

DO SOFTWARE LIVRE AO DESAFIO INFORMACIONAL: DIREITO E LIBERDADE NA SOCIEDADE REDE

FROM THE OPEN-SOURCE SOFTWARE TO THE INFORMATIONAL CHALLENGE: LAW AND FREEDOM IN NETWORK SOCIETIES

*Rafael Lima Sakr**

Resumo:

O presente trabalho se propõe a investigar, a partir do questionamento de Yochai Benkler, as virtudes da arquitetura de direitos de propriedade intelectual em face das transformações introduzidas pela revolução da tecnologia da informação. Examinam-se os reflexos da emergente cultura livre sobre os fundamentos dogmáticos da ordem jurídica. Nesse particular, a noção de direito subjetivo e de contrato de licença de software são confrontados com o desafio informático, visando a determinar a capacidade desses tradicionais institutos jurídicos de prover um espaço institucional suficiente e adequado para o desenvolvimento da sociedade informacional.

Palavras-chave: Direito. Liberdade. Software. Sociedade em Rede. Direito Subjetivo.

Abstract:

This paper aims to discuss, from the questioning presented by Yochai Benkler, the virtues of the intellectual property rights framework in light of the transformations introduced by the information technology revolution. It examines the impact of the emerging free culture on the dogmatic fundamentals of the legal order. In this particular, the concept of subjective right and of software license agreement are faced with the informatic challenge, aiming at determine the ability of these traditional legal institutions to provide an enough and adequate institutional space for the development of the information society.

Keywords: Law. Freedom. Software. Network Society. Rights.

Introdução

Iniciar qualquer investigação sobre os impactos das transformações sociais contemporâneas na ordem jurídica é tormentoso, pois exige escolher um ponto na corredeira dos fatos para principiar a análise. Devido à penetrabilidade em todas as esferas da sociedade, a revolução da tecnologia da informação será a porta de entrada para exercer um juízo crítico¹ de conceitos e institutos jurídicos tradicionalmente concebidos. Com isso, espera-se contribuir com a construção da resposta para a questão lançada por Yochai

* Mestrando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo.

¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: IMEPS e Editora UNB, 1999. v. 1, p. 4.

Benkler: “*Are we leaving enough institutional space for the social-economic practices of the networked information economy to emerge?*”²

A tecnologia da informação revolucionou as relações sociais, implicando, a partir da década de 1980, na reestruturação da ordem econômica capitalista. Isso não significa aceitar o dilema do determinismo na relação entre sociedade e tecnologia, mas, pelo contrário, rejeitam-se as concepções que sustentam ser a tecnologia elemento determinante da sociedade, ou ser a sociedade hábil em prescrever o curso da transformação tecnológica. Na verdade, tal contradição é aparente, pois tecnologia é sociedade, e esta não pode ser compreendida sem seus instrumentos tecnológicos. Dessa forma, o surgimento do novo paradigma tecnológico iniciou o processo de transformação das estruturas sociais.

Característica distintiva da revolução informacional é a aplicação do conhecimento e da informação na geração de novos conhecimentos e dispositivos de processamento da informação, de modo a formar um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso. A difusão cíclica implica na amplificação de seu poder, na medida em que a tecnologia deixa de ser apenas uma ferramenta a ser empregada, mas torna-se um processo a ser continuamente desenvolvido pelos usuários, que a utilizam e a redefinem. Com isso, há a aproximação entre os processos sociais de criação e manipulação de símbolos e as forças produtivas, o que vem propiciando a reestruturação da ordem capitalista. As conseqüências são vislumbradas na configuração da sociedade informacional,³ a qual é formada, por um lado, pelo novo sistema econômico e tecnológico denominado capitalismo informacional, cuja principal fonte de produtividade está na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento de informação e de comunicação de símbolos; e, por outro, por redes que constituem a nova forma de organização social.⁴

A economia informacional reclama íntimas ligações entre cultura e forças produtivas, exigindo, por conseqüência, novas formas de interação, controle e transformações sociais. Dentre as tecnologias da informação, a convergência da microeletrônica com a rede mundial, operacionalizada pelos *softwares*, tornou-se o mais revolucionário meio tecnológico da Era da Informação. Essa sinergia alterou profundamente as possibilidades de comunicação na sociedade, gerando a percepção de que o poder e a liberdade passaram a depender das condições de acesso e controle dessas novas tecnologias e das informações nelas veiculadas. Nesse particular, enquanto a temática da informação suscita o dilema

² BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006. p. 393.

³ A noção de *sociedade informacional* difere de *sociedade da informação*, visto que, enquanto esta enfatiza o papel da informação na sociedade, aquela constitui um atributo da nova forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transformação da informação são fontes fundamentais de produtividade.

⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 43-66.

da liberdade individual perante o controle de informações versus a necessidade de universalização do acesso à nova informação; o veículo de informação enfatiza o problema da promoção e divulgação do conhecimento tecnológico.⁵

No seio dessas questões, é precursor o papel desempenhado pelo movimento em prol do *free software*, o qual, ao defender a liberdade de acesso à informação e abertura de conhecimento informático, polarizou o debate entre os modelos de *software* livre e *software* proprietário. O considerável sucesso, que vem sendo obtido pelo movimento, pode ser constatado com a proliferação dos novos modelos de licença não-proprietários e com a explosão dos projetos de criação comunitária de conteúdos gerados pelos usuários da rede mundial de computadores. Nesse contexto, a Internet se tornou o modo dominante de acesso ao conhecimento e à informação, implicando mudanças no processo de produção, transmissão e registro da cultura. Por conseqüência, estratégias desenvolvidas dentro do movimento do *software* livre vêm sendo aplicadas a práticas políticas, econômicas e sociais. Essa nova abordagem resultou no surgimento de um novo repertório de produção cultural denominado cultura livre (*free culture*).⁶

Os desafios da sociedade informacional se relacionam com o direito, na condição de causas das mudanças ou efeitos na ordem jurídica. A interação entre informação, conhecimento e cultura livres transforma o significado da noção de liberdade, o que repercute diretamente no mundo jurídico. Logo, deve-se verificar a capacidade do ordenamento positivo de responder adequadamente a esta mudança, sem requerer reformas legislativas. Com relação aos direitos sobre os programas de computador, essa liberdade traz reflexos à noção de direito subjetivo e ao conceito de contrato de licença de *software*.⁷

Da necessidade de reinterpretar a ordem jurídica vigente à luz da emergente cultura livre, o presente trabalho recoloca, com maior particularidade, o questionamento de Y. Benkler, nos seguintes termos: “Considerando o sentido de liberdade, a arquitetura de direitos de propriedade intelectual, em especial a noção de direito subjetivo e o contrato de licença de *software*, assegura espaço institucional suficiente para o desenvolvimento do *software* na sociedade informacional?”

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 260.

⁶ MIZUKAMI, Pedro N.; LEMOS, Ronaldo. From free software to free culture: the emergence of open business. In: SHAVER, Lea (Org.). *Access to knowledge in Brazil: new research on intellectual property, innovation and development*. New Haven: Information Society Project, 2008, p. 25-26. Disponível em: <<http://isp.law.yale.edu>>.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional...* cit., p. 260-263. BENKLER, Yochai. op. cit., p. 1.

1. Do *software* livre à cultura livre

Os processos de descoberta e dispersão das revoluções tecnológicas não são exclusivos de um certo lugar ou povo, haja visto que as contribuições ocorrem difusamente. Ainda assim, as raízes sociais da sociedade informacional brotaram do Vale do Silício. Nas décadas de 1960-70, fatores tecnológicos, econômicos e sociais convergiram para transformá-lo no expoente simbólico do novo paradigma cultural. A revolução da tecnologia da informação induziu transformações no pensamento político, moral e econômico, implicando no rompimento com a tradição californiana de cautela e conservadorismo. O resultado foi o rápido alastramento e impregnação do espírito libertário dos anos 1960 na nascente cultura informacional.⁸

Desse contexto de efervescência cultural, surgiu o movimento pelo *software livre* que defende, com fundamento nos valores de liberdade e solidariedade, a adoção plena do regime jurídico de uso livre do *software*, com a gradual eliminação do modelo de *software* proprietário. Capitaneada pela *Free Software Foundation*, o movimento construiu uma base ideológica, em prol de um conhecimento livre e comunitário, que alcançou projeção internacional. O *software* proprietário passa a ser moralmente questionado, pois privaria o usuário do exercício das quatro liberdades essenciais da sociedade informacional: a) a liberdade de executar o programa para qualquer objetivo; b) a liberdade de estudar e adaptar o programa para as necessidades particulares; c) a liberdade de redistribuição de cópias; e d) a liberdade de introduzir melhorias aos programas e dispô-las publicamente. Percebe-se, assim, que o discurso em defesa pelo *software* livre tem justificativa moral e não tecnológica.

Em oposição, os defensores do modelo proprietário, vinculando-se aos ideais liberais clássicos, sustentam a utilização do *software* na qualidade de produto do conhecimento. A proteção à propriedade intelectual, que decorre da apropriação do conhecimento informático, goza de uma justificativa dual, moral e econômica. No plano axiológico, o programa é a expressão do espírito livre e criativo do autor, por isso cabe ao direito salvaguardar o produto de sua personalidade. Na perspectiva econômica capitalista, os direitos de exclusividade visam estimular os investimentos em novas tecnologias, mediante obtenção de lucro pelos autores, e a maximização da produção pelo mercado, pois acreditam ser o mais eficiente mecanismo econômico.

Na década de 90, surge a *Open Source Initiative*, ramificação dissidente do movimento pelo *software* livre, em busca de uma resposta aos problemas de sentido

⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 70-76.

decorrentes do termo “free”.⁹ Distanciando-se da idéia de gratuidade, a nova doutrina tem por objetivo promover a concepção de “código aberto” (*open source*), de modo a aproximar-se do mundo dos negócios. Sob a justificativa de maior eficiência econômica e superioridade tecnológica, os defensores do código aberto apresentam uma interpretação conciliadora com os interesses capitalistas, ao propor a substituição do foco na produção e venda de programas para ênfase na prestação de serviços. Com o desenvolvimento desse novo modelo, haveria a possibilidade de maximizar a alocação de recursos, diminuindo os custos e acelerando o processo de inovação e produção, bem como permitiria maior competição, ao eliminar barreiras monopolísticas. Desse modo, o discurso da *Open Source Initiative* sustenta que o *software* livre não traduz uma questão moral, mas puramente tecnológica.

O fortalecimento dos movimentos em prol do código aberto e do *software* livre permitiu, por um lado, a consolidação da pauta temática sobre a tecnologia dos programas de computador e a informação nela veiculada; e, por outro, contribuiu fundamentalmente para o surgimento de uma nova forma de manifestação cultural. Em 2001, com criação do projeto *Creative Commons* e a publicação dos trabalhos acadêmicos de Lawrence Lessig, é cunhado o conceito de *free culture* (cultura livre), o qual refere-se a um movimento descentralizado que busca aplicar as estratégias desenvolvidas pelo *software* livre a áreas diversas da cultura. Os patronos da cultura livre investigam os fundamentos materiais dos direitos de propriedade intelectual, a fim de determinar a falseabilidade das proposições que afirmam que esta estrutura jurídica produz incentivos para inovação, bem como o respectivo impacto sobre o acesso à informação, ao conhecimento, à educação e à participação na vida cultural. Assim, o discurso da cultura livre sustenta o estabelecimento de uma normatividade cultural centrada na idéia de liberdade defendida pelo movimento em prol do *software* livre, o que implica exigir a reforma imediata dos direitos de propriedade intelectual.¹⁰

1.1. A emergência das criações comunitárias: *social commons* e *legal commons*

As transformações sócio-econômicas revolucionaram, por um lado, as formas de produção de conhecimento e informação e, por outro, os valores e o modo de relacionamento dos atores sociais. A sociedade em rede influenciou positivamente o

⁹ Por ser polissêmico, os sentidos do termo *free* possibilitam a criação da ambigüidade entre “*free* como liberdade” versus “*free* como gratuidade”.

¹⁰ MIZUKAMI, Pedro N.; LEMOS, Ronaldo. op. cit., p. 27-35. BENKLER, Yochai. op. cit., p. 16-20. FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Direito constitucional...* cit., p. 262-263. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. t. 7, p. 139-155. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 8.

aumento da autonomia dos indivíduos, de modo a incentivá-los a melhorar sua capacidade de realização, tanto para si mesmo como para outros, segundo uma base comunitária de relacionamentos, não organizada necessariamente por um sistema de preços ou por uma estrutura hierárquica tradicional. Produto direto dessa interação em rede, as criações comunitárias (*creative commons*) são manifestações da cultura livre de vocação aberta, cooperativa e descentralizada, as quais não dependem necessariamente de forma jurídica. A finalidade dos *commons* é permitir o pleno desenvolvimento das relações sociais livre de controles de exclusividade sobre o conhecimento.¹¹

A intensificação e diversificação das relações sociais aumentaram a complexidade das criações comunitárias, o que exige a formulação de dois conceitos complementares: *social commons* e *legal commons*. Os *legal commons* são construções comunitárias estabelecidas pelo direito ou formalizadas pela ordem jurídica. Cientes das implicações legais, os criadores atuam voluntariamente para enquadrar suas criações dentro das estruturas jurídicas disponibilizadas pelos direitos de propriedade intelectual. Com isso, permitem em termos jurídicos a utilização aberta, cooperativa e descentralizada de sua construção comunitária.

Produtos históricos e sociais, os *social commons* são criações comunitárias, em cujo processo geracional tornou-se inaplicável, inexigível ou irrelevante a própria idéia de propriedade intelectual. Daí porque essas criações estão continuamente ameaçadas pela tensão dicotômica entre legalidade e ilegalidade. Contudo, a adaptabilidade em razão das condições adversas permite aos *social commons* incorporar a produção de conhecimento realizada fora da área de domínio efetivo dos direitos de propriedade intelectual.¹²

À luz do fenômeno das criações comunitárias, permite-se explicitar os efeitos da cultura livre na sociedade. No plano axiológico, a noção de liberdade, concebida pelo Iluminismo, segundo o qual a dignidade humana está fundamentada na liberdade individual e privada, parece não responder adequadamente às exigências dessa cultura livre emergente. A demanda por uma liberdade com vocação comunitária não encontra solo fértil nos sentidos de não-intervenção e autonomia ou autogoverno, do liberalismo moderno. Isso reflete diretamente na interpretação dos institutos jurídicos.¹³

No plano econômico, a produção de conhecimento na sociedade informacional não depende exclusivamente da existência dos direitos de propriedade intelectual. Logo, o modelo proprietário, dependente dos direitos de exclusividade, não é única forma de

¹¹ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006. p. 8-24.

¹² MIZUKAMI, Pedro N.; LEMOS, Ronaldo. op. cit., p. 45-47.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 278-279. LAFER, Celso. O moderno e o antigo conceito de liberdade. In: *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980. p. 18-20.

fomentar a geração de conhecimento. Desse modo, torna-se possível a adoção de modelos *commons-based peer-production*, tais como: o modelo do *open source*, no qual se pode objetivar o lucro, sem exercer direitos de exclusividade, e o modelo do *software* livre, pelo qual a produção não-exclusiva é independente das relações de mercado. Com a ampliação do leque de modelos de produção de conhecimento, retira-se dos direitos de propriedade intelectual o fundamento econômico central que sustenta exclusividade legal.¹⁴

No aspecto jurídico, os direitos de propriedade intelectual estão sujeitos a problemas de legitimidade, pois seus fundamentos morais e materiais são continuamente contestados, e de eficácia, na medida em que suas normas legais são constantemente ignoradas ou violadas pelos atores sociais. Por consequência, é preciso (i) reinterpretar o ordenamento jurídico em face das transformações na estrutura que resultaram numa nova concepção de liberdade; (ii) investigar se os institutos jurídicos atualmente existentes são adequados; e (iii) verificar em que medida uma nova interpretação normativa seria suficiente para assegurar um ambiente institucional capaz de permitir o pleno desenvolvimento do *software* na sociedade informacional.¹⁵

2. O *software* na ordem jurídica brasileira

Os programas de computador são criações intelectuais, porém não resultam do mesmo processo de inovação característico da sociedade industrial. O fator distintivo da sociedade informacional não é a fonte de crescimento de produtividade, mas a adoção de um paradigma tecnológico baseado em tecnologias da informação. Nesse novo contexto, a informação é a matéria-prima, de modo que a tecnologia atua sobre a informação, diferenciando-se das revoluções anteriores nas quais apenas a informação incidia sobre a tecnologia. Como a informação é parte integral da sociedade, todos os processos sociais são influenciados pela tecnologia informacional. Daí a dinâmica das relações sociais ganhar nova configuração morfológica, visto que a lógica de redes é necessária para estruturar o não-estruturado, já que cumpre a função de preservar a flexibilidade e assegurar a convergência tecnológica.¹⁶

Dessa forma, a espinha dorsal da economia informacional é justamente focada na temática da liberdade informacional. Isso significa que o padrão das relações econômicas está intrinsecamente vinculado à concepção de liberdade e seu exercício na sociedade informacional. No caso particular dos *softwares*, a problemática do livre acesso informacional, que vinculado ao embate entre abertura versus fechamento de conhecimento

¹⁴ BENKLER, Yochai. op. cit., p. 8-24.

¹⁵ MIZUKAMI, Pedro N.; LEMOS, Ronaldo. op. cit., p. 49-50.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 107-113.

informático, resulta na oposição entre modelos não-proprietário (*software* livre e código aberto) e modelo proprietário de *software*. Sob um olhar desatento, tratar-se-ia apenas de uma questão jurídica superficial consistente na oposição entre regimes de utilização do programa de computadores. No entanto, aspectos sociais, econômicos, valorativos e culturais constituem o substrato material que deve ser considerado na construção da solução adequada, pois esta determinará o espaço normativo-institucional para o desenvolvimento de programas de computador.

Nesse particular, ressalta-se que a tecnologia da informação desenvolve sistemas operacionais na forma de linguagens de programação, as quais podem ser escritas em código-fonte ou código-objeto. A utilização dos programas exige que o computador execute um processo de tradução do código-fonte para a linguagem de máquina. Nesse sentido, os *softwares* escritos em código-fonte constituem um conjunto de comandos em linguagem natural, direcionados para produzir determinada operação no computador. Os *softwares* expressos em código-objeto são escritos em linguagem de máquina, servindo apenas para serem executados por usuários licenciados.

Na ordem jurídica brasileira, os direitos relativos ao *software* foram estabelecidos, em 1998, pela Lei n. 9.609 (“Lei de *Software*”), subsidiada naquilo que for omissa pela Lei n. 9.610 (“Lei de Direito Autoral”). O art. 2º reconhece os programas de computador como objeto de direito de autor, equiparando-os às obras literárias. O criador do programa de computador, como titular dos direitos sobre a obra, pode optar, mediante a celebração de contrato de licença de *software*, por um regime jurídico aberto ou fechado. No regime fechado, o titular autoriza somente a execução do *software* “proprietário”, na forma de código-objeto, no computador do licenciado. No regime aberto, o criador permite o acesso ao código-fonte, o que possibilita o exercício das quatro liberdades fundamentais da sociedade informacional.

Desse modo, cabe, exclusivamente, ao titular do direito sobre o *software* a definição da forma como exercerá seus direitos. Daí o programa de computador estar sujeito ao tradicional direito de propriedade intelectual, assegurando amplos poderes ao autor sobre sua criação, em especial a imposição de exclusividade. O direito de excluir terceiros tem o condão de tornar inaccessível o conhecimento informático envolvido na criação do *software*, ou de acesso muito oneroso. O predomínio de códigos-fontes fechados tende a ter efeitos nocivos sobre a produção de informação, a qual é matéria-prima essencial da economia informacional. Em síntese, a controvérsia vincula o duplo caráter do conhecimento, como criação ou como produto intelectual, aos direitos de propriedade intelectual.¹⁷

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 260-263.

Não-obstante a relevância da controvérsia suscitada, a cultura livre adiciona ao debate a questão da adequação social dessa arquitetura dos direitos de propriedade intelectual ao desenvolvimento dos diversos modelos de produção de conhecimento.

Ante o exposto, é preciso investigar (i) o duplo caráter do *software* como conhecimento informático e como produto do intelecto; (ii) a natureza autoral e patrimonial da Lei de *Software*; e (iii) os desafios à Lei de *Software*, os quais permitirão verificar adequação desta norma jurídica à sociedade informacional.

2.1. Conhecimento informático ou produto intelectual

Os programas de computador estão entre as tecnologias que fomentaram a revolução informacional, logo, encontram-se em sua natureza as virtualidades originais da Era da Informação. O paradigma da tecnologia da informação penetra nas diversas dimensões do viver humano, conduzindo-o a uma evolução rumo à abertura sistêmica, na forma de uma rede flexível, complexa e convergente, de acessos múltiplos. Com efeito, para normatizar o *software*, é preciso compreendê-lo em seu duplo caráter: conhecimento informático e produto intelectual.¹⁸

Ao qualificá-lo como produto intelectual, atribui-se ao *software* a natureza de coisa, a qual deve ser apropriada exclusivamente pelo seu criador, a fim de incentivar a sua produção. Tal concepção “coisificante” da realidade tem origem na tradição moderna construída sobre os valores do liberalismo econômico e da economia industrial. Não-obstante, segundo a perspectiva informacional, os programas de computador são conhecimentos informáticos. Isso significa que, diferente de um produto, não desaparecem ou se tornam inúteis a terceiros, após serem consumidos, bem como não exigem o dispêndio de recursos adicionais.¹⁹

Na concepção de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, tratar o *software* como conhecimento ou produto é atribuir-lhe qualificações que ele comportaria como um substrato, o que seria uma idéia imprópria, visto que o art. 2º da Lei de *Software* equipara-o explicitamente à obra literária. Como a obra literária só existe numa relação dialética entre texto, autor e público, ela não pode ser reduzida ao suporte físico, à idéia expressa pelo autor, ou ao sentido capturado pelo público. A obra só é no jogo permanente e indissolúvel de interação entre esses elementos que a constitui. Logo, se ela é apenas numa relação, então só a partir dessa é possível concebê-la. Assim, enquanto obra, a natureza do *software*

¹⁸ CASTELLS, Manuel. op. cit., p. 113.

¹⁹ BENKLER, Yochai. op. cit., p. 35-36.

é descoberta pela forma do uso, ou seja, a relação entre autor, usuário e *software* poderá ser de transmissão de conhecimento ou alienação de produto.²⁰

Nesse sentido, é fundamental compreender o processo de conhecimento do *software*, a fim de aferir se o sujeito, ao utilizar um dado programa, adquire um conhecimento. Para a epistemologia de orientação analítico-pragmática, um programa de computador constituirá um saber apenas quando a relação cognoscitiva entre sujeito e objeto permitir ao sujeito o controle procedimental das razões que tornam as soluções corretas ou interessantes para o problema informático. Dessa forma, ao exigir do sujeito cognoscente o controle das causas, evidencia-se que a acessibilidade é um pressuposto indispensável ao conhecimento informático.

A utilização que o sujeito pretende fazer do programa é, portanto, determinante para a atividade cognoscitiva. Apesar do programa escrito em código-fonte e do programa expresso em código-objeto serem equivalentes quanto ao processamento informático, eles divergem quanto ao conteúdo informativo. Isso porque o *software* em linguagem de máquina não expressa qualquer justificativa das funções que os comandos exercem no programa. Já o *software* em linguagem natural confere acesso à justificativa, permitindo a descoberta das operações e funções no programa. Por consequência, ao controlar as causas que tornam o programa eficaz, abre-se espaço para desenvolver, a partir do código-fonte, novas soluções adaptadas ou dirigidas a problemas nascentes. Conclui-se, enfim, que o conhecimento não é apenas um conjunto estático de informações, mas um processo dinâmico de revisão e aperfeiçoamento de conteúdos.

Há, em suma, uma distinção qualitativa na forma de relação entre o programa de computadores e o sujeito. No caso de *software* em código-objeto, o sujeito terá uma relação de “consumo” com produto informático. Na hipótese de *software* em código-fonte, a utilização poderá envolver um processo aquisitivo de conhecimento informático.²¹

2.2. A natureza da Lei de *Software*

O caráter da interação entre autor e usuário dependerá da forma de relacionamento, de conhecimento ou de consumo, com o programa de computadores. É a partir das possibilidades apresentadas pela legislação sobre *softwares* que será determinada a natureza da obra, se produto ou conhecimento informático. Dessa forma, a legislação brasileira desempenha um papel estrutural e teleológico no desenvolvimento do espaço de produção de *softwares*. Compreendida a natureza de tal relacionamento, cabe analisar

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 266-268.

²¹ Id. *Ibid.*, p. 268-271.

em que medida os fundamentos das normas jurídicas vigentes se coadunam com as novas formas de relação pragmática com *software*, introduzidas com as transformações da sociedade informacional.

Primeiramente, é preciso examinar a natureza jurídica atribuída pela legislação brasileira ao direito sobre os programas de computador. Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.609, equipara-se o *software* às obras literárias, de modo a qualificá-lo como objeto do direito de autor. Ao submetê-lo à disciplina da Lei n. 9.610, optou-se por proteger não a *res*, pela qual se concretiza a criação, mas a própria criação intelectual, que pode ter variadas expressões estéticas.²²

Segundo a tradicional doutrina brasileira, os programas de computador, como resultados de uma construção intelectual, têm uma natureza dualista: “direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica”. Os direitos morais são protegidos pelo art. 24 da Lei de Direito Autoral, na forma de garantias de: (i) reivindicar a autoria da obra; (ii) ter seu nome anunciado; (iii) conservá-la inédita; (iv) opor-se a modificações ou atos que prejudiquem a sua reputação; (v) retirá-la de circulação ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada. Não-obstante, o art. 27 estabelece a inalienabilidade e irrenunciabilidade desses direitos, pois estão vinculados à própria personalidade do autor. A Lei de *Software*, em seu art. 2º, derroga parcialmente os direitos morais do autor, de modo a restar tão somente o direito de reivindicar a paternidade da obra e de opor-se a reproduções que ofendam a sua honra e reputação.²³

Todavia, protege-se os interesses patrimoniais do criador em relação à obra, assegurando a ele amplos poderes para explorá-la economicamente, podendo inclusive fruir e dispor de seus direitos de exclusividade. Pela perspectiva de Herbert L. A. Hart, permite-se verificar as potencialidades dos direitos patrimoniais conferidos pela Lei de *Software*, mediante a análise normativa em nível primário e secundário. As normas primárias de comportamento atribuem ao titular direitos de permissão e exclusividade sobre o uso do programa. No nível secundário, as normas de competência conferem ao sujeito o poder de determinar, se aberto ou fechado, o regime de uso do *software*.²⁴

Com isso, é preciso examinar quais são os limites da legislação autoral acerca da atribuição de direitos de exclusividade sobre o conhecimento informático subjacente ao *software*. Embora seja atribuída pelo art. 1º a proteção ao código-fonte e ao código-objeto, a Lei de *Software* não garante qualquer direito sobre o conhecimento

²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 271-272.

²³ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 16.

²⁴ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 53-57.

envolvido na criação dos programas de computador, visto que a idéia em si não é obra intelectual e, portanto, carece de proteção do direito autoral. Disso surge uma aparente contradição, pois, o conhecimento subjacente ao *software* não pode ser apropriado, porém permiti-se que o mesmo se torne inacessível a terceiros. A solução está em constatar que o conhecimento informático pode ser próprio, no sentido de que somente o titular tem acesso à justificação, mas não proprietário, isto é, não é passível de comercialização ou exclusividade. Daí ser essencialmente uma diferença fática e não jurídica.²⁵

Desse modo, a Lei de *Software*, ao estabelecer os limites e garantias do direito autoral, atribui ao autor liberdade de poder modificar, mediante contrato de licença, o regime jurídico do *software*, o que implica determiná-lo funcionalmente como conhecimento informático ou produto intelectual.

3. Os desafios à Lei de *Software* na sociedade informacional

Como anteriormente observado, do contexto informacional emergiu o movimento pela cultura livre com a proposta de revisar a estrutura normativa da Era Industrial, a fim de adequá-la a uma nova normatividade cultural fundada na idéia de liberdade comunitária. Nesse contexto, surgem os *creative commons*, cuja vocação aberta, cooperativa e descentralizada, visam a criar um espaço propício ao livre desenvolvimento dos programas de computador.²⁶

A reação dos atores econômicos tradicionais, baseados no modelo econômico proprietário e nos direitos de exclusividade, foi drástica. A partir dos Estados Unidos, iniciou-se uma campanha mundial tendo por objetivos, por um lado, a construção simbólica da idéia de “pirataria digital” e, por outro, o fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual. Nesse contexto, a indústria de conteúdo articulou pressões sobre governos e opinião pública, valendo-se da necessidade de normatizar a utilização das novas tecnologias e da sensação de que a impunidade da Internet exigiria medidas enérgicas, para tornar as legislações de direitos de propriedade intelectual ainda mais rígidas e garantir decisões judiciais favoráveis. Dentre os episódios legislativos mais emblemáticos, encontram-se a aprovação do *Trade Related Aspects of Intellectual Property* (“TRIPS”) no plano internacional, da *European Union Copyright Directive* (“EUCD”) na União Européia, do *Digital Millennium Copyright Act* (“DMCA”) nos Estados Unidos, e da Lei de *Software* e Lei de Direito Autoral no Brasil. No âmbito judicial, as decisões precursoras das cortes estadunidenses guardam grande influência internacional, como o Caso *Sony Corp. v. Universal City Studios* e o Caso *A&M Records v. Napster*. Dessa forma, há a tentativa

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional...* cit., p. 273-274.

²⁶ BENKLER, Yochai. op. cit., p. 8-24.

de submeter o movimento pela cultura livre a duas formas de controle social: as normas jurídicas, nacionais e internacionais, e os mecanismos polimorfos das disciplinas.²⁷

As mudanças jurídicas contrárias à cultura livre levaram à ampliação, sem precedentes históricos, de direitos de propriedade intelectual. É, sobretudo, por meio da transformação do direito autoral em ferramenta de salvaguarda que se pretende promover a adoção do modelo proprietário como forma exclusiva de organização da produção de conhecimento. O efeito visado é assegurar a reprodução de modelos fechados de negócio, conformados à estrutura de mercado do capitalismo industrial.

O sucesso, parcial ou total, de tal empreitada causa sérios problemas à economia informacional. Isso porque os modelos abertos, concebidos a partir da legalização dos *social commons*, já respondem por parcela substancial da produção de informação. Frutos da revolução informacional, os modelos do *software* livre e do *open source* são *legal commons* que, ao incorporarem os novos valores morais e econômicos da sociedade informacional, contestam os fundamentos axiológicos e empíricos dos direitos de propriedade intelectual.²⁸

No Brasil, as diversas críticas à legislação do *software* enfatizam a pertinência dos institutos jurídicos em face das novas perspectivas valorativas e econômicas. No contexto nacional, as batalhas têm sido essencialmente travadas na Academia, a qual tem se esforçado para interpretar a ordem jurídica à luz dos desafios advindos com fenômeno das criações comunitárias. Para os defensores da cultura livre no Brasil, a questão preponderante consiste na possibilidade, ou não, de adequação do direito autoral, o qual fundado em preceitos racionalistas incorpora a indisponibilidade, às criações comunitárias. Nesse particular, o conceito comunitário de liberdade, por desempenhar um papel central no direito autoral, como pressuposto da noção de contrato de licença de *softwares* e de direito subjetivo, tem função determinante na reinterpretação da ordem jurídica.

3.1. O contrato de licença de *software* e os *legal commons*

A legislação sobre *software* atribui ao criador, independentemente de prévio registro, direitos autorais sobre o programa de computador, de modo a conferir-lhe amplos poderes para determinar o regime de uso, se proprietário, livre ou código aberto. As autorizações para uso do *software* são instrumentalizadas por contratos de licença. Por

²⁷ LEMOS, Ronaldo. Creative commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, p. 181-187, 2005. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2008, p. 188-189. SOARES, Sílvia Simões. *Aspectos jurídicos do compartilhamento de arquivos MP3 P2P via internet: a experiência do Napster e as novas tendências da legislação de copyright dos Estados Unidos*. 2006. (Tese de láurea) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

²⁸ BENKLER, Yochai. op. cit., p. 8-24. LEMOS, Ronaldo. op. cit., p. 184.

tratar-se de obra intelectual, esta não pode ser transferida, permanecendo sob a esfera de atuação do titular. No entanto, o art. 49 da Lei de *Software* permite a cessão, total ou parcial, dos direitos patrimoniais.

No regime proprietário, o usuário tem acesso tão somente à linguagem em código-objeto, não podendo desenvolver qualquer atividade cognoscitiva, mas apenas uma relação de “consumo”. Nessa hipótese, o programa tem natureza de produto informático. Nos regimes não-proprietários, a autorização abrange o uso do código-fonte e do código-objeto. Por consequência, o licenciado tem acesso à justificação, o que torna possível a utilização do *software* como solução e conhecimento informático.

Como anteriormente observado, os regimes não-proprietários têm origem no movimento pelo *software* livre e na *Open Source Initiative*. Não obstante as diferenças valorativas e funcionais, o regime de *software* livre e o regime de código-aberto têm apenas uma divergência inconciliável: a licença *copyleft*. Ambos os regimes concedem direitos de reproduzir, modificar e redistribuir os programas, porém apenas o regime de *software* livre exige a inclusão a essas normas primárias da proibição de alterar, nas derivações desenvolvidas por terceiros, o regime de uso da obra original. Dessa forma, o *copyleft* consiste em uma norma secundária que limita a competência de terceiros acerca da disposição da obra derivada. Essa restrição, desde que prévia e contratualmente estabelecida, não viola os direitos do autor autorizado. Isso porque, de acordo com o art. 5º da Lei n. 9.609, “os direitos sobre derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário”.

Devido a sua natureza de norma primária e secundária, o contrato de licença dotado de *copyleft* é o instrumento legal propício a instituir um ambiente comunitário para produção de conhecimento informático. Isso permite que o *software* seja submetido a atividades cognitivas, das quais emergem, mediante uma dinâmica constante de adaptações e derivações, aperfeiçoamentos que não podem ser apropriados pelos usuários, mas são compartilhados em rede. Na verdade, o *copyleft* proíbe a todos alterar o regime de competência, com exceção do autor originário, cujas derivações por ele mesmo produzidas podem ser apropriadas, visto que não se submete à própria licença. Com efeito, há a possibilidade de surgirem bifurcações na cadeia de produção comunitária, de modo que um programa de computadores pode ser desenvolvido em regime de *software* livre e ter certas derivações apropriadas pelo autor original, sob a forma de regime proprietário.²⁹

Com isso, os contratos de licenças, mediante previsão de normas de conduta e competência, exercem um papel preponderante no processo de criação dos *legal commons*,

²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 274-276.

os quais propiciam o desenvolvimento de programas de computador comunitários sob regime de *software* livre ou sob regime de código aberto.

3.2. Liberdade versus exclusividade: o direito subjetivo em rede

Constatada a possibilidade de organizar o espaço de criações comunitárias, por meio de contrato de licenças, resta analisar se os regimes de *software* livre e código aberto, erigidos sob a égide da não-exclusividade, são dotados de validade. O problema da legalidade está em determinar se a concessão da não-exclusividade implica em renunciar totalmente aos direitos autorais.

A Lei de Direito Autoral prevê, em seu art. 27, que “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. Pelos regimes não-proprietários, os direitos autorais deixam de ser exclusivos, passando então a condição de comunitários. Ao conferir pelo exercício da própria vontade o caráter comunitário à obra informacional, o titular assume os efeitos da perda da exclusividade. No caso particular do *software* original, tal prerrogativa de exclusividade não pode ser posteriormente recuperada.

Desse modo, cumpre indagar se, por meios oblíquos, o contrato de licença de *software* livre ou de código aberto não teria o condão de renunciar aos direitos autorais. Segundo essa perspectiva, identifica-se a perda da exclusividade com a dissolução de um direito subjetivo do titular sobre o programa de computadores. Tal concepção se fundamenta na noção moderna de direito subjetivo, concebida sobre três fatores: (i) vantagem exclusiva de seu titular ao qual se opõe um dever de terceiros; (ii) competência exclusiva para iniciar procedimentos, em caso de violação desse dever; (iii) poder de alterar essa situação jurídica.³⁰

Tais características do direito subjetivo têm origem na noção moderna de liberdade, cuja construção remonta ao confronto teórico entre John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Embora a idéia de liberdade seja comumente concebida como a condição natural do ser humano e daí o estado de natureza, ambos os filósofos constroem diferentes explicações sobre quais são as ameaças a ela. Para J. Locke, a liberdade natural é ameaçada pelos conflitos decorrentes da introdução do dinheiro na sociedade. Em J. J. Rousseau, o perigo surge pela insuficiência dos indivíduos solitários em administrar os equívocos relacionais entre suas forças naturais e suas necessidades. A solução para ambos é garantir a liberdade, por meio da celebração do contrato social. Com a constituição da ordem política, surge a liberdade civil, a qual vai exigir tanto o não-impedimento (liberdade no sentido negativo) quanto à participação política (liberdade no sentido positivo).

³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 276-277.

Partindo do indivíduo para chegar ao todo, a liberdade moderna passa a ser concebida em sentido jurídico, cuja manifestação, pela autonomia da vontade, confere a qualquer um a possibilidade de se vincular, na medida de seus interesses.

A liberdade moderna, ao enfraquecer as limitações externas, permite ao indivíduo aproveitar as oportunidades oferecidas aos seus bens em um ambiente de mercado. Dessa concepção privada de liberdade, surgem os ideais de livre iniciativa e livre mercado, essenciais ao emergente liberalismo econômico. A liberdade passa, então, a ser exercida por meio de bens comercializáveis, o que permite a aquisição de poder sobre outros indivíduos. Daí atribuir a ela a noção de privilégio, cuja proteção demanda o fortalecimento de um poder central com força coativa, o Estado Liberal. Como expressão da autonomia da vontade a liberdade é institucionalizada na figura do contrato moderno, o qual se transforma no principal mecanismo de regulação jurídica das relações de troca. A liberdade moderna consiste, portanto, na possibilidade do indivíduo se vincular juridicamente, pela manifestação da vontade autônoma, de acordo com seus interesses.³¹

Todos esses traços demonstram o caráter relacional da liberdade moderna, cujo exercício seria sempre uma restrição (sentido positivo) e uma resistência (sentido negativo). Explica T. S. Ferraz Jr. que “o sentido relacional da liberdade tornaria possível, assim, a concepção de direito subjetivo como a possibilidade de negar a interferência externa sobre um determinado espaço de ação (vida, propriedade, a própria liberdade) e como a de pretender não importa qual tipo de omissão de interferência indevida de qualquer um”. E completa: “segundo a doutrina mais geralmente aceita e praticada, no conceito de direito subjetivo ocorre o relacionamento de um sujeito, dotado de um poder (faculdade) sobre um objeto (*res, persona*), que tem garantidas suas pretensões em face dos demais sujeitos (*erga omnes*), aos quais cabe um dever geral de omissão. Distinguem-se, assim, na estrutura do direito subjetivo, um aspecto *positivo*, isto é, o poder sobre algo (*res*) ou poder de exigir de alguém uma conduta (*persona*), e um aspecto *negativo*, isto é, uma capacidade de excluir os demais”. Dessa forma, a Era Moderna colocou a liberdade como condição natural do homem no centro do direito, cabendo ao direito subjetivo atuar como garantidor em caso de violação.³²

Essa concepção moderna do direito subjetivo é construída com base em regras que atribuem deveres e competências aos indivíduos. Contudo, esclarece Alf Ross que o direito subjetivo é tão somente uma ferramenta dogmática que permite apresentar situações jurídicas de forma operacional. A pretensão teórica moderna de consubstanciar a liberdade em um direito subjetivo se demonstrou enganosa. Isso porque ele só tem

³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 95-107. LAFER, Celso. op. cit., p. 11-24.

³² Id. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 105.

função operativa, não constituindo uma entidade indivisível, cuja essência incorpora aqueles três traços típicos, e substrato distinto das próprias regras. Pelo exposto, percebe-se que os elementos estruturais do direito subjetivo foram conformados para atender à concepção moderna de liberdade. Entretanto, as transformações promovidas pela revolução informacional exigem a construção de um novo conceito de direito subjetivo, tendo a noção de liberdade subjacente como um lugar comum (*topoi*) que orienta essa reinterpretação.³³

A sociedade informacional rompe com a noção de liberdade moderna, exigindo a sua revisão à luz do paradigma informacional. Nesse sentido, a informação e o conhecimento são elementos centrais na construção da nova noção de liberdade informacional, na medida em que são as matérias-primas da economia informacional e os objetos do movimento da cultura livre. No plano econômico, tais elementos são bens, cujo caráter distintivo se encontra na inexistência de limitação física, isto é, não desaparecem ou se tornam inúteis a terceiros, após serem consumidos, bem como não exigem o dispêndio de recursos adicionais. No plano social, o espaço de ação ganha relevância, visto que, por um lado, continua livre e independente dos outros, enquanto, por outro, permite se comunicar com estes terceiros. Daí o movimento pelo *software* livre conceber normativamente as quatro liberdades essenciais.³⁴

Ao constatar que o enfoque moderno é inadequado à sociedade em rede, percebe-se que o exercício da liberdade se manifesta numa relação de reciprocidade, pois a informação veiculada individualmente em rede é simultânea e não-exclusiva para os outros. Isso possibilita a criação de um espaço comunitário, integrado e flexível, no qual todos podem participar dos processos comunicativos. O ambiente informacional faz da liberdade individual e privatista uma questão técnica de acesso à informação, enquanto a liberdade informacional é concebida, não como liberdade à comunicação, mas por meio da comunicação.

Propõe-se, nesse contexto, uma alteração do pressuposto Iluminista, segundo o qual a dignidade da pessoa humana está centrada na liberdade individual e a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro. Com efeito, no processo de realização do indivíduo na rede, a dignidade humana deve estar centrada no viver em livre comunicação com o outro. Daí a reconstrução da fórmula em “a liberdade de um começa onde começa a liberdade do outro”. A partir dessa liberdade informacional, o indivíduo não deve ser visto como um átomo isolado, mas como um ente comunicativo, uma unidade agente/paciente,

³³ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 203-223. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional...* cit., p. 277.

³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional...* cit., p. 278. BENKLER, Yochai. op. cit., p. 35-36.

em interação recíproca e em rede com outros. Por conseqüência, “a liberdade/dignidade se experimentaria nesta rede e só seria apropriadamente pensada se a própria rede fosse enquanto um meio (processo) de comunicação. Isto é, indivíduo e seu meio ambiente informático formariam um todo essencialmente uno”.³⁵

Para a dogmática jurídica, o sujeito de direito passa a ser construído não como um agente que domina os bens informáticos, mas como um agente que se comunica por meio desses bens. Nas relações instauradas pelo contrato de licença de *software*, a escolha do regime jurídico será acompanhada pela adequada noção de liberdade. Desse modo, no regime proprietário, permanecerá a liberdade moderna; enquanto no caso de regime de *software* livre ou código aberto, será mais apropriado o emprego da liberdade informacional. Ressalta-se que, na hipótese não-proprietária, todos os licenciados são numa unidade, simultaneamente, pacientes, do exercício do direito de explorar a obra, e agentes, ao interagirem com a solução informática. Em razão disso, qualquer integrante da rede de licenças é garantido buscar proteção judicial para violações contra esses direitos.

Diante disso, o direito subjetivo recebe uma configuração distinta da moderna, mas concebida em três fatores: (i) vantagens compartilhadas, ou seja, o direito de uso sobre os bens é comunitário, não se opondo a terceiros; (ii) competência comunitária para iniciar procedimento, para proteção dos privilégios comuns; (iii) poder exclusivo do titular do direito de alterar o regime jurídico de uso. Portanto, não se verifica nem a perda de direito subjetivo, visto que este pode ser exclusivo ou comunitário, nem a abdicação de direito autorais sobre o *software*. Em suma, revela-se enganosa a oposição, no plano jurídico, entre, de um lado, o regime proprietário e, de outro, o regime livre ou código aberto, pois todos constituem exercícios plenos de direitos de propriedade intelectual em atenção aos interesses de seu titular.³⁶

Conclusão: Da cultura livre ao desafio informacional

O presente trabalho propôs analisar criticamente, a partir da indagação de Y. Benkler, as virtudes da ordem jurídica vigente em face das transformações introduzidas pela revolução da tecnologia da informação. Investigou-se o impacto da emergente cultura livre, cuja origem remonta ao movimento pelo *software* livre, sobre os fundamentos da dogmática jurídica. O surgimento, em particular, das criações comunitárias, *legal commons* e *social commons*, desafiou a capacidade dos institutos jurídicos tradicionais de prover um espaço institucional suficiente para o desenvolvimento da sociedade informacional.

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 136-137.

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 279-281.

Do leque de desafios, o fenômeno do *software* não-proprietário, concebido como *legal common*, demandou examinar a adequação do sentido de liberdade em face do instituto do contrato de licença de *software* e da noção de direito subjetivo. O caminho percorrido conduziu à análise dos fundamentos, limites e possibilidades dos direitos de propriedade intelectual. Isso permitiu a constatação de que, por um lado, a legislação brasileira autoriza, mediante contrato de licença, a criação de diferentes regimes jurídicos, os quais possibilitam os modelos de utilização do *software* em proprietário, livre e código aberto. Por outro, a noção de direito subjetivo foi reconstruída, a fim de configurá-lo à luz da liberdade informacional, cujo exercício se manifesta numa relação de reciprocidade. A dogmática jurídica passa, então, a contar com os sentidos moderno e informacional de liberdade para conceber as diversas estruturas de direito subjetivo.

Das discussões e possibilidades hermenêuticas acerca das noções relevantes para a classificação jurídica do *software*, poder-se-ia concluir positivamente pela capacidade de adequação, ao menos estrutural, do arcabouço dos direitos de propriedade intelectual às criações comunitárias da sociedade informacional. Os *legal commons*, manifestados como conhecimento informático e produto intelectual, encontram, nos diferentes regimes jurídicos de uso, o espaço de ação necessário para o desenvolvimento do *software*, conforme os princípios defendidos pelo movimento pelo *software* livre e pela *Open Source Initiative*.

Todavia, essa resposta não é totalmente aceitável. Isso porque os desafios propostos pela cultura livre à arquitetura de direitos de propriedade intelectual não são restritos aos *legal commons*. Na realidade, é com a introdução dos *social commons* que surge o verdadeiro desafio, na medida em que estas criações comunitárias são desenvolvidas ao arpejo de qualquer ordem jurídica vigente. Por exemplo, no caso de um projeto comunitário de *software* desenvolvido internacionalmente segundo a lógica de rede, cuja autoria não pode ser precisamente aferida, a titularidade da obra é indeterminável.

Assim, embora a legalização dos *social commons* seja pretendida, a fim de proporcionar maior segurança e certeza aos participantes, a racionalidade dos direitos autorais, construída sobre a noção moderna de liberdade e de direitos naturais, impede a concessão de regime de uso a sujeitos indetermináveis. Além disso, há o problema da multiplicidade de jurisdições, que advém da incompatibilidade da lógica estatal dos direitos de propriedade intelectual com a lógica em rede inerente às criações comunitárias. Como as redes comunitárias não são formadas respeitando os pressupostos tradicionais da soberania moderna, os direitos nacionais e internacional não apresentam uma solução jurídica satisfatória para os bens comunitários construídos globalmente. Isso porque, por ser um espaço virtual, comunitário e livre de fronteiras, a Internet atua segundo uma lógica e num plano distintos dos quais as normas de competência de jurisdição internacional foram

criadas. Tais lacunas parecem resultar na impossibilidade de aplicar institutos jurídicos de vocação moderna e industrial às novas situações da sociedade informacional.

Longe de esgotar o tema suscitado pelos questionamentos introduzidos pelos *creative commons*, constata-se que a reinterpretação da ordem jurídica vigente é capaz de lidar com os *legal commons*. Entretanto, a emergência dos *social commons* traz problemas ainda insolúveis para a arquitetura de direitos de propriedade intelectual, cujas respostas dependerão ainda mais da noção informacional de liberdade. Enfrentar essas questões constitui o desafio informacional.

São Paulo, março de 2009.

Referências

- ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- ARON, Raymond. A definição liberal da liberdade (a propósito de The constitution of Liberty, de F. Hayek). In: *Ensaio Político*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1972. p. 189-204.
- _____. Liberdade: liberal ou libertária. In: *Ensaio Político*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1972. p. 221-250.
- BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006.
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. Wamberto H. Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 133-166.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DAHRENDORF, Ralf. Reflexões sobre a liberdade e a igualdade. In: *Sociedade e liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 241-271.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2008.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LAFER, Celso. O moderno e o antigo conceito de liberdade. In: *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980. p. 11-24.

LEMOS, Ronaldo. Creative commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, p. 181-187, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. t. 7.

MIZUKAMI, Pedro N.; LEMOS, Ronaldo. From Free Software to Free Culture: the emergence of open business. In: SHAVER, Lea (Org.). *Access to knowledge in Brazil: new research on intellectual property, innovation and development*. New Haven: Information Society Project, 2008, p. 25-63. Disponível em <<http://isp.law.yale.edu>>. Acessado em: 2 jan. 2009.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SOARES, Silvia Simões. *Aspectos jurídicos do compartilhamento de arquivos MP3 P2P via internet: a experiência do Napster e as novas tendências da legislação de copyright dos Estados Unidos*. 2006. (Tese de láurea) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: IMEPS e Editora UNB, 1999. v. 1.