

SOFTWARE LIVRE E SUA ADOÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES A PARTIR DA LEI ESTADUAL N. 11.871/2002 (RS), QUESTIONADA PELA ADI N° 3059-1¹

Bruno Nunes CARDOSO²

RESUMO: O desenvolvimento das tecnologias da informação e dos meios de telecomunicação trouxeram não apenas novos questionamentos para o cenário político e jurídico brasileiro, mas geraram profundas e relevantes mudanças para a sociedade global, que afetam a todos e todas, direta ou indiretamente. Nessa conjuntura, de uma sociedade que valoriza, organiza-se e se desenvolve através de meios informacionais, cujo núcleo de todo esse processo são os *softwares*, dá-se o advento de uma forma de licenciamento de programas de computador para terceiros, chamado de *software* livre, que inova ao garantir amplas liberdades aos usuários e desenvolvedores, através das próprias prerrogativas do direito de autor, assunto este, porém, um tanto quanto desconhecido, em razão do ineditismo do tema, inclusive, até mesmo, no meio jurídico. Em face disso, enquanto análise de Acórdão, o escopo deste artigo será evidenciar o suporte e amparo jurídico-constitucional presente no formato de licenciamento do *software* livre, através da análise da Lei n° 11.871/2002, contestada no STF pela ADI n° 3059-1, que trata sobre a utilização de software pela Administração Pública gaúcha, demonstrando-se que, apesar das alegações da parte requerente e da decisão liminar em Plenário, o modelo jurídico-negocial do software livre é o que melhor atende aos princípios basilares que emanam da Carta Constitucional da República.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital – *Software* Livre – Direito Constitucional – Administração Pública.

¹ Artigo produzido para a disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Gassen Zaki Gebara.

² Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. E-mail: bruno.ibrabeem@gmail.com.

ABSTRACT: *The development of information technologies and media have brought not only new questions for the political and legal Brazilian scene, but generated relevant and profound changes to global society, affecting all people, directly or indirectly. At this conjuncture, of a society which values, organizes and develops itself through informational means, and the softwares as the core of this whole process, there's the advent of a software computer licensing form, named free software, which innovates to ensure broad freedoms to users and developers, through the own prerogatives of copyright; however, this issue is somewhat unknown, due to the novelty of the theme, even including the legal means. Given this, while analysis of Judgement, the scope of this article will be to highlight the support and legal-constitutional backing which is in the free software licensing format, through analysis of Law N° 11.871/2002, impugned in the Brazilian Supreme Court by ADI n° 3059-1, which regulates the use of software by the Public Administration of Rio Grande do Sul state, demonstrating that, despite the allegations of the petitioner part and the preliminary decision in Plenary, the business and legal model of free software is what best attends the fundamental principles from the Constitucional Charter of the Republic.*

KEY WORDS: *Digital Law – Free Software – Constitutional Law – Public Administration.*

1. INTRODUÇÃO

Diante do avanço sem precedentes dos meios de telecomunicação e da revolução tecnológica vivenciada pela atual Sociedade da Informação, torna-se patente a relevância jurídica dos novos paradigmas sociais baseados na tecnologia da informação, bem como a utilização destas ferramentas pelo poder público. Tais transformações revolucionam nossa forma de pensar e agir.

Entretanto, a exploração dos conceitos de “sociedade de informação” e a emergência de uma sociedade digital, com suas fundações em facilidades de comunicação exemplarmente anunciadas pelo fenômeno Internet, apresenta certo denominador comum – seu arcabouço repousa sobre os programas de computador, o *software*.

Assim, o *software* está, indissociavelmente, ligado ao modo como funciona e opera a sociedade na atualidade – e é, portanto, um fator político. Opções de *software*, a partir do momento em que existem, são consideradas opções estratégicas, verdadeiramente.³

³ BLUM, R.; BRUNO, M.; ABRUSIO, J. (Orgs.), *Manual de Direito Eletrônico e Internet*. Editora Lex, 2006, p. 490.

O ciberespaço, enquanto infoestrutura em redes digitais regularizadas pelos *softwares* e seus códigos, apresenta-se atualmente como local de exercício da cidadania e ambiente do agir democrático, ensejando novas formas de organização, produção e reprodução da informação em âmbito global, causando profundas transformações na estrutura das sociedades e economias hodiernas, transformações estas ocorridas e evidenciadas nas últimas duas décadas do século XX. Perante isso,

O conhecimento tornou-se, hoje mais do que no passado, um dos principais fatores de superação de desigualdades, de agregação de valor, criação de emprego qualificado e de propagação do bem-estar. A nova situação tem reflexos no sistema econômico e político. A soberania e a autonomia dos países passam mundialmente por uma nova leitura, e sua manutenção – que é essencial – depende nitidamente do conhecimento, da educação e do conhecimento científico e tecnológico.⁴

Neste cenário, surge o *software* livre enquanto maximizador das possibilidades de construção, desenvolvimento e disseminação do conhecimento, vinculado a uma relativização dos direitos autorais decorrentes do próprio desenvolvimento das tecnologias da informação e de rede. É, pois, dentro do contexto globalizado da sociedade informacional, que a adoção do *software* livre pelas diversas esferas da Administração Pública deverá ser pesquisada, possuindo notável importância jurídica a relação entre o *software* livre e a Administração Pública, em decorrência do ineditismo da temática. Desta feita,

O advento do *software* livre trouxe consigo uma profunda transformação nos debates sobre os escopos e fundamentos da propriedade intelectual, especialmente no contexto das modificações legais sofridas por esta nas últimas décadas. O *software* livre foi também responsável por novas perspectivas de desenvolvimento econômico e social, em que a produção econômica é descentralizada e apresenta incentivos globais diferentes dos incentivos que historicamente sempre foram tidos como mais importantes para a criação intelectual.⁵

Neste sentido, enquanto estudo de caso, na busca de determinação mais apurada do tema, analisa-se a problematização decorrente da Lei estadual gaúcha

⁴ TAKAHASHI, Tadao (Org.). *Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde*. Brasília, Ministério da Ciência e Tecnologia. Setembro de 2000. Disponível em: <http://www.inst-informatica.pt/servicos/informacao-e-documentacao/biblioteca-digital/gestao-e-organizacao/BRASIL_livroverdeSI.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2012, p. 5.

⁵ FALCÃO, J.; LEMOS, R.; JUNIOR, T. (Coords.). *Direito do Software Livre e a Administração Pública*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, p. 1.

11.871, de 19 de dezembro de 2002, que determinou a utilização preferencial de *software* livre na Administração Pública direta e indireta no Estado do Rio Grande do Sul, Lei esta que foi contestada no Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.059-1) ajuizada pelo partido PFL, atual Democratas (DEM), tendo seus efeitos suspensos liminarmente pelo plenário do STF, porém julgado improcedente, após pedido de vistas pelo Ministro Luiz Fux, no dia 31 de outubro de 2012⁶, com publicação da decisão no dia 28 de novembro de 2012. Para o partido requerente, a Lei estadual invade competência exclusiva da União para legislar sobre licitação e limita o poder de escolha sobre produtos pela Administração Pública, o que ocasionaria uma possível, mas não constatada, infringência ao princípio da isonomia entre os licitantes.

O desenvolvimento da pesquisa, apesar do que fora sustentado pelo partido requerente na ADI 3059-1, se prestará a demonstrar a prescindibilidade de lei da União para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam disciplinar a adoção de *software* livre e a não existência de violação ao princípio da isonomia dos licitantes, indicando, por fim, o *software* livre como principal concretizador dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Com a presente investigação acadêmica, apesar da escassez bibliográfica que ainda persiste em relação à temática abordada, dado seu ineditismo, buscar-se-á restar demonstrado, através de uma apropriação crítica e reflexiva, que, apesar das alegações da parte requerente e apesar do que fora decidido liminarmente em plenário do STJ, a Lei gaúcha não padece de inconstitucionalidade, sendo o *software* livre, este sim, um formato comercial concretizador dos princípios fundamentais, dos objetivos e dos valores estatuídos na Carta Constitucional da República Federativa do Brasil.

Tais são os pressupostos teóricos que fundamentam a presente análise de Acórdão e que fornecem os parâmetros necessários à problematização da temática abordada, apresentando-se, assim, o *software* livre enquanto alternativa técnico-jurídica economicamente viável, socialmente eficaz e constitucionalmente embasada.

2. SOFTWARE LIVRE: DIFERENCIAÇÃO E CONCEITO

De modo geral, o modelo comercial do *software* livre não se distingue tecnicamente do *software* denominado proprietário ou não-livre. A diferenciação se dá apenas quanto ao modo que se processa seu licenciamento para uso de terceiros. Sendo assim, a compreensão dos mecanismos de licenciamento do *software* livre e a análise da política de migração para o software livre adotada pela

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=222735>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2013.

atual Administração Pública é crucial na compreensão das questões aqui propostas. À vista disso,

O art. 1º da Lei nº 9609/98 define software como “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada”. O termo “*software*” nos remete a um produto da imaginação tecnológica. Já “*software* livre”, por outro lado, coloca-nos diante de um produto da imaginação jurídica. Consiste na normatização, pública e privada, de como se adquire, usa, goza e distribui o software na sociedade.⁷

Ambos, *software* livre e o software proprietário são programas de computadores, enquanto conjunto organizado de comandos em linguagem computacional codificada, porém o grande diferencial reside no formato jurídico-negocial em relação ao contrato de licenciamento adotado quanto ao programa de computador. Lembrando-se que, de acordo com o art. 9º da Lei 9.609/98, “o uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença”⁸. Isto é, seja qual for o modelo negocial, proprietário ou livre, o software não será vendido, mas sim licenciado.

Indispensável conceituar o que vem a ser *software* livre, o que remonta ao aclamado programador Richard Matthew Stallman, graduado em Física pela Universidade de Harvard, no ano de 1974. Foi fundador do projeto GNU, que se iniciou em janeiro de 1984, projeto este que se orientava pela busca do desenvolvimento de um sistema operacional totalmente livre. Foi fundador da *Free Software Foundation* (FSF – Fundação para o *Software* Livre) que visava unir programadores de *software* livre através da promoção, do desenvolvimento e uso de *software* livre. É também autor da GNU *General Public License*⁹ (GNU GPL ou GPL – Licença Pública Geral), a licença livre com maior utilização no mundo, devido, principalmente, à sua adoção pelo projeto GNU e pelo sistema operacional GNU/Linux. Em relação à definição do software livre, para Richard Stallman¹⁰,

“Free software” means software that respects users’ freedom and community. Roughly, the users have the freedom to run, copy, distribute, study, change and improve the software.

⁷ FALCÃO, J.; LEMOS, R.; JUNIOR, T. (Coords.). *op. cit.* p. 10.

⁸ BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm>. Acesso em 29 de março de 2012.

⁹ Disponível em: <<http://www.gnu.org/licenses/fdl.html>>. Acesso em: 29 de março de 2012.

¹⁰ STALLMAN, R. *What is Free Software? GNU Operating System, 1996.* Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em: 20 de junho de 2012. *Sem data de publicação, apenas com data de atualização de página, assim descrito: Updated: \$Date: 2012/06/10 08:02:43 \$.*

With these freedoms, the users (both individually and collectively) control the program and what it does for them. A program is free software if the program's users have the four essential freedoms:

- The freedom to run the program, for any purpose (freedom 0).
- The freedom to study how the program works, and change it so it does your computing as you wish (freedom 1). Access to the source code is a precondition for this.
- The freedom to redistribute copies so you can help your neighbor (freedom 2).
- The freedom to distribute copies of your modified versions to others (freedom 3). By doing this you can give the whole community a chance to benefit from your changes. Access to the source code is a precondition for this.¹¹

Um programa de computador é livre quando sua licença confere garantias à liberdade de uso, cópia, modificação e redistribuição, liberdades estas que apenas se efetivam através da abertura e disponibilidade de seu código-fonte, logo, critério indispensável para sua caracterização, que o diferencia dos *softwares* não-livres ou proprietários. Para elucidação,

Esse código é chamado geralmente de código fonte quando nos referimos a um software. O código fonte é a linguagem que permite a um determinado programador desenhar instruções lógicas para um computador sobre aquilo que ele deverá executar. O computador opera, entretanto, com o que se chama de “código objeto”, isto é, um conjunto de 0 (zeros) e 1 (uns) na maioria das vezes impenetrável para o entendimento humano ordinariamente. Dessa forma, as instruções dadas pelo programador através do “código fonte” são posteriormente “compiladas” pelo computador, isto é, traduzidas da linguagem intermediária do código fonte para a linguagem da máquina, composta de 0 (zeros) e 1 (uns). (...).

O código objeto é assim aquele que importa para o computador. Entretanto, é o “código fonte” que permite o

¹¹ Tradução: Por “software livre” devemos entender aquele software que respeita a liberdade e senso de comunidade dos usuários. Grosso modo, os usuários possuem a liberdade de executar, copiar, distribuir, estudar, mudar e melhorar o software. Com essas liberdades, os usuários (tanto individualmente quanto coletivamente) controlam o programa e o que ele faz por eles.

Um programa é software livre se os usuários possuem as quatro liberdades essenciais:

- A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito (liberdade 0).
- A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo às suas necessidades (liberdade 1). Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.
- A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao próximo (liberdade 2)
- A liberdade de distribuir cópias de suas versões modificadas a outros (liberdade 3). Desta forma, você pode dar a toda comunidade a chance de beneficiar de suas mudanças. Para tanto, acesso ao código-fonte é um pré-requisito.

entendimento do código objeto ligando o computador ao programador. É ele também que permite o acesso e o estudo do conhecimento incorporado na construção do software. E acima de tudo, é o acesso ao código fonte que permite que modificações possam ser feitas no programa.¹²

A referida Lei n.º 11.871/2002, que prevê a contratação preferencial de *software* livre no Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 1º, § 1º, assim o conceitua:

Entende-se por programa aberto aquele cuja licença de propriedade industrial ou intelectual não restrinja sob nenhum aspecto a sua cessão, distribuição, utilização ou alteração de suas características originais, assegurando ao usuário acesso irrestrito e sem custos adicionais ao seu código fonte, permitindo a alteração parcial ou total do programa para seu aperfeiçoamento ou adequação.¹³

Os conceitos de programa de computador e *software* livre correlacionam-se com os campos do direito autoral, direito econômico, direito administrativo e até mesmo com o direito privado civil, bem como com os princípios constitucionais embaixadores das ações do poder público. Consequentemente, de valiosa importância é o estudo da repercussão e das implicações jurídicas decorrentes do incentivo e utilização do *software* livre no âmbito da Administração Pública, mediante o estudo de caso sobre o a Lei gaúcha 11.871/2002 contestada no STF pela ADI n.º 3059-1, permitindo-se assim uma melhor adequação dos pressupostos teóricos da pesquisa com a problemática abordada.

O modelo de negócio jurídico do *software* livre se fundamenta nas próprias prerrogativas do direito de autor, no Brasil regulamentado pela Lei n.º 9.610 de 1998. Daí a importância da temática ser evidente, visto que, “no paradigma do *Software* Livre, o autor do *software* resguarda seus direitos de criador, mantendo livres o uso e o conhecimento (do código fonte) do *software* para quem deles precisar através da redação adequada de um *copyright*. O que se efetiva como uma subversão”.¹⁴

Para tanto, o *software* livre não nega os direitos autorais ou deste seja ausente, pelo contrário, fundamenta-se nestes mesmos direitos para garantir a livre produção, reprodução e desenvolvimento dos programas de computador. A garantia das liberdades características desse modelo jurídico-negocial se dá através da

¹² EALCÃO, J.; LEMOS, R.; JUNIOR, T. (Coords.). *op. cit.* p. 2-3.

¹³ RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 11.871, de 19 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a utilização de programas de computador no Estado do Rio Grande do Sul.* Disponível em: <http://www.gesite.rs.gov.br/normas/1128886606LEI_N11871de19dedezembrode2002.pdf>. Acesso em 04 de abril de 2012.

¹⁴ BAHIA, Projeto Software Livre. *Cartilha de Software Livre. 2ª Ed. Salvador, 2005.* Disponível em: <<http://wiki.dc.ufba.br/PSL/CartilhaSL>>. Acesso em 09 de abril de 2012. p. 22.

própria afirmação dos direitos autorais. É o direito enquanto garantia da liberdade, isto é “subvertendo as regras de propriedade intelectual preestabelecidas, utilizou-se das mesmas para garantir que aquele *software* não poderia sofrer restrições”.¹⁵

Com efeito, vale ressaltar que o *software* livre permite sua comercialização e outros modelos de negócios empresariais, tal como o modelo proprietário, não significando necessariamente que *software* livre seja exclusivamente um *software* gratuito. A propósito,

Há certa confusão na percepção do que é o *software* livre. Em parte, devido à expressão original em inglês (*free software*), difundiu-se uma noção segundo a qual todo *software* livre é gratuito.

Contudo a palavra “livre” (*free*, no original) está relacionada com liberdade, em vez de preço. *Software* livre se refere à liberdade dos usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem, e aperfeiçoarem o *software*.

Para tanto, o acesso ao código-fonte do programa de computador tornou-se um pré-requisito. *Software* livre, portanto, é aquele cujo contrato de licença prevê expressamente tais liberdades.

Certas empresas e grupos de pressão, ao se relacionarem com a mídia, buscaram opor o conceito de *software* livre ao de *software* comercial. Esta oposição é semanticamente incorreta, e – talvez intencionalmente – induz a erro a opinião pública. O *software* livre pode ser comercializado, e existem diversas empresas ao redor do mundo que estão construindo modelos de negócios sustentáveis e cada vez mais lucrativos.

Assim, uma definição conceitualmente correta e teoricamente válida é aquela que opõe *software* livre ao *software* proprietário.¹⁶

A transformação do *software* em objeto comerciável ocasionou a recrudescência da regularização legislativa, gerando muitas vezes entraves monopolísticos em relação ao livre desenvolvimento dos *softwares*. Entretanto, pelo ponto de vista econômico-empresarial, a viabilidade lucrativa do *software* livre se exemplifica por meio de empresas como a Red Hat e IBM, que focam seus negócios em *open source software*, através da prestação de serviços agregados enquanto suporte e desenvolvimento de novas funcionalidades, bem como estruturas de customização ao cliente e treinamento, além da mera venda de licenças de *softwares*.

Os sistemas operacionais com núcleo (*kernel*) GNU/Linux possuem o apoio e colaboração de grandes empresas como Google, IBM, Canonical, Mandriva, Oracle, Novell, Red Hat, Hewlett-Packard (HP), Sun Microsystems,

¹⁵ BLUM, R.; BRUNO, M.; ABRUSIO, J. (Orgs.). *op. cit.* p. 497.

¹⁶ *Ibidem*, p. 500.

NVIDIA, Toshiba, Samsung, AMD, Nokia, dentre outras empresas de peso nos mercados de tecnologia¹⁷. No ano passado, a empresa Red Hat obteve receita de US\$ 1 bilhão no ano fiscal de 2012¹⁸, sendo a primeira empresa fornecedora de *software* livre a conquistar tal marca, demonstrando que o *software* livre pode ser um modelo viável de negócio, com perspectivas futuras promissoras. É o *software* livre enquanto elemento essencial e paradigma de um novo modo de produção, um formato produtivo de compartilhamento cooperativo, que, economicamente, além de colaborativo, é lucrativo. Inúmeros são os programas de computador livres, como por exemplo o servidor Apache, o *browser* (navegador de Internet) Mozilla Firefox e a suíte de programas para escritório LibreOffice, dentre muitos outros.

A configuração em redes digitais interoperáveis e abertas nesse modelo de produção do conhecimento é sua característica fundamental. Manuel Castells, sociólogo espanhol e um dos grandes estudiosos desses novos modelos informáticos de sociedade, observa que se trata de uma “nova forma de organização social baseada em redes, ou seja, na difusão de redes em todos os aspectos da actividade na base das redes de comunicação digital”¹⁹. Tal configuração resulta na produção de um conhecimento coletivo que se reproduz de forma cooperativa e colaborativa, denominado de “*commons*”²⁰, de acordo com Lawrence Lessig, idealizador do projeto Creative Commons e professor de Direito em Harvard.

3. SOFTWARE LIVRE E O ESTADO BRASILEIRO

Como se viu, trata-se de um *software* compartilhado com toda a sociedade, que preza pela horizontalidade e pela livre ação colaborativa e cooperativa, com respeito à diversidade e pautado pela autonomia, independência e protagonismo tecnológico que, em relação à proteção intelectual, inovou ao trazer um conceito de propriedade que cumpre sua função social e que é realizador dos princípios constitucionais da Administração Pública Direta e Indireta, ao favorecer a erradicação da infoexclusão e por tratar a informação e o conhecimento como elementos estratégicos, sob o ponto de vista econômico, político e sociocultural para todo e qualquer País.

A relevância do desenvolvimento das tecnologias da informação e a Administração enquanto usuária de *softwares* acarretaram em tentativas legiferantes

¹⁷ Disponível em: <<http://www.linuxfoundation.org/about/members>>. Acesso em: 19 de junho de 2012.

¹⁸ O ano fiscal de 2012 se encerrou no dia 29 de fevereiro do mesmo ano. Disponível em: <<http://computerworld.uol.com.br/negocios/2012/03/28/red-hat-obtem-receita-de-us-1-bilhao-no-ano-fiscal-2012/>> Acesso em 4 de abril de 2012

¹⁹ CASTELLS, M.; CARDOSO, G. (Orgs.). *A Sociedade em Rede: Do conhecimento à Ação Política*. Conferência. Belém (Por): Imprensa Nacional, 2005. p. 17.

²⁰ “In mostcases, the commons is a resource to which anyone within the relevant community has a right without obtaining the permission of anyone else. In somecases, permission is needed but is granted in a neutral way.” LESSIG, L. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Random House, 2001. 352 p.

de regulação da temática e também ocasionou o surgimento de políticas públicas de migração para o *software* livre. A primeira lei no país, também considerada a primeira lei do mundo sobre *software* livre, foi a lei municipal de Recife/PE²¹, de autoria do vereador Waldemar Borges (PPS), sancionada em 16 de abril de 2001.

Em relação às políticas públicas, o Governo Federal, a partir de 2003, através do Decreto Presidencial de 29 de outubro de 2003²², implementou vários comitês no contexto do Comitê Executivo do Governo Eletrônico, dentre os quais podemos citar o Comitê Técnico de Implementação do *Software* Livre²³, que, conforme planejamento estratégico do Comitê, aprovou o relatório final que define as diretrizes, objetivos, indicadores e as ações prioritárias para a implementação do *software* livre no Governo Federal²⁴, enquanto política nacional de implementação e migração para programas de computador livres.

Nesse sentido, o Governo Federal, em 2004, lançou o “Guia Livre: Referência de Migração para *Software* Livre do Governo Federal”²⁵, contendo orientações e normas para observância da Administração Pública em geral.

Tal política de migração se encontra no âmbito dos “Padrões de Interoperabilidade do Governo Eletrônico – e-PING”²⁶, que regulamenta a utilização de tecnologia de informação e comunicação no governo federal, sendo a adoção de seus padrões e políticas de caráter obrigatório para os órgãos do governo federal.

Em entrevista ao jornal “Juventud Rebelde”²⁷, Richard Stallman alerta que “[...] o *software* privado é dependência e isso leva à colonização eletrônica.” Diante desta advertência, o “Guia Livre – Referência de Migração para *Software* Livre do Governo Federal”, que foi proveniente dos esforços da Comunidade Europeia e aperfeiçoado por técnicos brasileiros para consolidar as diretrizes da política de migração nacional dentre os órgãos públicos, enumera as razões e benefícios que se apresentam às instituições públicas em função da adoção do *software* livre:

- necessidade de adoção de padrões abertos para o Governo Eletrônico (e-Gov);

²¹ Disponível em: <<http://www.bfsf.it/legislazione/brasil-recife.htm>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2013.

²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2003/Dnn10007.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2012.

²³ Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/noticias/comite-de-implementacao-do-software-livre-no-governo-federal-reune-70-instituicoes/>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2013.

²⁴ Disponível em: <http://www.softwarelivre.gov.br/clientes/softwarelivre/softwarelivre/planejamento-cis/planejamentos-anteriores-1/copy_of_index_html>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2013.

²⁵ Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/guia-livre>>. Acesso em: 04 de abril de 2012.

²⁶ Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/e-ping-padrees-de-interoperabilidade>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2013.

²⁷ Entrevista retirada de: Folha Online, 16 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u21648.shtml>>. Acesso em: 19 de junho de 2012.

- nível de segurança proporcionado pelo *Software* Livre;
- eliminação de mudanças compulsórias que os modelos proprietários impõem periodicamente a seus usuários, em face da descontinuidade de suporte a versões;
- independência tecnológica;
- desenvolvimento de conhecimento local;
- possibilidade de auditabilidade dos sistemas;
- independência de fornecedor único.²⁸

Ao elencar as vantagens do *software* livre sobre o modelo de negócio jurídico do *software* proprietário, Ivo Teixeira Gico Júnior, mestre pela Columbia University (U.S.A.), sustenta que,

Da própria análise da definição de *software* livre podemos inferir suas vantagens sobre os demais tipos de *software*, os programas proprietários. Primeiro, a administração que o adota não se submete a qualquer condição ou restrição de uso que não aquele ditado pelo interesse público. Segundo, como o acesso ao código-fonte é permitido, ou seja, sabe-se o que está por trás do programa, qualquer um pode estudá-lo, adaptá-lo a suas necessidades particulares e melhorá-lo em caso de falhas. Sua adoção representa, em última análise, uma transferência de tecnologia. Por último, mas não menos importante, como não se paga pela licença do *software* livre, não só o custo de aquisição é nulo, como o de aquisição de equipamentos (*hardware*) é muito menor, uma vez que tais programas exigem menor capacidade de processamento. É aqui que o princípio da eficiência se faz sentir de maneira mais forte.

O mercado brasileiro de software movimentou mais de US\$ 3,2 bilhões em 2000. Dessa quantia, US\$ 1 bilhão refere-se à aquisição de licenças de *software* proprietário, sendo o governo federal responsável por mais de R\$ 200 milhões por ano. Uma vez que a adoção do *software* livre representa real possibilidade de redução de custos, da exegese do princípio da eficiência resta cogente sua adoção pela administração, independentemente de outros fundamentos como a democratização do conhecimento, desenvolvimento da indústria local, independência tecnológica, soberania, segurança nacional (já que é o único efetivamente auditável) e, com maior razão, se levarmos em consideração o tão propalado princípio da razoabilidade.²⁹

²⁸ BRASIL. *Guia Livre – Referência de Migração para Software Livre do Governo Federal – Versão 1.0*. Brasília, 2005. 297 p. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/guia-livre>>. Acesso em: 4 de abril de 2012. p. 46.

²⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Princípio da eficiência e o software livre*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002.

A discussão sobre a preferência pelo *software* livre na esfera pública também chegou ao Tribunal de Contas da União³⁰, que concluiu como possível a preferência questionada, em relação a produtos informáticos, se devidamente fundamentada, ancorando-se também no princípio da padronização das compras, estatuído pelo art. 15, I, da Lei nº 8.666/93.

Em razão da compreensão de que a informação e o conhecimento são direitos universais que devem ser fomentados pelo Estado e desenvolvidos colaborativamente por todos os setores da sociedade, o modelo de negócio jurídico do *software* livre se apresenta hoje para o poder público como principal instrumento concretizador da inclusão digital, da dignidade, da cidadania e dos princípios constitucionais da República. Contribui para o fortalecimento e incentivo do desenvolvimento tecnológico nacional, constituindo-se por uma cultura colaborativa de livre comunicação e democratização do conhecimento, realizando-se assim uma apropriação soberana pelo País das tecnologias da informação, que se dá por meio da disponibilização do código fonte do programa de computador.

Como observou a Ministra do STF, Ellen Gracie, ao analisar a Lei gaúcha que visa regulamentar a contratação preferencial pelo *software* livre:

Essa questão que estamos enfrentando com a legislação gaúcha, na realidade, se insere numa problemática muito mais ampla, internacional, que diz respeito à nova formatação que haverá de surgir da evolução do direito à propriedade intelectual e artística, não apenas no que diz respeito aos *softwares*, como a toda produção intelectual, dada a introdução de um fator totalmente novo que nós, até bem pouco tempo, desconhecíamos. O que representou para a civilização humana a invenção da imprensa de Gutenberg está sendo, hoje – e às vezes não nos apercebemos disso –, a introdução dos meios eletrônicos de difusão de conhecimento. A inovação traz problemas, sem dúvida. Essa legislação do Rio Grande do Sul – um estado de ponta na área de informática – nos indica exatamente onde iremos chegar. Muito provavelmente, a um mundo muito mais compartilhado, em que as informações circulem livremente, independentemente de valor monetário e econômico.³¹

Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2970>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

³⁰ TC-004.193/01-1, In: *Boletim de licitações e contratos*, v. 17, n. 2, fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.gov.br/setorial/biblioteca/periodicos/boletim-de-licitacoes-e-contratos-sumarios#sum122>>. Acesso em: 19 de junho de 2012.

³¹ *Julgamento da Medida Cautelar na ADIn 3059-1 (RS)*, em 15 de abril de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=415147#9%20-%20AC%D3RD%C3O%20-%20liminar%20deferida>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2013. f. 187.

Para tanto, os princípios elencados no art. 2º da Lei que dispõe sobre a Política Nacional de Informática, Lei nº 7.232, de 29 de novembro de 1984, devem ser analisados a partir de seu prisma constitucional, pois apenas por meio da leitura constitucional das normas infraconstitucionais se encontra o sentido finalístico sedimentado na Carta Magna da República. Dentre os princípios da Política Nacional de Informática mais relevantes que se pode elencar, temos:

- I – ação governamental na orientação, coordenação e estímulo das atividades de informática;
- II – participação do Estado nos setores produtivos de forma supletiva, quando ditada pelo interesse nacional, e nos casos em que a iniciativa privada nacional não tiver condições de atuar ou por eles não se interessar;
- III – intervenção do Estado de modo a assegurar equilibrada proteção à produção nacional de determinadas classes e espécies de bens e serviços, bem assim crescente capacitação tecnológica; (...)
- XI – fomento e proteção governamentais dirigidos ao desenvolvimento de tecnologia nacional e ao fortalecimento econômico-financeiro e comercial da empresa nacional, bem como estímulo à redução de custos dos produtos e serviços, assegurando-lhes maior competitividade internacional.³²

4. LEI 11.871/2002 E A ADI 3.059-1 (RS)

Pertinente se faz, todavia, estabelecer quais argumentos evidenciam e corroboram o “respaldo jurídico-constitucional”³³ da norma gaúcha nº 11.871/2002, que determina a utilização preferencial de *softwares* livres pelos órgãos da Administração Pública direta e indireta do Rio Grande do Sul, questionada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.059-1.

³² BRASIL. Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7232.htm>. Acesso em: 4 de abril de 2012.

³³ EALCÃO, J.; LEMOS, R.; JUNIOR, T. (Coords.). *op. cit.* p. 34-35. “O objetivo deste breve estudo sobre princípios constitucionais é investigar o respaldo jurídico-constitucional de eventuais iniciativas da Administração Pública que reconheçam e promovam o software livre. Não se trata de fornecer uma resposta definitiva do tipo “sim/não”, “constitucional/inconstitucional”, já que não se pretende (nem se precisa) chegar a uma decisão específica sobre o que se deve fazer em um determinado caso concreto. Não se cogita, portanto, de possíveis conflitos entre princípios constitucionais, que devem ser resolvidos à luz dos elementos trazidos pelo caso concreto; o que se pretende neste tópico é tão-somente argumentar que, *prima facie*, o incentivo ao modelo de produção de conhecimento caracterizado pelo software livre pode ser considerado em alguma medida como obrigatório ao administrador, já que diversos princípios constitucionais serão bem mais atendidos dessa forma. Assim para o fim deste trabalho, são irrelevantes muitas das diferenças traçadas por autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin, como, por exemplo, o modo específico de conflito normativo (colisão, que deve ser resolvida sem expulsar do ordenamento um dos princípios conflitantes) e aplicabilidade gradual (no sentido empregado por Alexy, que encara os princípios como “mandamentos para serem otimizados”). Sobre o tema, confira-se, entre outros autores nacionais, ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003):607-630; BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*”

Após a exposição dos argumentos que fundamentam o teor constitucional da norma gaúcha, desconstruir-se-á as alegações do partido requerente, atual Democratas (DEM), e analisar-se-á o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar, concedida no dia 15 de abril de 2004, pela qual havia sido suspensa a eficácia da lei, inclinando-se pela inconstitucionalidade da mesma, fatos estes que eclodiram a presente problematização. Acrescenta-se que, entretanto, no dia 31 de outubro do ano passado, após pedido de vista do ministro Luiz Fux, o voto do relator presidente, ministro Carlos Ayres Britto, julgou a ADI improcedente desde então, pronunciando-se assim pela cassação da liminar, com decisão publicada no D.O.U. no dia 28 de novembro de 2012.

Mais do que uma abordagem sobre a constitucionalidade da norma contestada, ou um possível conflito e/ou colisão de princípios constitucionais, o que se pretende é evidenciar que o modelo jurídico-negocial do *software* livre é o que melhor atende aos princípios constitucionais de forma total, completa e efetiva, portanto, trata-se de mecanismo que vincula a Administração Pública. Sua promoção enquanto política pública está para além da oportunidade e conveniência, mas sim, vincula-se a todas as esferas administrativas. Tal análise constitucional relaciona-se diretamente com o compromisso pelo Estado Democrático de Direito, expresso na Carta Magna, em seu art. 1º. Sem mais delongas, eis a ementa do Acórdão:

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade de Agremiação Partidária com Representação no Congresso Nacional para Deflagrar O Processo de Controle de Constitucionalidade em Tese. Inteligência do art. 103, Inciso VIII, da Magna Lei. Requisito da Pertinência Temática Antecipadamente Satisfeito pelo Requerente. Impugnação da Lei nº 11.871/02, do Estado do Rio Grande do Sul, que Instituiu, no Âmbito da Administração Pública Sul-rio-grandense, A Preferencial utilização de *Softwares* Livres ou sem Restrições Proprietárias. Plausibilidade Jurídica da Tese do Autor que Aponta Invasão da Competência Legiferante Reservada à União para Produzir Normas Gerais em Tema de Licitação, Bem Como Usurpação Competencial Violadora Do Pétreo Princípio Constitucional Da Separação Dos Poderes. Reconhece-se, ainda, Que O Ato Normativo Impugnado Estreita, Contra A Natureza Dos Produtos que lhes Servem de Objeto Normativo (Bens Informáticos), O Âmbito De Competição Dos Interessados Em se Vincular Contratualmente Ao Estado-administração. Medida Cautelar Deferida.³⁴

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Pleno. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.059-1, Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Britto. j. 15 de abril de 2004, v.u., DJ 20/08/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387223>>. Acesso em 04 de abril de 2012. f. 193.*

O ministro Carlos Ayres Britto, relator da ação, ainda em sede de liminar, no ano de 2004, seguido por unanimidade, fez alusão aos seguintes vícios, que assim podem ser organizados:

- Invasão da competência legislativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação (Art. 22, XXVII da CF);
- Violação ao princípio da competitividade licitatória e da igualdade de condições dos concorrentes em licitações (Art. 37, XXI da CF), ou seja, “estreita, contra a natureza dos produtos que lhes servem de objeto normativo (bens informáticos), o âmbito de competição dos interessados em se vincular contratualmente ao Estado-administração”³⁵;
- Violação material do princípio da isonomia (Art. 5º, CF), dos princípios da impessoalidade, economicidade e eficiência (Art. 37, caput, CF) e atentado ao princípio da Separação de Poderes e vício de iniciativa (Arts. 2º e 61, §1º, II, “b”, CF), que, conforme a Ementa, é tratado como “usurpação competencial violadora do pétreo princípio constitucional da Separação dos Poderes”³⁶.

Sustenta-se que o Estado gaúcho invadiria competência privativa da União por editar normas gerais de licitação e contratação. Todavia, tal tese não se sustenta, pois a referida Lei estadual dispõe sobre a utilização de *software* pela esfera gaúcha não abordando os institutos licitatórios. O que se está em questão é a “utilização preferencial”, assim como descrito no art. 1º da Lei gaúcha:

A administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado do Rio Grande do Sul, assim como os órgãos autônomos e empresas sob o controle do Estado utilizarão preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição.³⁷

No entanto, essa autorização legiferante quanto à utilização preferencial é condicionada, pois apenas se dá quando o software livre for mais vantajoso que os programas de computador proprietários e quando favorável ao Poder Público. A Lei ainda acrescenta que a implantação prevista em seu texto será de forma paulatina e gradual, de acordo com o art. 1º, em seu § 4º.

Salienta-se que a Lei contestada não exclui ou proíbi a utilização de *software* proprietário, pois o §3º do art. 1º prevê inclusive a possibilidade de aquisição de *software* proprietário, de preferência os que operem em ambiente multiplataforma. Isto é, o que se busca garantir é o direito de escolha, a liberdade

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ RIO GRANDE DO SUL. *op. cit.*

de optar por modelos negociais mais favoráveis aos ditames constitucionais. O art. 3º da Lei gaúcha prevê os casos em que a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias será possível, mas desde que haja vantagens reconhecidas.

Para a Procuradoria-Geral da República, é constitucional a Lei gaúcha, conforme se extrai do Parecer nº 4.306/CF³⁸, emitido pelo procurador-geral da República em exercício, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, no dia 20 de janeiro de 2005. Consoante o raciocínio do Procurador, com arrimo no art. 37, XXI da Carta Constitucional e no art. 2º da Lei nº 8.666/93, que estabelece que obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública serão precedidas de licitação, já que,

Do regulamento federal infere-se que para a utilização de *softwares* livres pelo Poder Público não é necessário a prévia realização de licitação, vez que não se trata de hipótese de obra, serviço, compra, alienação, concessão ou locação. Seria possível até supor que a utilização de programas abertos estaria enquadrada na modalidade compra. Entretanto, pela própria definição da Lei de Licitações (art. 6º, III), compra é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, então, como não há remuneração pelo uso dos *softwares* abertos, não se pode classificar a aquisição como compra.³⁹

Visualiza-se então que o Procurador entendeu não haver necessidade do procedimento licitatório para utilização de *software* livre, vez que não é necessário comprá-lo. Logo, está demonstrada a prescindibilidade de lei da União para que o Estado do Rio Grande do Sul possa disciplinar a adoção de *software* livre, ou seja, por assim dizer, não houve violação de competência legiferante privativa da União, previsto no art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Afinal, apenas há autorização ao uso, não há regulação de procedimento licitatório. Porém, se nos editais de licitação, o Poder Público priorizar o formato jurídico-negocial do software livre, então sequer é necessário lei para se adotar essa opção preferencial.

A finalidade da Lei gaúcha não é tratar sobre licitações, mas sim, em nome do interesse público, priorizar um formato negocial que atenda aos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito. Outro argumento válido, quanto à matéria disposta na Lei contestada, é a percepção de que não se trata de matéria

³⁸ BRASIL. Procuradoria-Geral da União. Parecer nº 4.306 (CF). 20 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=13196>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2013.

³⁹ *Ibidem*, p. 5-6.

sobre licitações e sim matéria que versa sobre Direito Econômico, que trata de intervenção estatal no plano econômico, pois,

Consoante destacado, a eleição de uma ou outra forma de negócio, programas livres ou proprietários, constitui opção única do Estado, que revela seu planejamento econômico. Insista-se: ao estabelecer a prioridade legal pelos *softwares* livres, o ente público emprega o seu poder aquisitivo para criar e fomentar o mercado consumidor desses programas. Cuida-se de típica matéria de intervenção do Estado na seara econômica, ou seja, de Direito Econômico (art. 174 e 24, I, ambos da Constituição da República), cuja legislação compete concorrentemente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, acarretando, no ambiente da questão em exame, a prescindibilidade de prévia edição de lei federal.⁴⁰

Até mesmo o ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, no dia 31 de outubro de 2012, quando do pedido de vista do ministro Luiz Fux, que julgou improcedente a ADI em questão, ao estudar melhor a temática, entendeu não haver inconstitucionalidade da norma estadual gaúcha. Ele comentou que,

A diferença entre *software* livre e *software* proprietário não está em nenhuma qualidade intrínseca de qualquer das duas tipologias de programas informáticos, mas em aspectos relacionados com a licença de uso. O *software* é livre, se o titular do respectivo direito autoral repassa ao usuário o código-fonte do programa, permitindo seu mais desembaraçado conhecimento, alteração, cessão e distribuição.⁴¹

Em relação ao mérito foi sustentada a tese de que haveria violação do princípio da livre competitividade licitatória (Art. 37, XXI, CF); violação ao princípio constitucional administrativo da impessoalidade e da eficiência (Art. 37, caput, CF); violação ao princípio da isonomia (Art. 5º. da CF) e violação ao princípio da Separação de Poderes (Arts. 2º e 61, §1º, II, “b”, CF). Em razão da alegada violação do princípio da isonomia estaria se ferindo a igualdade de condições aos concorrentes em um processo de licitação. Todavia, o objeto da Lei gaúcha não se enquadra nas hipóteses de licitação obrigatória.

⁴⁰ FÉRES, M. *A adoção de softwares livres pelas diversas esferas da administração pública. Alguns aspectos jurídicos de um ambiente de disputas econômicas.* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 853, 3 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7533>>. Acesso em: 9 de abril de 2012.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.059-1, Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100157824/vista-suspende-julgamento-de-adi-sobre-software-livre>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2013.

Além disso, não há restrições à livre concorrência licitatória em relação a um único fornecedor ou produto. Ou seja, não se trata de discricionariedade para produtos ou fornecedores específicos, mas sim se elege preferencialmente determinado modelo ou forma jurídica. O objeto da norma gaúcha não é a preferência por determinado tipo de programa de computador, mas sim determinado modelo de contrato de licenciamento de programa de computador. Para Luís Roberto Barroso, “o fato de a Constituição desigualar pessoas e discriminar situações – isto é, abrir exceção à regra da igualdade – não constitui, em si, qualquer anomalia”⁴².

Daí se entende que a ocorrência de uma lei discriminar determinado comportamento, conduta, situação ou modelo jurídico-negocial, não é em si uma afronta ao ordenamento jurídico. Em relação a tal tema, Ferraz e Figueiredo consideram que,

Na verdade, se a lei desigualar, se a sentença desigualar, deflui necessariamente do princípio constitucional da igualdade; a desigualdade não é repelida, o que repele é a desigualdade injustificada. Tudo está, portanto, em lançar com nitidez a razão de ser para um fator diferencial; e essa parece ser uma só: são válidas as eleições discriminatórias, quando signifiquem o caminho possível, de conexão lógica, para a realização do fim jurídico buscado, desde que esse fim, por seu turno, tenha agasalho no ordenamento jurídico.⁴³

Nesse sentido é também o atual entendimento do ministro Carlos Ayres Britto, ao afirmar que,

Todos os que tenham desenvolvido *software* e que tenham interesse em contratar com a administração pública podem competir em igualdade de condições, sem que a preferência por um programa livre constitua obstáculo. Basta que, para tanto, disponibilizem o código-fonte do *software*.⁴⁴

Quanto ao princípio constitucional da Administração Pública da eficiência, não há violação em razão da escolha preferencial pelo *software* livre da Lei gaúcha, pois já está esclarecido a exclusão de afronta aos princípios do *caput* do art. 37, da Constituição Federal. E, como bem anota Ivo Teixeira Gico Junior,

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 204.

⁴³ Retirado de: *O Princípio da Isonomia nas Licitações Públicas*, Edição nº 01 de 2003 – Ano XXI. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/01/-sumario?next=6>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2013. p. 24.

⁴⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. *op. cit.*

Da própria análise da definição de *software* livre podemos inferir suas vantagens sobre os demais tipos de *software*, os programas proprietários. Primeiro, a administração que o adota não se submete a qualquer condição ou restrição de uso que não aquele ditado pelo interesse público. Segundo, como o acesso ao código-fonte é permitido, ou seja, sabe-se o que está por trás do programa, qualquer um pode estudá-lo, adaptá-lo a suas necessidades particulares e melhorá-lo em caso de falhas. Sua adoção representa, em última análise, uma transferência de tecnologia. Por último, mas não menos importante, como não se paga pela licença do *software* livre, não só o custo de aquisição é nulo, como o de aquisição de equipamentos (*hardware*) é muito menor, uma vez que tais programas exigem menor capacidade de processamento. É aqui que o princípio da eficiência se faz sentir de maneira mais forte.⁴⁵

Por fim, muito menos se vislumbra violação ao princípio pétreo da Separação dos Poderes e violação ao art. 61 § 1º II, b, CF, que determina ser de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo leis que disponham sobre organização sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da Administração dos Territórios, o que geraria possível vício de iniciativa. Não há usurpação quanto à competência privativa do Chefe do Poder Executivo para instalar processo legiferante sobre organização administrativa. Tal como, mais uma vez, esclareceu o Procurador-Geral:

Ao contrário do sustentado pela requerente, o dispositivo constitucional trata exclusivamente da administração dos Territórios, sendo as normas a ela referente privativas do Presidente da República. Ademais, dispor sobre programa de computador não viola interesse do serviço público nem a organização administrativa.⁴⁶

O que se visa é adequação entre os objetivos da preferência estabelecida em lei e os valores jurídicos elementares da República. Tal correspondência, no caso do *software* livre, em que há livre acesso e livre compartilhamento do conhecimento, na medida em que favoreça a transparência dos serviços públicos prestados, enquadra-se na perspectiva do resguardo do interesse público e dos fins constitucionais últimos da República.

⁴⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *op. cit.*

⁴⁶ BRASIL. *op. cit.* p. 6-7.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concebe-se então que a opção pelo paradigma jurídico-negocial do software livre é vinculante ao administrador, pois apenas por meio deste formato o poder público cumprirá os ditames principiológicos constitucionais de forma mais eficaz e eficiente. Ou seja, os dispositivos constitucionais que vinculam a Administração Pública são melhor atendidos por meio do uso e incentivo de programas de computador livres. Marcelo Thompson, ex-procurador-chefe do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), quando da análise do parecer do procurador-geral, afirmou que, “assim, o estado, diante de dois modelos contratuais distintos, opta por aquele que é compatível com o princípio democrático, ou seja, pelo mais favorável ao estado e ao cidadão”⁴⁷.

O uso e incentivo ao software livre e sua adoção pela Administração Pública ampliam os espaços para o exercício da cidadania (art. 1, II, CF)⁴⁸. Promove o desenvolvimento nacional e a promoção do bem comum (art. 3º, I e IV), diante do caráter colaborativo e cooperativo da produção de *software* livre, que possibilita o surgimento de um mercado interno de *softwares* mais dinâmico, já que seus mecanismos de inovação privilegiam a descentralização e desconcentração. Análogo à Política Nacional de Informática, o desenvolvimento da tecnologia nacional e o fortalecimento da empresa nacional, assegurariam a competitividade internacional (art. 2º, IV, Lei nº 7.232/84).

O paradigma do *software* livre é afirmador da soberania (art. 1, I) e da independência (art. 4, I), pois é o único modelo que realmente é auditável⁴⁹, dada a característica de abertura e transparência de seu código-fonte. Tal auditabilidade, consoante o sociólogo Sérgio Amadeu da Silveira, possibilita “a retirada de rotinas duvidosas, falhas graves ou mesmo backdoors (forma de deixar no programa um caminho de invasão sem despertar a desconfiança do usuário) e, como consequência direta, mais segurança”⁵⁰.

Destarte, promove o desenvolvimento científico (art. 218), o bem-estar da população e a autonomia tecnológica brasileira (art. 219), ampliando a inclusão digital e a universalização do direito de acesso (arts. 5º, XIX e 220). Através do cumprimento dos princípios da Ordem Econômica e da função social da

⁴⁷ THOMPSON, M. PGR é favorável à lei que dá preferência ao software livre no RS. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 24 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-24/lei_preferencia_software_livre_constitucional>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2013.

⁴⁸ Nas próximas referências, quando omitido o diploma legal, tratar-se-á da Constituição Federal da República.

⁴⁹ Conceito de auditabilidade: Capacidade do software de verificar a integridade dos dados e de rastrear as atualizações significativas nos dados (quem fez, o que fez e quando fez). Retirado de: <<http://www.batebyte.pr.gov.br/modules/contendo/contendo.php?contendo=1282>>. Acesso em: 16 de abril de 2013.

⁵⁰ SILVA, S. Liberdade para o software? - Para Sérgio Amadeu, software livre representa avanço na sociedade democrática. *Revista Eletrônica ComCiência. Entrevistadora Adriana Menezes*. n. 55. ed. 281. 15 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200406/entrevistas/entrevista1.htm>>. Acesso em 16 de abril de 2013.

propriedade intelectual (arts. 5º, XXIII e 170) há a salvaguarda do desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro (art. 5º, XXVII, XXIX).

Resta comprovado que as alegações do partido requerente e os votos dos ministros do STF, antes do julgamento pela improcedência da ADI no ano passado, que decidiu pela manutenção do formato negocial de restrições na distribuição e modificação dos programas de computador que não facilitam sua usabilidade, só podem ter seus efeitos considerados negativos à Administração Pública e que poderia causar sérios danos à sociedade brasileira e sua inserção na Sociedade da Informação, por meio da usurpação e das nocivas restrições às liberdades dos usuários decorrentes do modelo negocial do *software* chamado proprietário, privado ou não-livre.

Diante do atraso, danos sociais, dependência tecnológica e outros efeitos negativos que se realizam em razão das restrições monopolísticas ao livre uso e livre compartilhamento decorrentes do *software* proprietário, é evidente as vantagens, a coerência e idoneidade do modelo de licenciamento do *software* livre em relação aos princípios constitucionais da Administração Pública e aos fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro. Inclusive a Política Nacional de Informática prevê a intervenção estatal para se assegurar a capacitação tecnológica (art. 2º, III da referida Lei).

Conclui-se que a contratação informática por meio do paradigma do *software* livre é para o Poder Público, diante dos modelos jurídico-negociais disponíveis, o melhor ou senão o único mecanismo de concretização dos direitos fundamentais, do princípio democrático, dos princípios constitucionais da Administração Pública Direta e Indireta da República Federativa do Brasil, garantias essas que se dão através do compartilhamento do código-fonte do programa de computador, gerando assim, um novo paradigma de desenvolvimento, economicamente útil e produtivo, que se pauta pela segurança nacional, autonomia tecnológica e independência de fornecedores estrangeiros, ao evitar que o monopólio do direito de autor impossibilite o desenvolvimento nacional.

Diante de tais considerações, verifica-se que o modelo de *software* proprietário, devido ao seu caráter nitidamente monopolístico, é um entrave ao livre desenvolvimento da informação, do conhecimento e um empecilho jurídico-econômico à independência tecnológica nacional, conclusões essas que reafirmam as hipóteses e os objetivos gerais e específicos que embasaram o projeto monográfico.

O desenvolvimento da presente investigação acadêmica objetivou demonstrar a plausibilidade e “respaldo jurídico-constitucional”⁵¹ da Lei gaúcha nº 11.871/2002, que trata sobre a utilização preferencial de *software* livre na Administração Pública direta e indireta do Estado do Rio Grande do Sul, contestada

⁵¹ EALCÃO, J.; LEMOS, R.; JUNIOR, T. (Coords.). *op. cit.* p. 34-35.

no Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.059-1), porém julgada improcedente; descrevendo, juridicamente, as vantagens que a utilização e o incentivo do software livre podem oferecer ao poder público e a toda a sociedade brasileira, enquanto formato jurídico concretizador dos princípios fundamentais, valores e objetivos da Carta Constitucional da República.

Para se conceber um Estado cada vez mais democrático, ético e transparente, controlado por seus cidadãos e com livre acesso à informação, a esfera pública deve adotar, enquanto política estratégica nacional, o modelo jurídico-negocial do *software* livre, por se tratar de uma tecnologia eminentemente libertadora e que atende aos reclamos da justiça social, que se coaduna à dignidade humana (art. 1º, III), promove a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e realiza a hodierna Cidadania Digital.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Projeto Software Livre. *Cartilha de Software Livre*. 2ª Ed. Salvador, 2005. Disponível em: <<http://wiki.dcc.ufba.br/PSL/CartilhaSL>>. Acesso em 09 de abril de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BLUM, R.; BRUNO, M.; ABRUSIO, J. (Orgs.), *Manual de Direito Eletrônico e Internet*. Editora Lex, 2006, p. 489-520.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 29 de março de 2012.

_____. *Guia Livre* – Referência de Migração para Software Livre do Governo Federal – Versão 1.0. Brasília, 2005. 297 p. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/guia-livre>>. Acesso em: 4 de abril de 2012.

_____. *Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984*. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7232.htm>. Acesso em: 4 de abril de 2012.

_____. *Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em 29 de março de 2012.

_____. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 29 de março de 2012.

_____. Procuradoria-Geral da União. *Parecer nº 4.306 (CF)*. 20 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=13196>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2013

_____. Supremo Tribunal Federal – Pleno. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.059-1*, Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. j. 15 de abril de 2004, v.u., DJ 20/08/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387223>>. Acesso em 04 de abril de 2012.

CASTELLS, M.; CARDOSO, G. (Orgs.). *A Sociedade em Rede: Do conhecimento à Acção Política*. Conferência. Belém (Por): Imprensa Nacional, 2005.

FALCÃO, J.; LEMOS, R.; JUNIOR, T. (Coords.). *Direito do Software Livre e a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 164 p.

FÉRES, Marcelo Andrade. *A adoção de softwares livres pelas diversas esferas da administração pública*. Alguns aspectos jurídicos de um ambiente de disputas econômicas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 853, 3 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7533>>. Acesso em: 9 de abril de 2012.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Princípio da eficiência e o software livre*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2970>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

LESSIG, L. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Random House, 2001. 352 p.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n.11.871, de 19 de dezembro de 2002*. Dispõe sobre a utilização de programas de computador no Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.gesite.rs.gov.br/normas/1128886606LEI_N11871de19dedezembrode2002.pdf>. Acesso em 04 de abril de 2012.

SILVEIRA, S. *Liberdade para o software?* - Para Sérgio Amadeu, software livre representa avanço na sociedade democrática. Revista Eletrônica ComCiência. Entrevistadora Adriana Menezes. n. 55. ed. 281. 15 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200406/entrevistas/entrevista1.htm>>. Acesso em 16 de abril de 2013.

STALLMAN, R. *Porque o Software Deveria Ser Livre*. Traduzido por Juciê Dias Andrade. Versão de 24 de Abril de 1992. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/shouldbefree.pt-br.html>>. Acesso em: 04 de abril de 2012.

_____. R. *The GNU Manifesto*. Free Software Foundation, 1985. Disponível em: <www.gnu.org/gnu/manifesto.html>. Acesso em 04 de abril de 2012. Updated: \$Date: 2012/06/10 08:02:43 \$

_____. R. *What is Free Software?* GNU Operating System, 1996. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em: 20 de junho de 2012. Updated: \$Date: 2012/06/10 08:06:12 \$

TAKAHASHI, Tadao (Org.). *Sociedade da Informação no Brasil*: Livro Verde. Brasília, Ministério da Ciência e Tecnologia. Setembro de 2000. Disponível em: <http://www.inst-informatica.pt/servicos/informacao-e-documentacao/biblioteca-digital/gestao-e-organizacao/BRASIL_livroverdeSI.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2012, 231 p.

THOMPSON, M. *PGR é favorável à lei que dá preferência ao software livre no RS*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 24 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-jan-24/lei_preferencia_software_livre_constitucional>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2013.

Recebido em: 24-05-2013

Aceito em: 16-06-2013