

PARECER JURÍDICO

CONSULTA SOBRE SOFTWARE LIVRE E LEI DE SOFTWARE

CONSULENTE: Universidade de Brasília

Natal - RN

Março de 2015

I – Relatório e Delimitação da Consulta

Trata-se de parecer jurídico em resposta a consulta formulada pela UNB, acerca do reconhecimento jurídico do denominado "Software Livre" no Brasil, especialmente sobre a existência de decisões judiciais sobre a temática.

A consulta é sintetizada em 06 (seis) questionamentos encaminhados com vistas a atender às necessidades do consulente, conforme transcrição abaixo:

- a) *Quais são os requisitos para que uma licença de software (livre) seja reconhecida juridicamente no Brasil?*
- b) *Quais licenças livres são reconhecidas no Brasil? Elas já foram citadas ou usadas em embasamento de decisões judiciais? Quais, por exemplo? Licenças "creative commons" podem ser usadas caso não existam decisões relativas a software?*
- c) *Existem decisões judiciais brasileiras, ou, se não existirem, estrangeiras, que estabelecem quando um código-fonte é razoavelmente independente de outro ou não a ponto de se definir se "a contaminação" da GPL é necessária?*
- d) *Dentro do contexto de licitação para contratação de serviços, é possível o gestor público federal contratar mão-de-obra no mercado para aprimorar software livre? O software deve possuir alguma licença específica? Deve constar no SPB? É possível contratar pessoa física ou jurídica nesses casos?*
- e) *Duplo licenciamento: É possível, no âmbito da administração pública federal,*

um órgão disponibilizar um software como GPL para outros órgãos públicos, e cobrar caso o usuário da iniciativa privada (ou seja, o software seria livre para a administração pública e proprietário para iniciativa privada)?

f) Na literatura científica, é possível encontrar afirmações como a seguinte: "Ao exigir reciprocidade sob trabalhos que contenham todo ou parte do Programa, a licença reivindica direitos sob obras que, pela ótica da lei de direitos autorais, pertencem ao organizador e não ao titular da obra original". Tais afirmações dão indicativos de que existem contradições entre a GPL e a lei de direitos autorais. Quais são essas contradições?

É essencial a delimitação do presente estudo, a fim de que as indagações realizadas possam ser adequadamente respondidas, buscando-se sanar as inquietudes decorrentes das dúvidas existentes.

Dessa forma, o primeiro aspecto é a identificação da natureza jurídica das licenças de software¹, com a consequente identificação da legislação aplicável a espécie, a fim de responder as indagações adequadamente para, posteriormente, delimitarmos claramente o que pode ser considerado uma licença de "Software Livre", objeto principal deste estudo.

Por fim, poderemos analisar a compatibilidade de algumas licenças de software livre com a legislação

1 Será utilizar a expressão "software" como idêntica a "programa de computador" para os fins deste parecer.

pátria, bem como verificar se nossa posição encontra amparo na jurisprudência pátria.

Após o percurso acima descrito, poder-se-á atingir uma conclusão segura e madura sobre os questionamentos realizados.

II – Da Natureza Jurídica das Licenças de Software

O objeto do presente parecer vincula-se ao tema da Propriedade Intelectual. Conforme informa a denominada Lei do Software (Lei Federal nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998), o regime de proteção estabelecido para os programas de computador, com as adaptações trazidas pela legislação especial, é o mesmo conferido às obras literárias, este previsto na Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

A garantia do direito de propriedade intelectual é previsto na Carta Magna de 1988, especialmente em seu artigo 5º, inciso XXVII, o qual leciona que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

Importa destacar, de início, a desnecessidade de registro para proteção da propriedade intelectual do autor de software, conforme disposição expressa de seu artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei do Software.

Conforme estabelece a Lei do Software, a licença de uso possui natureza contratual, conforme liberdade e vontade das partes, ressalvando-se a nulidade expressa de cláusulas que, descumprindo a legislação, estabelecerem que:

- I - limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições normativas em vigor;*
- II - eximam quaisquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.*

Por sua vez, no tocante aos direitos morais do autor, a Lei do Software reduz o rol previsto no artigo 24 da Lei Federal nº 9.610/1998, *in verbis*:

Art. 2º – O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º – Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

Na visão de André Lipp Pinto Bastos Lupi, temos

que os direitos morais do autor de software estariam restritos em decorrência da própria natureza do software, *in litteris*:

Os direitos morais, em sua plenitudes, não se coadunam com a natureza do software. Um mercado ágil como é o da informática não admite certas faculdades ao autor, como o direito de arrependimento, que é o direito de tirar a obra de circulação ou de suspender de qualquer forma a utilização já autorizada, previsto no art. 24, VI da Lei 9.610/98 ou o direito de manter a obra intacta, também previsto no mesmo artigo, inciso IV.²

E justifica mais adiante:

Ambos os direitos citados são inaplicáveis para a regulamentação do software, em primeiro lugar, porque não pode o comprador de uma tecnologia necessária para a sua empresa, por exemplo, ver-se à mercê da potestade do criador do programa, que quando for de sua vontade lhe substituirá o programa.³

Especificada a regulamentação própria do software, percebe-se que a transmissão (*lato sensu*) do direito autoral pode decorrer da sucessão, da transferência (*strictu sensu*) e da licença de uso. No caso das licenças de software livre, estas tratam da última modalidade, ou seja, das licenças de uso.

2 LUPI, André Lipp Pinto Basto. Proteção jurídica do software: eficácia e adequação. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 77

3 Ibidem.

Partindo-se desse princípio, tem-se que o autor de um software tem garantida sua propriedade intelectual por força da Lei Federal nº 9.609/1998, o qual poderá, resguardado seus direitos morais de autor, transferir parte de seus direitos patrimoniais por meio de licença de uso, a qual regulamentará tal cessão. Este ato, por sua vez, limita-se pelo disposto no artigo 10º do supramencionado diploma legal.

No tocante aos softwares derivados, a Lei do Software garante estes a pessoa que a realizar, salvo estipulação contratual em contrário. Assim, a licença que autorizar a realização de obras derivadas estabelecerá quais as condições para sua realização.

Nesse contexto, deveremos analisar dois princípios jurídicos relacionados com o que se referencia, o princípio constitucional da legalidade e o princípio da autonomia da vontade.

Surgindo como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, encontramos o princípio da legalidade, encartado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, o qual determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Dessa forma, pode-se extrair que tudo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.

Já para análise do segundo princípio, partimos

do conceito de contrato, valendo-nos das palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, temos que este seria:

Manifestação de vontade, emitida em obediência aos seus preceitos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.⁴

Não há possibilidade de mantermos uma noção de contrato dissociada da noção de autonomia da vontade. Pois sem vontade, não há contrato. Cite-se, “nem mesmo os mais exacerbados regimes socialistas, como o soviético, conseguiram abolir o contrato”⁵.

Assim, identifica-se 03 (três) liberdades contratuais básicas, as quais possuem limitações de ordem pública, mas que não são capazes de descaracterizá-las: a própria liberdade de contratar; a liberdade de com quem contratar; e a liberdade de estabelecimento do conteúdo do contrato.

Uma vez havendo manifestação de adesão aos termos de licença de uso de software, seus termos somente poderão ser desfeitos por afronta a Lei, a Moral ou a Ordem Pública.

4 GAGLIANO, Pablo Solze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume IV : contatos, tomo I : teoria geral. 4 ed rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p 17.

5 RENÉ DAVID, citado por THEODORO JR., Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: AIDE. p. 13.

III – Das Licenças de Software Livre

A compreensão do conceito de Software Livre remonta a movimento iniciado por Richard Stallman no ano de 1985, quando este decidiu fundar a Free Software Foundation (Fundação Software Livre), cujo objetivo era o desenvolvimento de um meio ambiente capaz de expandir as idéias de software livre.

Aparte de toda e qualquer posição filosófica ou política envolvida na Free Software Foundation, diante da inexistência de fixação do conceito de software livre na consulta realizada, parti-se-á do princípio que o conceito utilizado é aquele defendido pela entidade precursora do software livre no mundo.

Com vistas a ofertar mecanismo jurídico capaz de atender aos anseios da Free Software Foundation, esta desenvolveu a GNU General Public License (Licença Pública Geral GNU) a fim de servir de base para o licenciamento de todos os seus softwares.

Com o natural aumento da complexidade e o surgimento de novos atores, novas formas de licenciamento surgiram, fazendo com que fosse necessária a identificação de um núcleo central que apontasse as características essenciais de uma licença de software livre.

Assim, a Free Software Foundation lançou artigo intitulado “A definição de software livre”, documento em que se identifica as 04 (quatro) características, por eles

denominadas liberdades, que tornam uma licença software livre:

A liberdade de executar o programa como você desejar, para qualquer propósito (liberdade 0).

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

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

A liberdade de distribuir cópias de suas versões modificadas a outros (liberdade 3). Desta forma, você pode dar a toda comunidade a chance de beneficiar de suas mudanças. Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.⁶

Seria inócua qualquer tentativa de enumerar as licenças de software livre, vez que estas podem se aproximar de um infinito de combinações.

Somente no rol lançado no portal da Free Software Foundation⁷, identificamos 41 (quarenta e uma) licenças de softwares consideradas livres.

Em uma análise abstrata, os requisitos impostos para que uma licença seja considerada de Software Livre não afrontam as restrições encartadas no artigo 10º, parágrafo 1º da Lei Federal nº 9.609/1998.

Ressalte-se que a presente manifestação não

⁶ <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html> – consulta em 15/12/2014

⁷ <https://www.gnu.org/licenses/license-list.html> – consulta em 15/12/2014.

significa que licenças específicas possuam restrições vedadas pela legislação pátria, o que somente pode ser realizado na análise caso a caso.

IV – Da Validade Jurídica de Documentos em Língua Estrangeira

A maior parte das licenças de Software Livre possuem sua redação escrita em língua estrangeira, principalmente o inglês. Tal fato decorre da própria natureza dos softwares e de sua capacidade de percorrer o mundo pela internet.

É certo que o Código de Processo Civil reconhece a validade dos documentos escritos em língua estrangeira, desde que atendidos os requisitos do artigo 157 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 157. Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado.

Dessa forma, posição já consolidada pelos tribunais pátrios, o documento deverá ser integralmente traduzido para ser apresentado ao juízo que conhecerá da causa⁸.

8 RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. ATRASO NA DEVOLUÇÃO DE CONTÊINERES. DESPESA DE SOBRE-ESTADIA (OU "DEMURRAGE"). CONTRATO CELEBRADO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. TRADUÇÃO INCOMPLETA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DO DOCUMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DE FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. 1. Segundo o princípio da indivisibilidade do documento, este deve ser interpretado como um todo,

Assim, em que pese a possibilidade de utilização da licença de software livre em língua estrangeira, qualquer descumprimento de suas cláusulas somente poderá ser levada a juízo, no Brasil, mediante apresentação de tradução integral por tradutor juramentado.

V – Dos Questionamentos Realizados

a) Quais são os requisitos para que uma licença de software (livre) seja reconhecida juridicamente no Brasil?

A legislação pátria oferta ampla liberdade ao estabelecimento de cláusulas nas licenças de software, as quais possuem natureza contratual para o direito brasileiro.

Nesse contexto, o artigo 10º, § 1º, da Lei Federal nº 9.609, de 1998, estabelece as condições que poderão ser consideradas nulas, em caso de utilização, quais sejam:

- I - limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições normativas em vigor;*
- II - eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de*

não podendo ser fracionado para que se aproveite a parcela que interessa à parte, desprezando-se o restante. 2. Ineficácia probante da tradução parcial de contrato celebrado em idioma estrangeiro. 3. Inviabilidade de se dispensar a tradução na hipótese em que o documento estrangeiro apresenta-se como fato constitutivo do direito do autor. 4. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1227053/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012)

terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

Da leitura da licença GPL⁹, em sua redação atual, não se verifica qualquer limitação ilícita a produção, distribuição ou comercialização que venha a afrontar outras normas do direito pátrio.

No tocante a ausência de responsabilidades, a própria licença informa que a ausência de responsabilidade do autor limita-se a responsabilidade legal, não havendo responsabilidade de caráter contratual. Assim, a redação genérica ofertada pela GPL acaba por compatibilizar sua cláusula de "ausência de garantia" com a legislação brasileira.

Dessa forma, a declaração pública, mediante práticas comerciais correntes, do autor do software, fixando a licença de uso para terceiros, é ato suficiente para o reconhecimento de tal licença de software no Brasil.

b) Quais licenças livres são reconhecidas no Brasil? Elas já foram citadas ou usadas em embasamento de decisões judiciais? Quais, por exemplo? Licenças "creative commons" podem ser usadas caso não existam decisões relativas a software?

Com base em pesquisas realizadas em indexadores de decisões judiciais¹⁰, verifica-se que o tema software

9 GNU General Public License <<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>>

10 JusBrasil (www.jusbrasil.com.br) e LexML (www.lexml.gov.br).

livre ainda não faz parte do dia-a-dia do judiciário brasileiro.

Destaca-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que ao apreciar apelação cível no qual a parte ré/apelante alegou em sua defesa que a parte autora/apelada haveria disponibilizado imagem sob licença "Creative Commons", a qual autorizaria a utilização gratuita por terceiros. Ocorre que, na análise do material probatório, identificou-se que a modalidade da licença escolhida pelo autor/apelada não permitiria a utilização gratuita do material por terceiros, sendo ônus do réu/apelante a prova de que haveria tal autorização¹¹.

Assim, percebe-se no caso, em que pese não se tratar de software (objeto do presente parecer), que o poder judiciário paulista entendeu válida a licença "Creative Commons" que o autor ofertou para sua imagem, considerando válida e devida a restrição de uso por terceiros constantes naquela licença.

Em situação similar, o mesmo tribunal quando da análise de uso irregular de software licenciado como

11 AÇÃO INDENIZATÓRIA. Violação de direito de autor. Uso indevido de obra produzida pelo autor. Sentença que condenou a ré a pagar indenização por dano moral, rejeitando os danos materiais. Recurso de apelação da ré que busca o afastamento da condenação, sob argumento de que o autor disponibilizou a obra na internet, permitindo seu uso. Ausência de prova de aludida autorização. Dano moral "in re ipsa", independentemente da prova de sofrimento infligido à vítima. Recurso adesivo do autor, parcialmente provido, para fixar os danos materiais correspondentes ao que o autor auferiria em eventual contrato de cessão de uso. Parcial provimento. Recurso da ré desprovido, recurso do autor parcialmente provido. (TJ-SP - APL: 00140689820128260562 SP 0014068-98.2012.8.26.0562, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 04/04/2013, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/04/2013)

"freeware"¹², o qual teria sido distribuído com intuito comercial por terceiros, entendeu que a ausência de autorização expressa para uso comercial do software seria suficiente para ocasionar danos materiais ao autor¹³.

Destaque-se que não foram identificados casos em que as licenças de software livre já tenham sido levadas às portas do poder judiciário brasileiro.

Ressalte-se que, mesmo que de grande valia, o sistema jurídico pátrio não abraça a jurisprudência como fonte maior do direito conforme leciona Venosa:

Embora seja inegável o valor da jurisprudência, não pode ser levada a um pedestal sobranceiro na criação e no exercício do Direito. O profissional que se valha exclusivamente dela nos seus estudos e trabalho terá, sem dúvida, uma visão incompleta dos fenômenos jurídicos. A orientação dos tribunais, mormente para o advogado, é mero estudo complementar, que nunca pode prescindir do exame da lei

12 Programa de computador posto gratuitamente à disposição dos usuários.

13 PROPRIEDADE INTELECTUAL. 'SOFTWARE' LIVRE ('FREWARE'). EXPLORAÇÃO COMERCIAL NÃO AUTORIZADA, PELA DEMANDADA, DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR CRIADOS PELO AUTOR. RÉ QUE PRODUZIU E COMERCIALIZOU CD-ROM CONTENDO SOFTWARES DESENVOLVIDOS PELO DEMANDANTE. CARÁTER LIVRE QUE SE RESTRINGE À UTILIZAÇÃO PESSOAL E DOMÉSTICA. PROVEITO COMERCIAL A GERAR O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO DA RÉ. RESSARCIMENTO PELO DANO MATERIAL FUNDADO NESSA JUSTIFICATIVA. QUANTIA CORRETAMENTE OBTIDA PELA PERÍCIA CONTÁBIL. INEXISTÊNCIA, ENTRETANTO, DE DANO MORAL. CARACTERÍSTICA DE DISTRIBUIÇÃO LIVRE DO 'FREWARE' QUE NÃO DÁ ENSEJO A QUALQUER PREJUÍZO À HONRA DE SEU CRIADOR EM VIRTUDE DA DISTRIBUIÇÃO DA OBRA A TERCEIROS. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DO DISPOSTO NO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº. 9.609/98. SUCUMBÊNCIA REPARTIDA ENTRE OS LITIGANTES. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - 1150015420058260100 SP , Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 25/11/2010, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/12/2010)

e da doutrina.¹⁴

Dessa forma, a ausência de vasto material sobre o tema no âmbito do judiciário pátrio não afasta o valor do estudo em comento, consubstanciado na legislação e doutrina pátrias.

Assim, atendidos os requisitos observados na pergunta anterior, em princípio, todas as licenças reconhecidas como livres pela Free Software Foundation¹⁵ até a presente data são válidas no Brasil.

c) Existem decisões judiciais brasileiras, ou, se não existirem, estrangeiras, que estabelecem quando um código-fonte é razoavelmente independente de outro ou não a ponto de se definir se "a contaminação" da GPL é necessária?

A citada "contaminação" prevista pela licença GPL é regulada, no Brasil, pelo artigo 6º, inciso III, da Lei Federal nº 9.609/1998, que assim prevê:

Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

[...]

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

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2004. p. 154.

15 Lista de licenças em <http://www.gnu.org/licenses/license-list.pt-br.html>

alternativa para a sua expressão;

Ocorre que, em busca realizada nos indexadores de decisões judiciais já mencionados, não foi possível identificar qualquer decisão judicial dos tribunais pátrios que tenha sido fundamentada na disposição supramencionada.

Considerando a disposição legal mencionada, observa-se que a análise do que significaria a semelhança de um código-fonte em outro é técnica, e não legal.

Em síntese, a citada contaminação não é válida caso não haja outro meio tecnicamente viável para realização da mesma operação. Ressaltando que programas de computadores não podem ser objeto de patente¹⁶ no Brasil.

Destaque-se que em um caso julgado pelo Tribunal de Frankfurt (Alemanha), no ano de 2006, no qual arguiu-se descumprimento da licença GPL por parte da empresa D-Link¹⁷, restou necessária a análise técnica para constatação da “contaminação” pela GPL, restando ao juiz apenas os aspectos jurídicos de validade da GPL com base na legislação alemã.

Assim, uma vez constatada situações onde possivelmente há uma identidade entre programas de computador, restarão duas possibilidades. A primeira é que a obra nova trata-se de obra derivada e, nesse caso,

¹⁶ Artigo 10, inciso V da Lei Federal nº 9.279/1996.

¹⁷ Decisão em: http://www.jbb.de/fileadmin/download/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf

deverá observar as regras da licença do programa original; já a segunda é a possibilidade de, por análise técnica, ser comprovada a existência de mera semelhança, situação que o autor do novo software estaria livre da licença do software original.

A regra, no presente caso, é a presunção de que a obra é derivada e deve observar a regra geral, podendo, entretanto, haver prova técnica em contrário, a fim de identificar se o software novo se enquadra na exceção prevista no artigo 6º, inciso 3º, da Lei do Software.

Dessa forma, a análise da contaminação deverá ser realizada com base em cada caso em concreto, por meio de parecer técnico, sendo a existência de "contaminação" a regra, excetuando-se os casos previstos no artigo 6º, inciso III da Lei Federal nº 9.609/1998.

d) Dentro do contexto de licitação para contratação de serviços, é possível o gestor público federal contratar mão de obra no mercado para aprimorar software livre? O software deve possuir alguma licença específica? Deve constar no SPB? É possível contratar pessoa física ou jurídica nesses casos?

Toda manifestação de vontade funcional, com aptidão de gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa é considerado um ato

administrativo. Ou seja, a contratação de pessoa física ou jurídica para o desenvolvimento de software é considerado um ato administrativo.

O exame jurídico do ato administrativo torna necessário a análise do sujeito que o praticou, o conteúdo e forma do ato, bem como seus motivos e finalidades.

No direito administrativo pátrio, estabeleceu-se a regra de que a legalidade com vistas a restringir a atuação do agente estatal¹⁸. Nesse contexto, o órgão somente poderá praticar aquilo que vise atingir sua finalidade legalmente fixada:

*"[...] Por um lado, o sujeito está obrigado a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ele confiado. Por outro, está proibido de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização de seu encargo."*¹⁹

Assim, entende-se que o ente administrativo que desejar realizar a contratação informada, primeiramente, deverá observar se possui a competência legal para tanto, ou seja, o desenvolvimento do software livre deverá estar relacionada, ainda que indiretamente, com o objetivo legal

18 "A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso." (MIRELLES, Hely Lopes. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005)

19 JUSTEN FILHO, Marçal. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

do órgão.

A título exemplificativo, a ANAC possui como atividade-fim a regulação e fiscalização das atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária²⁰. Nesse contexto, torna-se possível qualquer contratação de desenvolvimento ou melhoramento de software para atender a tal finalidade ou qualquer atividade meio necessária (ex.: software para controle de frota). Todavia, torna-se incompatível, em tese, a contratação para desenvolvimento e melhoria de software para gestão de limpeza urbana pela ANAC.

Superada a competência do sujeito para prática do ato, a contratação deverá observar a Lei Federal nº 8.666/1993, a qual trás um vasto regulamento para realização da contratação, bem como a Instrução Normativa MP/SLTI Nº 4/2014 (dispõe sobre o processo de contratação de soluções de tecnologia da informação pelos órgãos integrantes do sistema de administração dos recursos de tecnologia da informação - SISP do Poder Executivo Federal), se aplicável.

Nesse contexto, é possível a contratação para aprimoramento de Software Livre desde que seja realizada por sujeito capaz, tenha sua forma observada as disposições da Lei Federal nº 8.666/1993, seja motivada corretamente e observe a finalidade da entidade que

²⁰ Artigo 2º da Lei Federal nº 11.182/2005.

pratica o ato.

Superada a análise da possibilidade de contratação, passamos a verificar se existem restrições na legislação pátria que torne obrigatória a utilização de licença específica ou a inclusão do software no Software Público Brasileiro.

Sobre este aspecto, não verifica-se qualquer obrigatoriedade de uso específico de licença ou de inclusão vinculada no Software Público Brasileiro, entretanto, a Instrução Normativa MP/SLTI nº 04/2014 torna necessária uma justificativa de não utilização de solução existente no Portal do Software Público Brasileiro e, posteriormente, a existência de alternativa em software livre.

Ou seja, a Instrução Normativa cria uma sequência a ser observada no ato de contratação de software (ou seu desenvolvimento), qual seja, deverá o órgão buscar prioritariamente um software incluído no portal do Software Público Brasileiro; caso não exista tal opção, deverá analisar as alternativas em Software Livre disponíveis no mercado; por fim, é que se observarão outras opções.

Observando esta tendência, o Tribunal de Contas da União, em seu acórdão nº 1.521/2003-Plenário, assim se posicionou:

Não obstante a indicação de marca, desde que circunstanciadamente motivada, possa ser aceita em observância ao princípio da padronização, este como aquela não devem ser obstáculo aos estudos e à efetiva implantação e utilização de software livre no âmbito da Administração Pública Federal, vez que essa alternativa poderá trazer vantagens significativas em termos de economia de recursos, segurança e flexibilidade.

(grifo nosso)

No ano seguinte (Acórdão 1.182/2004 - Plenário), o mesmo tribunal reforçou o seguinte posicionamento:

Abstenha-se de proceder à aquisição de bens e contratação de serviços de informática sem a prévia análise de sua necessidade, realizando, para esse fim, estudos detalhados, levantamento e planejamento adequados para cada setor, mediante Plano Diretor de Tecnologia de Informação que considere as seguintes diretrizes:

[...]

- adoção de alternativas para a redução sensível de despesas com o pagamento de licenças de uso de programas de computador, a exemplo da implementação projetos pilotos tendentes à migração para o software livre, baseados no Linux, como vem sendo adotado pelo Governo Federal;

(grifo nosso)

Por fim, verifica-se do artigo 37 da IN MP/SLTI nº 04/2014 que, uma vez realizada contratação não

constante do Portal do Software Público Brasileiro, o resultado do desenvolvimento contratado deverá, sempre que possível, ser incluído e disponibilizado no portal.

Assim, verifica-se que a legislação, ainda que não indique a obrigatoriedade de contratação de softwares públicos ou softwares livres, criou uma lista de prioridades que deverão ser seguidas para contratação de softwares pela administração pública federal, no qual a primeira opção a ser utilizada serão sempre aquelas constantes do Portal do Software Público Brasileiro; em segundo lugar Softwares Livres ou Softwares Públicos disponíveis no mercado; por fim, outras soluções.

e) Duplo licenciamento: É possível, no âmbito da administração pública federal, um órgão disponibilizar um software como GPL para outros órgãos públicos, e cobrar caso o usuário da iniciativa privada (ou seja, o software seria livre para a administração pública e proprietário para iniciativa privada)?

O presente questionamento tem base no princípio da impessoalidade, trazido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Este princípio é, na realidade, faceta do princípio da isonomia, o qual tem sido representado, ainda que superficialmente, pela frase “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Ocorre que, diante do princípio supremacia do interesse público, justifica-se o tratamento desigual entre a própria administração e entre esta e particulares.

A exemplo, a Lei Federal nº 8.666/1993, ao estabelecer a necessidade de licitação para contratação de serviços pela administração pública, informa pela dispensa de tal procedimento quando a contratação decorrer de entes da administração pública, ainda que indireta (dotados de personalidade jurídica de direito privado)²¹.

Dessa forma, verifica-se casos exemplificativos de autorização expressa da legislação pátria para tratamento desigual no caso citado.

Em que pese tal autorização constitucional, a Instrução Normativa nº 01/2011, responsável pela instituição do Portal do Software Público Brasileiro, estabelece a necessidade de o software ser considerado livre para inclusão no portal.

A proposição realizada no questionamento, dessa forma, inviabilizaria as disposições do artigo 3º, inciso II; artigo 4º, § 2º; e artigo 7º, inciso II, todos da citada instrução normativa.

Assim, em princípio, qualquer órgão da administração pública poderá rejeitar o envio do código fonte de qualquer software para particulares. Todavia, uma vez fazendo uso de licenças de software livre, não poderá

²¹ Artigo 24, inciso VII da Lei Federal nº 8.666/1993.

a administração pública impedir que outros órgãos que tenham recebido o software façam a redistribuição do mesmo, por força da "liberdade 02", a qual encontra-se representada na cláusula 2 (Premissas Básicas) da GNU GPL v3²².

As instruções normativas do Governo Federal, bem como a jurisprudência da Corte de Contas vem se posicionando favoravelmente ao Software Livre como melhor opção em termos técnicos e econômicos.

Nesse contexto, uma mudança de posicionamento drástica, com a reformulação do sistema de licenciamento do software público federal terá de submeter a uma série de mudanças de posicionamento, acompanhadas de mudanças normativas (especialmente a Instrução Normativa nº 01/2011).

Ou seja, é possível o duplo licenciamento no âmbito do Software Público Brasileiro, todavia, torna-se necessário a não utilização de licenças de software livre

22 2. Basic Permissions.

All rights granted under this License are granted for the term of copyright on the Program, and are irrevocable provided the stated conditions are met. This License explicitly affirms your unlimited permission to run the unmodified Program. The output from running a covered work is covered by this License only if the output, given its content, constitutes a covered work. This License acknowledges your rights of fair use or other equivalent, as provided by copyright law.

You may make, run and propagate covered works that you do not convey, without conditions so long as your license otherwise remains in force. You may convey covered works to others for the sole purpose of having them make modifications exclusively for you, or provide you with facilities for running those works, provided that you comply with the terms of this License in conveying all material for which you do not control copyright. Those thus making or running the covered works for you must do so exclusively on your behalf, under your direction and control, on terms that prohibit them from making any copies of your copyrighted material outside their relationship with you.

Conveying under any other circumstances is permitted solely under the conditions stated below. Sublicensing is not allowed; section 10 makes it unnecessary.

para que seja garantida a exclusividade do software no âmbito da administração pública. Ressalte-se que para essa mudança, será necessário uma reforma legislativa e a abertura de um ambiente de debates junto ao Tribunal de Contas da União, o qual já havia assimilado a ideia de o software livre como melhor opção para o poder público.

f) Na literatura científica, é possível encontrar afirmações como a seguinte: "Ao exigir reciprocidade sob trabalhos que contenham todo ou parte do Programa, a licença reivindica direitos sob obras que, pela ótica da lei de direitos autorais, pertencem ao organizador e não ao titular da obra original". Tais afirmações dão indicativos de que existem contradições entre a GPL e a lei de direitos autorais. Quais são essas contradições?

O presente questionamento trata da possibilidade de um software licenciado pela GPL poder estipular obrigações a terceiros que desejem elaborar obras derivadas.

Conforme já citado, as disposições acerca das licenças de uso, por força da Lei Federal nº 9.609/1998, possuem natureza contratual²³. O mesmo diploma legal estabelece ainda que as derivações e a exploração econômica deverão ser previamente autorizadas e estipuladas em contrato²⁴.

23 Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

24 Art. 5º Os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de

Desse modo, cabe ao autor do software autorizar a criação de obras derivadas e estipular as condições nas quais tais derivações deverão ser realizadas.

O que estabelece a GPL pode, claramente, ser caracterizada como uma estipulação em favor de terceiro, ainda que este não seja previamente conhecido. Tal prática é reconhecida e prevista na legislação civil pátria, senão vejamos:

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

Nesse contexto, ensina a doutrina que a estipulação em favor de terceiro:

origina-se da declaração acorde do estipulante e do promitente, com a finalidade de instituir um “iuris vinculum”, mas com a peculiaridade de estabelecer obrigação de o devedor prestar em benefício de uma terceira pessoa, a qual, não obstante ser estranha ao contrato, se torna credora do promitente.²⁵

A principal consequência da estipulação em favor de terceiro é a possibilidade de a obrigação ser exigida tanto pelo estipulante, quanto pelo terceiro. Nesse último caso, o terceiro beneficiário deverá assumir

computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário.

25 PEREIRA, Cáo Mário da Silva. INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, p 65.

e anuir com as condições e normas do contrato.

No tocante a suposta invalidade da disposição da GPL, por não estipular expressamente quem seria o terceiro beneficiário, não teria validade jurídica, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em caso análogo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. AÇÃO AJUIZADA PELA VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. DOCTRINA E PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

[...]

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

III - O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora, para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor.²⁶

Em que pese a jurisprudência citada não tratar da licença de software, especificamente, esta trata da mesma disposição legal que subsidia a possibilidade da “cláusula viral” da GPL.

Ou seja, a ausência de prévia especificação do terceiro beneficiário não invalida a cláusula, bastando

26 STJ - REsp: 401718 PR 2001/0188298-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 03/09/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.03.2003 p. 228

que este seja individualizado, para que possa demandar objetivando a execução contratual.

No caso de obras coletivas, nas quais há a figura de um organizador, a lei presume a fixação de um contrato entre o organizador e cada um dos participantes individualmente.

Nesse caso, a legislação faz uma divisão, na qual os participantes tem garantidos os direitos autorais de ordem moral²⁷ e o organizador é detentor dos direitos de ordem patrimonial. Dessa forma, em caso de obras derivadas, cabe ao organizador a fixação da licença a ser utilizada no software.

Exceção se faz nos casos de a obra coletiva partir de uma base de um software já existente, situação na qual a obra derivada deverá observar a licença do software original.

Ressalte-se que o caso típico das obras coletivas é a situação das denominadas “software houses”, nas quais há a figura de uma empresa organizadora e seus empregados que contribuem para uma obra comum, que será licenciado e comercializado pela empresa organizadora.

27 A Lei Federal nº 9.609/1998 restringe a abrangência dos direitos morais do autor de programa de computador, conforme se lê:

“Art. 2º [...]

§ 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.”

No caso clássico das “distribuições linux”, nas quais uma série de programas de computador são modificados, compilados e distribuídos em conjunto, pode-se observar a aplicação de diversas facetas do direito autoral.

De início, a mera inclusão de diversos softwares distintos em uma única mídia não configura nova obra de direito autoral, ou mesmo obra coletiva, mas uso do “direito” de distribuição dos programas de computador.

No tocante às modificações realizadas para adequação dos softwares ao desejado pela distribuição, estes deverão seguir as licenças do software modificados, ou seja, uma modificação em um software licenciado pela GPL deverá observar a licença, tendo sua modificação, obrigatoriamente, distribuída pela própria GPL ou licença compatível.

Por fim, a compilação de softwares²⁸ não produz novo programa de computador, de modo que a licença e o regramento para utilização dos direitos patrimoniais do software são exatamente aqueles constantes na licença original.

Dessa forma, não se verificam as supostas contradições da denominada “cláusula viral” da GPL com a legislação vigente.

28 Compilação é o nome dado a “tradução” do código fonte do programa para código de máquina.

VII – Conclusões

Após os estudos realizados, entendemos que:

a) Para que uma licença de software livre seja reconhecida juridicamente no Brasil, é necessário que a mesma seja EXPRESSAMENTE indicada pelo autor quando da disponibilização do software e não contrariem o artigo 10, parágrafo 1º, incisos I e II da Lei Federal nº 9.609/1998.

b) Em que pese não serem identificados julgados tratando especificamente da validade de licenças de software livre no Brasil, estas possuem valor jurídico por força da Lei Federal nº 9.609/1998.

c) Não foram identificadas decisões do poder judiciário brasileiro que trate da independência de um programa de outro. Todavia, a Lei Federal nº 9.609/1998, em seu artigo 6º, inciso III informa que “a ocorrência de semelhança de um 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” não constituirão ofensa aos direitos do titular do software, ou seja, não estão sujeitas as normas constantes na licença de uso do software.

d) A contratação por órgão da administração pública federal para desenvolvimento de software é possível, desde que o desenvolvimento contratado seja compatível com as atividades da entidade contratante, bem como seja observada a Lei

Federal nº 8.666/1993 e a Instrução Normativa MP/SLTI nº 04/2014, observando a ordem de preferência por softwares disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro; softwares livres ou softwares públicos disponíveis no mercado; outras soluções. Destaque-se que inexistente qualquer indicação de licença de software a ser utilizada no procedimento de contratação de softwares.

e) A legislação pátria não proíbe o uso do duplo licenciamento no âmbito da administração pública. Todavia, as decisões recentes do Tribunal de Contas da União, bem como as instruções normativas do governo federal estabeleceram o software livre como melhor solução econômica e técnica a ser adotada pelo poder público.

f) A criação de obras derivadas de softwares são reguladas pelo ato que autorizou a criação da derivação. Assim, não se verificam contradições entre as exigências realizadas pela GPL e a Lei Federal nº 9.609/1998.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Natal/RN, 19 de março de 2015.

Leonardo Lopes Pereira
OAB/RN nº 9.719

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal de Assinaturas. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://portaldeassinaturas.com.br/Verificar/56F4-92DB-B62C-CFE2> ou vá até o site <https://portaldeassinaturas.com.br/Verificar/> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 56F4-92DB-B62C-CFE2



O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 19/03/2015 é(são) :

- ☒ Leonardo Lopes Pereira (Signatário) - 059.948.394-69 em 19/03/2015
15:41

