesmo no caso de um software livre, o autor do programa terá o direito de reivindicar sua autoria, ainda que, por ventura, haja previsão contratual expressa em sentido contrário. O mesmo, porém, não ocorre em relação ao segundo direito moral.

Como um dos requisitos para que um software seja considerado livre é justamente a possibilidade de alteração do programa por parte de seu usuário, não seria possível a existência de um software livre pelo ordenamento jurídico brasileiro caso esse direito moral não pudesse ser contornado. De toda forma, a garantia dessa liberdade não depende da violação da lei. O que ocorre é que, nos contratos de licenciamento de uso de software livre, há prévia e expressa autorização para quaisquer alterações no programa, com efeitos *erga omnes*.

No que diz respeito aos direitos patrimoniais não há grandes diferenças entre a LDA e a Lei do Software. Isso decorre do fato de que a extensão desses direitos é a mais ampla possível. O artigo 28 da LDA estabelece que o autor possui os direitos exclusivos de utilizar, fruir e dispor de sua obra. O artigo 29, por sua vez, traz uma lista meramente exemplificativa de modalidades de utilização da obra, dentre as quais constam: reprodução, edição, adaptação, tradução, distribuição, armazenamento e “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas” (inciso X). Mesmo não sendo necessário, a Lei do Software acrescenta outra modalidade àquele rol: o “direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa” (artigo 2º, § 5º).

Cada uma dessas modalidades de utilização é independente em relação às demais, podendo constituir objeto de contratos distintos. A Lei do Software faz referência expressa (ainda que de maneira superficial) a dois tipos de contratos. Em seu artigo 9º, a lei estabelece que o uso do software será objeto de contrato de licença. No artigo 10, a lei trata de atos e contratos de licença de direitos de comercialização, tratando, dentre outros aspectos, da responsabilidade pelo pagamento de tributos e da remessa de valores ao exterior.²⁷⁶

O uso de um programa de computador é, portanto, objeto de um contrato de licença. No caso de um software proprietário, é celebrado um contrato de licença para regulamentar tão somente o uso do programa. O mesmo, porém, não ocorre com o software livre. Os contratos de licença de software livre preveem, além do uso, a possibilidade de adaptação, redistribuição, modificação, aperfeiçoamento e distribuição de obras derivadas.

O prazo de proteção conferido pela LDA e pela Lei do Software é diferenciado. Evidentemente, a proteção a que me refiro nesse caso é aquela concernente aos direitos patrimoniais, uma vez que, sendo espécie de direito da personalidade, os direitos morais não estão sujeitos à prescrição. Para as obras literárias o prazo de proteção é de setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor. Assim, além de todo o período em que o autor está vivo, a proteção dos direitos patrimoniais sobre a obra perdura por mais setenta anos após sua morte.

Para o software, o prazo de proteção é de cinquenta anos. Nesse caso, não do falecimento do autor, mas da publicação do programa. Ainda que, dessa maneira, seja consideravelmente menor do que o previsto para obras literárias, o prazo de proteção do software parece excessivo. A rapidez com que evolui o desenvolvimento de programas de computador não indica utilidade na proteção por tanto tempo. Basta pensar que, aplicado o

²⁷⁶ Há, ainda, uma terceira referência a contratos na Lei do Software. Em seu artigo 11, a lei determina que se faça no INPI o registro dos contratos em haja transferência de tecnologia.

prazo retroativamente, os softwares publicados até o ano de 1963 ainda estariam protegidos pelo manto da propriedade intelectual, o que não parece adequado.

Por outro lado, da mesma forma como ocorre com as obras literárias, a proteção independe de registro. Isso quer dizer que o autor (seja de uma obra literária, seja de um software) é assim considerado a partir do momento da criação da obra. Mesmo assim, o registro é possível, sendo, contudo, facultativo. Caso seja do interesse do autor, ele deverá efetuar o registro da obra na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, conforme sua natureza, nos termos do artigo 17 da Lei n. 5.988/1973.

No caso de um software, o registro deverá ser feito no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), nos termos do Decreto n. 2.556/1998. Contudo, é importante ressaltar que nem todo registro de software é facultativo. Segundo o artigo 11 da Lei n. 9.609/1998, nos casos de transferência de tecnologia de software, o registro no INPI é condição obrigatória para a produção de efeitos em relação a terceiros.

Seguindo a mesma sistemática prevista na LDA, a Lei do Software enumera algumas hipóteses que não configuram ofensa aos direitos do titular do programa de computador. Essas hipóteses constituem o chamado rol de limitações aos direitos autorais. Segundo o artigo 6º da Lei n. 9.609/1998, não constitui ofensa ao titular dos direitos autorais sobre o software as seguintes condutas: (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”; (ii) “a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos”; (iii) “a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão”; e, por fim, (iv) “a integração de um programa, mantendo-se suas

características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu”.

Uma particularidade da lei do software diz respeito à garantia. De acordo com o artigo 8º da lei, aquele que comercializa o produto fica obrigado a assegurar aos respectivos usuários, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa. Essa é uma das principais diferenças entre a regulamentação do software proprietário e aquela atinente ao software livre. Enquanto para o software proprietário o dever de prestar a garantia obedece estritamente aos critérios do artigo 8º, no caso do software livre essa garantia é mitigada.

Como, normalmente, um software livre pode ser disponibilizado sem qualquer custo, não se estabelece uma relação de consumo e, portanto, não há como se exigir do desenvolvedor do programa que preste quaisquer serviços técnicos complementares. Surge, assim, uma das principais formas de utilização comercial dos softwares livres. Algum interessado poderá celebrar um contrato de licença de software livre e cobrar uma taxa ou um valor determinado para prestar os serviços de assistência técnica e/ou garantia relacionados ao programa.

3.3 Uma leitura sobre a ADI n. 3.059/RS

Com base no que foi dito até aqui, volta-se a examinar os argumentos da ADI n. 3.059/RS. Parte-se da premissa de que a diferença entre software livre e proprietário reside apenas e tão-somente nos termos do contrato de licenciamento de uso. Como afirmado no tópico 3.1 deste capítulo, entende-se que um software é livre quando o criador do programa permite que o usuário, tendo acesso ao código-fonte, possa executar o programa para qualquer propósito, estudá-lo, adaptá-lo, redistribuí-lo, modificá-lo, aperfeiçoá-lo e difundir as alterações que fizer. É, por outro lado, proprietário, quando o contrato de

licenciamento de uso do software não prevê essas liberdades.

Segue-se, então, pela análise das teses discutidas na ADI n. 3.059/RS. Recapitulando-as, lembra-se que são quatro: (i) vício de iniciativa na elaboração da lei, que, com base nos artigos 2º e 61 da Constituição, deveria ter sido proposta pelo Chefe do Poder Executivo local, ou seja, pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul; (ii) violação do princípio da impessoalidade, porque a Lei n. 11.871/2002 teria estabelecido preferência entre concorrentes; (iii) violação dos princípios da eficiência e da economicidade, já que a preferência estipulada pela norma não levaria em conta as peculiaridades do caso concreto; e, (iv) violação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição, por tratar de matéria que versa sobre normas gerais de licitação e contratação, cuja competência é da União.

Começa-se pelo vício de iniciativa. A prevalecer o entendimento de que se aplica ao caso o disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, da Constituição, não há outro caminho a não ser a declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 11.871/2002. Em razão do princípio da simetria, a regra que prevê como sendo de competência exclusiva do Presidente da República (Chefe do Poder Executivo federal) a iniciativa de lei que verse sobre organização administrativa e matéria orçamentária deve ser igualmente aplicada aos Estados e aos Municípios. Dessa forma, a lei estadual ou municipal que tratar dos mesmos assuntos deve partir do Chefe do Poder Executivo local.

Nem se fale da convalidação desse ato pela posterior sanção da norma pelo Poder Executivo. Essa tese já foi adotada pelo STF, que, inclusive, chegou a sumulá-la. Previa o Enunciado n. 5 da Súmula da Jurisprudência da Corte que “a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”. Corretamente, porém, esse entendimento foi superado, até porque correspondia à exegese da Constituição de 1946.²⁷⁷

Não poderia ser diferente. Com a Constituição de 1988, passou-se a prever

²⁷⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC-ADI n. 1.381/AL**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

expressamente a reserva de iniciativa mencionada, o que não existia outrora. Sendo assim, desobedecer a esse comando é violar norma constitucional que organiza o procedimento de elaboração legislativa. Se, como defendido no primeiro capítulo, deve-se respeitar a lei enquanto método legítimo de decisão, deve-se igualmente respeitar as regras que orientam a maneira por meio da qual essas leis são produzidas. Daí porque se fala em vícios de inconstitucionalidade formal. Uma lei que é criada em dissonância com o rito estabelecido pela Constituição não pode sobreviver no ordenamento jurídico.

Tudo isso seria muito pertinente, não fosse pelo fato de que o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “b”, da Constituição não se estende ao presente caso. Para chegar a essa conclusão, basta que se examine o teor desse dispositivo: “São de iniciativa do Presidente da República as leis que [...] disponham sobre [...] organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios”.

Vê-se que a iniciativa exclusiva do Presidente da República se direciona aos Territórios Federais.²⁷⁸ Cabe a ele e somente a ele deflagrar projetos de lei que tenham por fim organizar as atividades dos Territórios. A Lei n. 11.871/2002 se aplica ao Estado do Rio Grande do Sul, razão pela qual não viola a norma constitucional acima transcrita. Isso sem falar que o conteúdo veiculado pela lei estadual não trata de nenhuma das matérias apontadas naquele artigo constitucional. Ao contrário, versa sobre normas de licitação.

Ainda é pertinente ressaltar uma particularidade acerca das leis e projetos de lei que tratam sobre software livre no Brasil. Além da Lei n. 11.871/2002, da Lei n. 14.009/2012, ambas do Rio Grande do Sul, e do Projeto de Lei n. 2.269/1999, que tramita no Congresso Nacional, partiram de iniciativa de parlamentares: a Lei n. 15.425/2005, que dispõe sobre a utilização de software livre de restrições proprietárias para a Administração Pública do Estado de Goiás; a Lei n. 2.649/2003, que dispõe sobre a aquisição de softwares livres de

²⁷⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC-ADI n. 2.599-6/MT; Ag. Reg. no RE n. 492.816/SP**. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

restrições proprietárias para os órgãos da Administração Pública Estadual de Mato Grosso do Sul; a Lei n. 16.639/2001, que dispõe sobre a utilização de programas e sistemas de computador abertos pela Prefeitura da Cidade do Recife; e, o Projeto de Lei n. 169/2009, que dispõe sobre a utilização de software livre em computadores utilizados em estabelecimentos públicos, no âmbito da Prefeitura da Cidade de Guarulhos.

Evidentemente, este não é um argumento jurídico consistente, se é que possa mesmo ser chamado de um argumento. Na verdade, não se passa de um dado empírico que aponta para uma conduta legislativa reiterada. De toda forma, também não deixa ser um indicativo de que a prática legislativa nacional não tem considerado cabível a regra da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Passando à tese da violação do princípio da impessoalidade, é de se dizer que não deve prosperar. Corolário do princípio da igualdade, o princípio da impessoalidade busca garantir que a Administração Pública não beneficie uma pessoa ou um grupo de pessoas, concedendo a eles tratamento diferenciado daquele fornecido aos demais, em razão de suas características próprias. Ocorre que essa regra não foi violada com a edição da Lei n. 11.871/2002. É certo que um dos possíveis objetivos daquele princípio é justamente evitar favoritismos e preferências. No entanto, em que pese a escolha do software livre ser apontada como uma preferência a ser perseguida pelo Estado, não se trata de preferência por uma pessoa.

Como se pretendeu demonstrar ao longo deste trabalho, o elemento que dá a um software a característica desejada pela lei gaúcha é uma forma específica de licenciamento. A preferência pelo licenciamento livre não faz distinção entre pessoas, entre concorrentes. Pelo contrário, qualquer um que tenha interesse em disponibilizar os softwares que produz por meio de um licenciamento que seja livre poderá fazê-lo. Para isso, basta que faça incluir em seus contratos de licenciamento de uso cláusulas que deem aos usuários acesso ao código-fonte do programa e permitam com que eles possam executá-lo, estudá-lo, adaptá-lo, redistribuí-lo, modificá-lo, aperfeiçoá-lo e difundir as alterações que fizerem.

É claro que alguns fornecedores poderão não ter interesse em conceder as liberdades que o licenciamento livre exige (e, obviamente, não poderão ser obrigados a isso, sob pena de violação de seus direitos autorais). Mas isso não tem absolutamente nada a ver com uma discriminação em razão de suas características pessoais. Em última instância, o contrato de licenciamento (livre ou proprietário) reflete um modelo de negócio. No caso do software livre, o modelo de negócio está direcionado à prestação de serviços. Está-se diante de uma forma de contratação em que, ao contrário do que ocorre no software proprietário, o foco não está no software enquanto produto, mas no software enquanto serviço.²⁷⁹ Assim, cabe ao fornecedor optar ou não por adotar esse modelo dentre as suas práticas.

Analisados os aspectos que se julga pertinentes sobre a tese sobre a violação do princípio da impessoalidade, segue-se para a próxima. No que diz respeito à suposta violação dos princípios da eficiência e da economicidade, assim como a anterior, não merece prevalecer. A tese parte da premissa de que, por ser abstrata, a lei faz uma previsão que não leva em consideração as peculiaridades do caso concreto e, por isso, a prévia opção pelo software livre não seria eficiente. No entanto, mesmo uma análise perfunctória da Lei n. 11.871/2002 leva a uma conclusão diferente.

A lei gaúcha determina a preferência pelo licenciamento livre nas contratações realizadas pela Administração Pública local. O termo preferência já revela um primeiro aspecto a respeito dessa regra: ela não é absoluta. Preferência não se confunde com prevalência. Uma preferência só faz sentido se realizada em uma situação em que as opções são similares ou equivalentes. Assim, a preferência por um produto ou serviço somente poderia ser exercida nos casos em que se trate de produtos e serviços que atendam aos mesmos requisitos de maneira satisfatória, colocando o agente responsável pela sua

²⁷⁹ Essa maneira de lidar com o software não se limita ao licenciamento livre. Na verdade, a tendência do mercado de tecnologia da informação parece se direcionar para os serviços. Nesse sentido, proliferam-se as licenças SaaS, sigla que significa “Software as a Service” ou, em português, “Software como um Serviço”. A “navegação na nuvem” (*cloud computing*) normalmente é regulada por esse tipo de contrato. Ao invés do usuário adquirir uma licença de uso para instalar o programa em seu computador, ele utiliza o software de uma maneira diferente, a partir de um servidor externo.

avaliação na condição de se ver obrigado a efetuar uma escolha entre eles.

Entretanto, essa forma de encarar a preferência deve ser adequada às peculiaridades do software livre. Não é possível entender essa preferência como um critério de desempate, muito menos utilizá-la como uma espécie de margem de preferência, como ocorre em outras situações. Não é possível dar preferência ao software livre depois de deflagrado um procedimento licitatório. Isso porque software livre e software proprietário não são produtos ou serviços diferentes, cujas características próprias possam ser relevantes para fins de diferenciação e predileção.

Trata-se apenas de contratos diferentes, como visto e enfatizado inúmeras vezes neste trabalho. Portanto, a escolha pelo software livre, ou melhor, pelo licenciamento livre deve ser feita previamente ao procedimento licitatório. Ainda na etapa de planejamento da contratação (momento que precede a elaboração do edital de licitação), a Administração Pública deve avaliar que tipo de licenciamento, dentre as diversas opções conhecidas, melhor atende ao interesse público. Feita essa escolha, dar-se-á início à licitação, já se sabendo de antemão qual o tipo de licenciamento a ser adotado.

Não fosse isso suficiente para refutar a tese da violação dos princípios da eficiência e economicidade, lembre-se que a norma ressalva a possibilidade de contratação de softwares por meio de licenciamento proprietário. Diz o artigo 3º da Lei n. 11.871/2002 que softwares proprietários podem ser utilizados em dois casos: (i) “quando o software analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando melhor investimento para o setor público”; e, (ii) “quando a utilização de programa livre e/ou com código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração”. Portanto, embora previamente estipulada por norma abstrata, é somente no caso concreto que a preferência pelo software livre se realizará, o que, acredito, atende de maneira adequada os postulados dos princípios da eficiência e da economicidade.

Resta, por fim, examinar a suposta violação do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição. A tese desenvolvida sugere que a Lei n. 11.871/2002 seria inconstitucional por versar sobre normas gerais de licitação e contratação pública, tema que seria reservado à União, cabendo aos Estados tão somente elaborar normas de caráter especial. Portanto, a questão a esclarecer é se a preferência pelo software livre constitui uma norma geral ou, ao contrário, uma norma especial em matéria de licitação.

Ao analisar a tese à época do julgamento da medida cautelar, o relator da ADI n. 3.059/RS havia encarado a preferência como norma geral, uma vez que a considerava exceção ao procedimento licitatório regular. É que o ministro Carlos Ayres Britto considerava que a preferência pelo software livre violava o princípio da igualdade, tratando os concorrentes de maneira desigual em uma licitação. Embora admitisse que tal tratamento diferenciado fosse possível, ele considerava que somente poderia ser feito de maneira federativamente uniforme, ou seja, somente se permitiria a exceção ao princípio da igualdade se ela emanasse da própria União e se direcionasse da mesma forma a todos os entes federativos.

A ideia do relator é de que a preferência afeta as bases sobre as quais os procedimentos licitatórios são conduzidos. Um ente federativo não poderia isoladamente estabelecer essa preferência, sem que isso implicasse na desvirtuação do sistema. Por isso, somente uma norma geral, que tivesse aplicação uniforme em todo o território nacional, poderia interferir no alterar a esquema original, uma vez que em última instância garantiria um equilíbrio geral na condução dos procedimentos licitatórios.

Essa ideia parte de uma premissa equivocada. Como defendido acima, a preferência pelo software livre não viola o princípio da igualdade, de modo que o argumento então elaborado pelo relator não tem sustentação. Mas isso não significa que seja de todo errada. Embora não se aplique ao software livre, a situação descrita pelo relator ocorre no caso de uma outra preferência: aquela concedida às microempresas e empresas de pequeno porte. O regime previsto pela Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, estabelece

tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, em dissonância com o princípio da igualdade. No entanto, essa distinção é tida por legítima por decorrer de expressa previsão constitucional. Assim, a preferência por esses tipos de sociedades empresárias funcionaria como exceção ao princípio da igualdade, cuja aplicação nos procedimentos licitatórios é federativamente uniforme.

A preferência pelo software livre pode ser encarada de uma maneira mais simples. É possível chegar à definição do que vem a ser especial pela negação do que é geral. Essa preferência não interfere no procedimento licitatório em si. Não estabelece distinção entre concorrentes, não dispõe acerca de ritos, prazos ou requisitos diferenciados daqueles dispostos pela Lei n. 8.666/1993. Enfim, não altera nem inova em nenhum aspecto a forma ou o modo como uma licitação deva ser conduzida, atributos que, segundo entendo, conferir-lhe-iam caráter de norma geral. O que a Lei n. 11.871/2002 faz é veicular uma política pública, que, ao privilegiar um tipo de contrato que confere ao Estado prerrogativas específicas (que outras formas de licenciamento não permitem), atende aos anseios e às peculiaridades de um círculo social definido, limitado ao âmbito de atuação do Estado do Rio Grande do Sul.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vista a preferência pelo software livre como uma política pública, feita a exposição das teses defendidas na ADI n. 3.059/RS e apresentados os aspectos que demonstram a afinidade do tema com a propriedade intelectual, acredita-se que a presente pesquisa tenha cumprido seu objetivo. Como explicitado na introdução, este trabalho foi desenvolvido a partir de três problemas centrais, sintetizados em três questionamentos que, pela pertinência, volto a transcrever: (i) quais os limites da apreciação judicial de uma política pública? (ii) em que consiste a diferença entre software livre e proprietário? e, (iii) como o resultado da ADI n. 3.059/RS pode afetar a preferência (política) pelo software livre? Entende-se ser possível afirmar que as hipóteses provisórias formuladas ainda antes da realização da pesquisa foram, ao final, confirmadas.

No que diz respeito ao primeiro problema, sustentou-se que a análise judicial da preferência pelo software livre deveria se ater aos aspectos de validade e invalidade da Lei n. 11.871/2002. A percepção da preferência como uma política pública e sua conjugação com as ideias de Zagrebelsky e Waldron contribuíram para corroborar esse entendimento. Embora possa parecer óbvio, é fundamental lembrar e ressaltar que, da mesma forma como a Constituição deve ser respeitada, deve-se igualmente respeitar a autoridade e a legitimidade da lei. Como indicado anteriormente, a decisão que levou à concretização da política pública de preferência pelo software livre foi tomada por meio de discussão travada pelos diversos grupos que compõem a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Não cabe ao Poder Judiciário interferir nessa escolha, sobrepondo-se ao Poder Legislativo local.

Ao Judiciário cumpre investigar se a edição da lei observou os critérios formais e materiais aplicáveis. Além disso, seu papel é garantir que direitos não tenham sido violados

e que o procedimento que leva àquela escolha política tenha sido devidamente observado. Portanto (e já levando a questão especificamente ao órgão responsável pela análise do caso ora em apreço) não cabe ao STF dizer se a preferência pelo software livre é boa ou ruim. Em outras palavras, não lhe cabe fazer considerações de ordem substantiva em relação à escolha que culminou na elaboração dessa política pública. Não lhe cabe, em última instância, impor um projeto de vida comum.

Em relação ao segundo problema, ficou demonstrado ao longo do trabalho que a diferença entre software livre e proprietário está relacionada à gestão dos direitos de propriedade intelectual, notadamente no que tange sua regulamentação contratual. A diferença entre livre e proprietário se limita apenas às possibilidades de uso do software, conforme determinado em seu contrato de licenciamento. Em síntese, um software será livre quando o criador do programa permitir que o usuário, tendo acesso ao código-fonte, possa executar o programa para qualquer propósito, estudá-lo, adaptá-lo, redistribuí-lo, modificá-lo, aperfeiçoá-lo e difundir as alterações que fizer. Será, por outro lado, proprietário, quando o criador do programa não previr essas liberdades, reservando-as para si e para o seu próprio benefício, da forma como as normas de direito de propriedade intelectual lhe permitem fazer.

Antes de abordar diretamente o terceiro problema, registra-se a posição pessoal deste autor em relação às teses discutidas na ADI n. 3.059/RS, que de outra forma já está expressa nos comentários feitos no último capítulo deste trabalho. Apoiado nas observações ali feitas, acredita-se que a Lei n. 11.871/2002 seja de fato constitucional e, portanto, que o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado pelo DEM deva ser julgado totalmente improcedente. Mas é difícil fazer previsões quanto ao efetivo julgamento do caso. Seja como for, arrisca-se fazer um palpite (minimamente orientado). Acredita-se que haja pelo menos dois fatores objetivos que concorram para que a lei seja ao final considerada constitucional pelo STF.

Em primeiro lugar, está a indicação favorável do relator, Ministro Carlos Ayres

Britto, que da mesma forma contundente com que concedeu a medida cautelar, voltou atrás quando da análise de mérito da ADI n. 3.059/RS e votou pela improcedência do pedido formulado pelo DEM. O teor de seu voto mostra que a mudança de orientação tem a ver com os subsídios fornecidos pelos demais partícipes da causa que, após o julgamento da cautelar, trouxeram elementos relevantes para o seu exame, alguns dos quais também adotei. Em segundo lugar, não é irrelevante mencionar as inúmeras iniciativas voltadas à promoção do uso de softwares livres que vem sendo adotadas em todo o país, a indicar que não se trata de uma opção isolada, mas uma tendência que não se mostra passageira.

É claro que esse segundo elemento não tem conteúdo jurídico e não deve pautar os argumentos dos ministros. De qualquer forma, trata-se de um aspecto que chama a atenção para a reiteração de uma escolha política, que não se dissipará facilmente em razão de uma decisão desfavorável. Como sustentado inicialmente, embora demande adaptações de forma ou conteúdo, um resultado negativo da ADI não deve levar à extinção de todas as iniciativas voltadas à promoção do uso do software livre na Administração Pública, sobretudo as do governo federal, que já incorporou em sua prática administrativa habitual diversos projetos.

Seja como for, é crucial ter em mente quais cenários são de fato prejudiciais a essa política pública. Das quatro teses discutidas na ADI n. 3.059/RS, apenas duas delas poderiam causar um real obstáculo à preferência estipulada por lei. É que as teses desenvolvidas em torno do vício de iniciativa na elaboração da norma e aquela que trata da usurpação da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos poderiam ser contornadas sem grande dificuldade. No primeiro caso, bastaria que o Governador do Estado encaminhasse projeto de lei similar à Assembleia Legislativa. No segundo caso, bastaria a edição de lei federal para que a inconstitucionalidade da Lei n. 11.871/2002 fosse superada, o que é plausível considerando que já existe em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei sobre o tema, PL 2.269.

Quanto às outras duas teses, a situação é diferente. Na hipótese da declaração de

inconstitucionalidade com base nas teses de violação dos princípios da eficiência e da economicidade ou de violação do princípio da impessoalidade, não haveria medidas óbvias a tomar para tornar o objetivo da lei gaúcha possível. Essas duas teses poderiam inviabilizar a estipulação de preferência pelo software livre. Para afastar adequadamente a pecha de inconstitucionalidade nessa situação, seria necessário examinar os argumentos expostos pelos ministros e verificar a viabilidade de adequar o conteúdo da norma.

No entanto, a prevalecer o entendimento de que a Lei n. 11.871/2002 é constitucional, é pertinente ainda uma última observação. Não basta simplesmente afirmar que a Administração Pública deva utilizar preferencialmente softwares livres. Conforme o caso, essa utilização dependerá da deflagração de prévio procedimento licitatório, cujo edital, por sua vez, deve descrever em detalhes a solução tecnológica que atende aos interesses do órgão ou entidade a que é destinada. Essa descrição, a seu turno, não envolve apenas os requisitos técnicos da aplicação, mas envolve também requisitos técnico-jurídicos.

Ainda na etapa de planejamento da contratação (momento que precede a elaboração do edital de licitação), a Administração Pública deve avaliar que tipo de licenciamento, dentre as diversas opções conhecidas, melhor atende ao interesse público. Afinal, a escolha pelo software livre não é automática, nem tampouco mandatória. Tanto a Lei n. 11.871/2002 do Rio Grande do Sul como o Projeto de Lei n. 2.269/1999 que tramita no Congresso Nacional permitem a contratação de software com restrições proprietárias nas hipóteses em que essa solução seja a mais adequada do ponto de vista técnico e/ou econômico. Considerando que a preferência estipulada pela lei é limitada (haja vista que possui efeitos gerais e abstratos), somente a prática administrativa poderá colocar essa preferência em prática, dando plena execução à política pública que a estabelece.

Além disso, a efetiva aplicação da preferência pelo software livre demanda a incorporação de conhecimentos específicos relacionados à proteção jurídica concedida ao software. É preciso compreender que a própria existência do software livre como o

conhecemos se deve às prerrogativas hoje conferidas pelas normas de direitos autorais. O desenvolvimento do direito relacionado à propriedade intelectual deve ser acompanhado de perto pelo administrador público e, sobretudo, pelos formuladores da política pública, já que questões como a possibilidade ou não de patenteamento do software podem afetar diretamente o futuro e a viabilidade dessa preferência.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Chris. **Free**: the future of a radical price. Nova York, Hyperion, 2009.

BARNETT, Jonathan M. Is intellectual property trivial? In **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, 2009.

BENKLER, Yochai. **The wealth of networks**: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer da Comissão n. 128**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Justificativa do PL 115/2011**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Projeto de Lei nº 06/2002**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2011.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Projeto de Lei nº 115/2011**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.269-B, de 1999**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 15 mai. 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 20 fev. 1998. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 11 dez. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.059/RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no RE n. 492.816/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC-ADI n. 1.381/AL**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC-ADI n. 2.599-6/MT**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sessão Plenária de 31 de outubro de 2012 (gravação do áudio)**. Disponível em: <www.radiojustica.jus.br>. Acesso em: 01 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 3.059/RS**. Mimeo (encaminhado por e-mail). Brasília, dezembro de 2012.

BRAY, Robert. The European Union “software patents” directive: what is it? Why is it? Where are we now? In **Duke Law & Technology Review**: n. 11, 2005.

BROWN, Christopher A. Developments in intellectual property law. In **Indiana Law Review**: v. 43, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília: ano LV, n. 65, 11 de abril de 2000.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de patentes e marcas: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 54, 2006.

DREYFUSS, Rochelle. Does IP need IP? Accommodating intellectual production outside the intellectual property paradigm. In **Cardozo Law Review**, v. 31, n. 5, 2010.

EPSTEIN, Richard A. The disintegration of intellectual property? A classical liberal response to a premature obituary. In **Stanford Law Review**, v. 62, n. 2, 2010.

FALCÃO, Joaquim (et alli). **Estudo sobre o software livre**: comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

_____; LEMOS, Ronaldo (coord.). **Direito do software livre e a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FISHER, William. Theories of intellectual property. In MUNZER, Stephen R. (ed.). **New essays on the legal and political theory of property**. New York: Cambridge University Press, 2001.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática de políticas públicas no Brasil. In **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília: Ipea, n. 21, jun. 2000.

GNU Operating System. What is free software? Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who controls the internet?** illusions of a borderless world. Nova York: Oxford University Press, 2006.

GRAU, Eros Roberto (et alli). Contribuição do Centro de Competência em Software Livre da Universidade de São Paulo CCSL/USP em conjunto com Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - CTS-FGV acerca do documento: “Procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador” submetido à Consulta Pública pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior- INPI/MDIC. Disponível em: <<http://softwarelivre.org>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**: v. 7, n. 7, 2010.

GUAN, Wenwei. The poverty of intellectual property philosophy. In **Hong Kong Law Journal**, v. 38, n. 2, 2008.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (org.). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

HETTINGER, Edwin C. Justifying intellectual property. In **Philosophy & Public Affairs**, v. 18, n. 1, 1989.

HILTY, Reto M.; GEIGER, Christophe. Towards a new instrument of protection for software in the EU? Learning the lessons from the harmonization failure of software patentability. In **Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series**: n. 11-01, 2011.

INPI. Procedimentos de exame (INPI/DIRPA/CGPAT III/2011). Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

LEIFELD, Philip; HAUNSS, Sebastian. Political discourse networks and the conflict over software patents in Europe. In **European Journal of Political Research**: v. 51, 2012.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____.; CASTRO, Oona. **Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**. Nova York: Basic Books, 2006.

_____. **Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. Nova York: The Penguin Press, 2004.

_____. **Remix: making art and commerce thrive in the hybrid economy**. Londres: Bloomsbury, 2008.

_____. **The future of ideas: the fate of the commons in a connected world**. Nova York: Random House, 2001.

LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. In **Interface**, Porto Nacional: UFT, n. 05, out. 2012.

LITMAN, Jessica. **Digital copyright**: protecting intellectual property on the internet. Nova York: Prometheus Books, 2001.

MERGES, Robert P. Locke Remixed. In **UC Davis Law Review**, v. 40, 2007.

NASER, Mohammad Amin. Computer software: copyrights v. patents. In **Loyola Law and Technology Annual**: n. 38, 2008-2009.

NIEH, Andrew. Software wars: the patent menace. In **New York Law School Law Review**, Nova York: v. 55, 2010.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PILA, Justine. Dispute over the meaning of ‘invention’ in article 52(2) EPC: the patentability of computer-implemented inventions in Europe. In **International Review of Industrial Property & Copyright Law**: v. 36, 2005.

POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de autor e software**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006, v. 1.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In REIS, João Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SHAO, Ken. From lockean theory to intellectual property: marriage by mistake and its incompatibility with knowledge, creativity and dissemination. In **Hong Kong Law Journal**, v. 39, n. 2, 2009.

SILBEY, Jessica. The mythical beginnings of intellectual property. In **George Mason Law Review**, v. 15, n. 2, 2008.

SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. In **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília: v. 2, n. 1, jan./jun., 2012.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

_____. Políticas públicas: uma revisão da literatura. In **Sociologias**, Porto Alegre: n. 16, jul./dez. 2006.

STALLBERG, Christian G. Towards a new paradigm in justifying copyright: an universalistic-transcendental approach. In **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, v. 18, 2008.

STALLMAN, Richard M. **Free software, free society**: selected essays of Richard M. Stallman. 2. ed. Boston: Free Software Foundation, 2010.

STORY, Alan. Intellectual property and computer software: a battle of computing use and access visions for countries of the south. In **Unctad-ICTSD Project on IRPs and Sustainable Development**, Chavanod (França): n. 10, mai., 2004.

TIOBE SOFTWARE. TIOBE Programming Community Index for December 2012. Disponível em: <<http://www.tiobe.com>>. Acesso em: 23 dez. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. The European Patent Convention of 5 October 1973. Disponível em: <<http://www.epo.org>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Federal Circuit. State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc. (149 F.3d 1368). Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Bilski v. Kappos (561 U. S. ____ (2010)). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

VELLOSO, Fernando de Castro. **Informática**: conceitos básicos. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WIKIPEDIA. Verbete: software. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 24 set. 2012.

WU, Tim. **The master switch**: the rise and fall of information empires. Nova York: Alfred A. Knopf, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional. In **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte: Editora Fórum n. 70, abr./jun., 2010.

ZITTRAIN, Jonathan L. Normative principles for evaluating free and proprietary software. In **The University of Chicago Law Review**, n. 71:XX, 2004.

ZITTRAIN, Jonathan L. **The future of the internet and how to stop it**. New Haven: Yale University Press, 2008.