

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, CARLOS AYRES BRITTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.059

Requerente: Partido da Frente Liberal – PFL

Requeridos: Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul

**INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DA
INFORMÁTICA – IBDI**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF
sob nº 03.448.496/0001-59, com sede na Rua Bernardino Soares Silva nº 70, sala
402, bairro Espinheiro, CEP 52.020-080, em Recife/PE, vem, por meio dos
advogados que no final assinam, requerer sua admissão na condição de AMIGO
DA CAUSA, manifestando-se nos termos seguintes:

I. Do Cabimento da Presente Manifestação

A Lei nº 9.868, de 10 novembro de 1999, dispõe no § 2º do art. 7º:

“O relator, considerando a **relevância da matéria e a representatividade dos postulantes**, poderá, por despacho irrecorrível, **admitir**, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, **a manifestação de outros órgãos ou entidades.**” (grifo nosso)

O ora Postulante vem, perante essa Suprema Corte, apresentar a presente peça na qualidade de “amicus curiae”, modo de intervenção admissível em nosso ordenamento jurídico, conforme sustentam Nelson Nery e Rosa Nery¹:

“*Amicus curiae*. O relator, por decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de pessoa física, professor de direito, associação civil, cientista, órgão ou entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta. Trata-se da figura do *amicus curiae*, originário do direito anglo-saxão. No direito norte-americano, há a intervenção por consenso das partes ou por permissão da Corte. O sistema brasileiro adotou a segunda solução, de modo que a intervenção do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade dar-se-á de acordo com a decisão positiva do relator. O *amicus curiae* poderá apresentar razões, manifestação por escrito, documentos, sustentação oral, memoriais etc. Mesmo que não tenha havido a intervenção do *amicus curiae*, na forma da norma ora comentada, o relator poderá pedir seu auxílio na fase de diligências complementares, segundo a LADin 9º, § 1º.”

Temos, portanto, que a jurisprudência desse E. STF vem admitindo a intervenção processual de terceiros na condição de *amici curiae*, “como fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional”, de modo que a Corte Constitucional “venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia” (ADI-MC 2321/DF).

II. Da Representatividade do Postulante

O Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI), fundado em 1999

1 In *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 5ª edição, 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 1599/1600.

na cidade de Recife/PE, é uma associação civil sem fins lucrativos instituída na forma de organização social. Objetiva a pesquisa, o estudo e a divulgação de questões que guardam relações com o Direito e as Tecnologias da Informação e Comunicação, nos termos de seu Estatuto Social.

Trata-se de uma das mais conceituadas e reconhecidas entidades de fomento ao Direito da Informática do Brasil, contando, em sua Diretoria Executiva, no Conselho Consultivo e no Quadro Social, com juristas de notório saber nessa temática, oriundos de várias partes do país.

Três Congressos Internacionais de Direito e Tecnologias da Informação já foram realizados pela entidade. O primeiro em Recife, na sede do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2000), o segundo em Brasília, no Superior Tribunal de Justiça (2002) e o terceiro em Salvador, no Bahia Othon Palace Hotel (2004). A quarta versão está prevista para breve, em São Paulo.

O II Cibercon culminou no lançamento da Revista nº 19² (out-dez/2002) do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, com o tema “Direito e Tecnologias da Informação”. O III Cibercon, por sua vez, contou com o I Fórum Baiano de Software Livre como evento paralelo, atitude em busca da multidisciplinaridade e integração com outras áreas de estudo.

A Revista de Direito das Novas Tecnologias, publicada em parceria com a Editora IOB, encontra-se com o volume zero no prelo.

O IBDI sempre se destacou pela postura de vanguarda, trazendo ao Brasil juristas internacionais como Lawrence Lessig, da Universidade de Stanford, e William Fisher III, da Universidade de Harvard, dentre outros das Américas e da Europa, além de contar com participações importantes, como do eminente Ministro José Augusto Delgado, membro do Superior Tribunal de Justiça, palestrante nas três edições do Cibercon.

Assim, espera-se que reste demonstrado, pela natureza e objetivos intrínsecos da entidade, ser nacionalmente representativa desta área do Direito, e de notória atuação prática sobre a matéria em discussão, de forma a ser aceita como “amicus curiae” nos presentes autos.

2 <http://www.cjf.gov.br/revista/numero19/sumario.htm>

III. Da Relevância da Matéria

Na era da informação, o controle sobre ativos de propriedade intelectual é fonte de preocupação de governos de todo o mundo.

O desenvolvimento de mercados voltados para a informática, bem como o desenvolvimento de um parque tecnológico adequado para o fomento da indústria de programas de computador, também é preocupação expressa do Estado brasileiro, por meio da Política Nacional de Informática, conforme explicitado na Lei nº 7.232/84 (nossa “Lei de Informática”):

Art. 2º A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:

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;

IV - proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato;

V - ajuste continuado do processo de informatização às peculiaridades da sociedade brasileira;

VI - orientação de cunho político das atividades de informática, que leve em conta a necessidade de preservar e aprimorar a identidade cultural do País, a natureza estratégica da informática e a influência desta no esforço desenvolvido pela Nação, para alcançar melhores estágios de bem-estar social;

VII - direcionamento de todo o esforço nacional no setor, visando ao atendimento dos programas prioritários do desenvolvimento econômico e

social e ao fortalecimento do Poder Nacional, em seus diversos campos de expressão;

VIII - estabelecimento de **mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;**

IX - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas;

X - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar o equilíbrio entre os ganhos de produtividade e os níveis de emprego na automação dos processos produtivos;

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. (grifos nossos)

Não seria demais demonstrar a relevância da matéria em sede constitucional, abrangida principalmente pelos seguintes dispositivos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

II - garantir o desenvolvimento nacional;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de

comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas (...);

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

Cabe, portanto, ao Estado fomentar as atividades de informática – sobretudo, conforme destacado, buscando evitar ou coibir situações que se configurem monopólios ou “cartéis”, viabilizando, incentivando uma informatização atenta às particularidades da sociedade brasileira, sempre perseguindo o desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico de nosso País.

A discussão nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade é justamente esta: a possibilidade de um dos Estados da Federação, por sua própria conta, adequar normativamente seu uso de ativos de informática, em consonância com a referida política definida em Lei Federal.

Isso ocorre num contexto em que paira sobre o País a ameaça de dependência tecnológica, representada pelo monopólio de fato do mercado por grandes empresas internacionais de software, cujo predomínio implica em tríplice “macro perda” para o país: de um lado, promove a saída de divisas (perda 1) e, de outro, deixar de capacitar profissionais locais (perda 2) e estimular o desenvolvimento de tecnologia nacional (perda 3).

Esses fatores causam desequilíbrios financeiro (consistindo em volumosas remessas de *royalties* para o exterior), trabalhista (evitando a geração de empregos locais, capacitação profissional e tecnológica) e econômico (limitando ou condicionando o desenvolvimento das empresas nacionais, além de impedir que estas se sintam estimuladas a gerar novos processos e tecnologias).

Resta demonstrada, portanto, a relevância da matéria, a autorizar esta entidade, na condição de *amicus curiae*, a apresentar argumentos que possam dar mais sólidos subsídios aos fundamentos da decisão final dessa Egrégia Corte Suprema.

IV. Dos Fatos:

a) Software Livre versus Software Proprietário

- Uma questão unicamente de forma de licenciamento

Software, definido na legislação através do termo programa de computador, é “*a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.*”³.

Em outras palavras, um software é o conjunto de instruções que faz funcionar um computador ou outro equipamento eletrônico.

Determina a Lei do Software que o direito de uso e outros direitos correlatos, de programa de computador, devam ser objetos de contrato de licença.

E é justamente quanto à modalidade de licença que se distinguem os chamados “softwares livres” (também conhecidos como de código aberto) dos “softwares proprietários”.

A classificação do software como livre ou proprietário não depende, portanto, de uma característica do bem software em si, mas sim da amplitude com a qual os direitos de utilização daquele bem foram licenciados.

De fato, um mesmo software pode ser simultaneamente livre para alguns usuários e proprietário para outros, se houver sido licenciado a eles de forma distinta.

Será dito livre quando o licenciante conceder ao licenciado os

³ Lei 9.609/98 – Lei do Software, artigo primeiro.

direitos de executar o software para qualquer propósito, estudá-lo, adaptá-lo às suas necessidades e distribuí-lo para terceiros, com ou sem modificações.

Em linhas gerais, se alguma dessas liberdades não for respeitada no licenciamento de um software, diz-se que o software é proprietário.

Software de código aberto é definido de forma significativamente diferente daquela usada para definir Software Livre, ainda que se entenda que os termos sejam equivalentes no que diz respeito ao significado.

Ainda que sejam intercambiáveis em princípio, prefere-se Software Livre quando se pretendem ressaltar as liberdades por ele respeitadas, enquanto Software de código aberto ressalta uma única característica, o acesso ao código fonte.

Da mesma forma, software proprietário e software fechado são termos sinônimos, significando software licenciado através de termos que não respeitam essas liberdades.

- Acesso ao código fonte

As pessoas e as máquinas entendem o conjunto de instruções de que trata nossa legislação de forma diferente.

Os programas de computador são, em geral, desenvolvidos em linguagens, chamadas linguagens de programação, inteligíveis aos humanos, e depois são transformados em linguagem binária (zeros e uns), inteligível apenas por computadores. Este processo de tradução é chamado de “compilação”.

O programa escrito em linguagem de programação se denomina “código fonte”. Depois de passar pelo processo de compilação, o mesmo passa a se chamar “código objeto”. O programa que funciona diretamente no computador está em código objeto. A única maneira de saber o conteúdo do código objeto, e portanto todas as suas funcionalidades e a maneira como as desempenha, é tendo acesso ao código fonte.

Em suma, todo o conhecimento acerca do funcionamento do programa de computador está no código fonte.

Software Livre garante a seus usuários o acesso ao código

fonte, uma vez que ele é necessário ao estudo e modificação do software. De fato, softwares livres podem ser distribuídos exclusivamente na forma de código fonte.

Quanto ao software proprietário, raramente é oferecido o acesso ao código fonte, sendo usualmente distribuído apenas na forma de código objeto. Há exceções que, embora permitam observação do código fonte, não respeitam as liberdades dos usuários da mesma maneira que faz o Software Livre.

No caso dos softwares livres, os licenciados recebem, juntamente com o licenciamento do programa, o conhecimento utilizado em seu desenvolvimento, ao passo que, no caso de softwares proprietários, o conhecimento não é transferido para o licenciado e fica apenas com o desenvolvedor.

A possibilidade de utilizar o conhecimento sobre o software, aliada à liberdade de modificá-lo permitem a construção de mais conhecimento, que não necessariamente fica restrito a um grupo seletivo, e que pode ser difundido por quem quer que esteja de posse do software, sem necessidade de autorização adicional.

Esse modelo de livre “reuso” de conhecimento muito se assemelha ao método científico, que permitiu a Isaac Newton “enxergar mais longe porque se encontrava sobre os ombros de gigantes.”

Quando a administração pública propõe o uso de licenciamentos que permitam o acesso ao código fonte, como faz a Lei do RS, está optando por adquirir algo com muitos mais valores agregados do que um mero produto, limitado a executar uma função específica.

b) Da confusão entre proprietário e comercial

Argumentou-se na inicial que haveria um mercado de programas de computador, que consistiria em mera parcela desse mercado e dos próprios programas de computador como sendo a totalidade de uma realidade. Quiseram fazer crer, nesse sentido, que: “Existe no mercado o que se pode chamar de software comercial e software livre ou não comercial.”

Contudo, chamar software livre de software não-comercial é negar que o fenômeno tenha também importância comercial.

Empresas de vulto têm investido comercialmente no software livre, destacando-se, entre outras, a IBM, a Sun e a HP. Também empresas públicas, como a Companhia de Informática do Paraná – Celepar e a própria Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul – Procergs têm investido em softwares livres.

Conforme explicita o estudo “O impacto do Software Livre e de Código Aberto na Indústria de Software do Brasil”, realizado pelo Observatório Econômico da Sociedade Softex em parceria com o Departamento de Política Científica e Tecnológica da Unicamp, com o apoio do MCT,⁴

“Os diversos levantamentos realizados pelo presente estudo (...) ajudaram a cobrir lacunas importantes de informação. Entre outros fatores, a pesquisa teve o papel de desfazer alguns mitos, tanto sobre as pessoas e empresas atuantes em SL/CA (através do perfil das competências) quanto sobre o uso que está ocorrendo (através do perfil dos usuários). A pesquisa ajudou a mostrar a profissionalização do movimento, pois nem os desenvolvedores individuais são apenas “garotos” hackers contestando o monopólio de grandes corporações multinacionais, nem essas corporações estão alheias aos modelos de negócios que estão se formando com o SL/CA.”

Mostra-se completamente equivocada a visão segundo a qual um software livre seria sempre não-comercial e um software comercial seria sempre fechado e cedido necessariamente a título oneroso.

Também é falsa a afirmação de que, pelo fato de softwares livres terem surgido inicialmente no meio acadêmico e permitirem sua livre distribuição, não seriam protegidos por direitos autorais.

É justamente esta faculdade do titular dos direitos sobre o programa de computador – de definir a forma de exploração de sua obra – que permite que este especifique a forma de licenciamento; no caso, um licenciamento livre, que atribua as liberdades já mencionadas e possivelmente condicione a distribuição da própria obra e de obras derivadas ao mesmo regime de licenciamento.

4 A íntegra do estudo encontra-se anexa, e está também disponível em

http://observatorio.softex.br/index.php?option=com_content&task=view&id=15&Itemid=53

Outro mito bastante difundido sobre softwares livres diz respeito à isenção de responsabilidade e ausência de garantias, geralmente contidas nas licenças de softwares dessa natureza.

Assim como distribuidores de softwares proprietários oferecem garantia apenas sobre a mídia que contém o software, o detentor do direito sobre o software livre não oferece sem contrapartida garantias sobre o funcionamento do software. No caso do software livre, sendo o licenciamento sem ônus uma forma de contrato benéfico, não cabe exigência de garantia conforme lei vigente.

Uma vez caracterizada eventual relação de consumo, cabe o oferecimento de garantia, mas da parte do fornecedor envolvido na relação de consumo, não do detentor do direito autoral sobre o software.

Havendo pouco espaço legal para licenciamento com ônus no mercado de software livre, já que as licenças de software livre mais utilizadas abrem mão de cobrança pelo licenciamento em si e proíbem a cobrança pelo licenciamento de obras derivadas, empreendedores voltam-se a serviços de distribuição, empacotamento, desenvolvimento, adequação, instalação, manutenção, treinamento, entre outros.

Sobre tais serviços, quando caracterizam relação de consumo, a lei exige garantia, ficando os clientes de software livre comercial melhor amparados, muitas vezes, que clientes de software proprietário, posto que não dependem necessariamente de um único fornecedor para tanto.

c) Relevância estratégica do uso de Software Livre na Administração Pública

O universo dos programas de computador utilizados pela Administração Pública dos Estados sempre foi amplo, jamais se resumindo aos softwares dos mercados privados.

O Estado foi o primeiro desenvolvedor de softwares em larga escala no Brasil, e ainda é o principal no contexto da inteligência, nas questões de segurança nacional.

O acesso a softwares avançados para uso em super-computação, por exemplo, tem sido sempre objeto de restrição comercial em prol da segurança nacional. O acesso brasileiro à tecnologia de criptografia foi, durante

muito tempo, limitado em razão de legislação de controle de sua exportação do governo federal dos Estados Unidos da América.

A questão da transferência de tecnologia, na recente busca pela aquisição de novos caças para a FAB, era de fundamental importância.

E essa transferência de tecnologia consistia, justamente, **em permitir o acesso aos códigos fonte dos programas militares que acompanhavam a aeronave**. Não havendo possibilidade de inspecionar esses códigos, é impossível determinar que as aeronaves não possam ser controladas por interesses alheios aos interesses da nação. A situação se resolveu com a aquisição de jatos militares que compreendiam a transferência da tecnologia envolvida.

O mesmo argumento se aplica ao código presente nas urnas eletrônicas, cuja indisponibilidade, ao invés de reforçar a alegada segurança do sistema, impede o tipo de inspeção e validação pública a que software livre disponível publicamente se sujeita, com enormes ganhos para sua verdadeira segurança.

É fato reconhecido na ciência da segurança da informação que não se pode depender de obscuridade para alcançar a verdadeira segurança. **Quanto maior a exposição de um método supostamente seguro, maior a confiança de que ele seja realmente seguro.**

Fica claro, portanto, que tratar da utilização da tecnologia pelo Estado Brasileiro – tanto no que diz respeito à União Federal, quanto no que toca aos demais entes da Federação, como sendo uma realidade meramente de mercado implica ignorar e desconsiderar a importância política da eleição de tecnologias e de padrões tecnológicos pelos agentes políticos estatais.

A eleição do software pela Administração começa aquém, e vai além, de meras e casuísticas considerações mercadológicas. **Isto porque tal eleição envolve questões de ordem pública.**

No mundo das tecnologias de informação e de comunicação (chamadas de TICs), as escolhas tecnológicas têm influência prolongada no tempo. Um passo em falso pode significar um prejuízo enorme, tanto em termos econômicos quanto políticos.

Os problemas são ainda mais acentuados no caso do software

proprietário, que normalmente busca, através da utilização de padrões de codificação de informações proprietários, secretos ou com desvios propositais de padrões abertos, **dificultar a interoperabilidade, forçando a administração pública a decidir entre permanecer na mesma plataforma de software**, o que só faz favorecer o fornecedor do software, **ou arcar com perdas e custos decorrentes da dificuldade ou impossibilidade de conversão das informações codificadas**.

O interesse jurídico que fomenta a redação da inicial é a preservação da remuneração da criatividade humana. Sem descuidar desse imperativo, a presente peça processual tem como interesse jurídico basilar a manutenção, como regra geral, do livre acesso do cidadão às informações públicas, sem o qual é inconcebível a promoção da transparência na Administração Pública.

Um segundo interesse jurídico que se busca preservar é um empobrecimento tecnológico da sociedade, do Estado e do governo brasileiros, em prol do enriquecimento das empresas que detêm e controlam o acesso à tecnologia da informação.

É a liberdade tecno-informacional da sociedade e do Estado brasileiros que está em risco.

Ademais, o aparelho estatal está correndo o risco do chamado “aprisionamento tecnológico”, i.e., a adesão do aparelho estatal pátrio ao uso de softwares cujo conteúdo é desconhecido pelos agentes estatais.

Essa adesão pode redundar na dependência do fornecedor do software e, sobretudo, numa vulnerabilidade de qualidade da manutenção da informação e, extra-ordinariamente, do sigilo.

Se o Estado usar um software que não possa controlar totalmente, corre-se o risco de permitir que outros agentes, inclusive adversários estratégicos (como forças políticas estrangeiras com interesses adversos aos nacionais), ao menos em tese, exerçam um controle sobre os softwares fechados, à revelia do controle estatal, de forma explícita ou velada.

Segundo Sérgio Rosa, Diretor Supervisor do Programa de Software Livre do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro)⁵, “o Programa de Software Livre do Serpro amplia a competição por vários motivos, e citaremos alguns :

⁵ <http://www.softwarelivre.org/news/2024>, em 18/09/06

a) Enfrenta o monopólio de soluções proprietárias em software produto. Nesta área tem sido prática o dono do produto credenciar alguns revendedores e estes operarem cartéis inviabilizando a concorrência. Com a opção do software livre, o preço do produto passa a ser desprezível e o certame ocorre com prestadores de serviços de consultoria sem qualquer vínculo com possíveis cartéis.

b) Gera novos nichos de mercado altamente competitivo. Ao convocar, por processo licitatório, empresas para desenvolverem soluções com códigos abertos para soluções sob medida para o Serpro, além do custo ser menor do que o do ciclo de vida de um produto proprietário várias opções têm sido apresentadas.

c) São gerados serviços de manutenção no país com custos menores.”

E prossegue: “ao convocar, por processo licitatório, empresas para darem manutenção a soluções abertas, várias são as concorrentes implicando em aumento da competitividade com redução do preço, o que não é permitido nas soluções de produtos proprietários. Por outro lado, produtores de software proprietário têm sido desafiados a apresentarem soluções que os tornem mais competitivos, comportamento impossível de ocorrer quando estão isolados, em regime de monopólio. A tendência inicial de alguns desses produtores proprietários tem sido a de se dizerem “discriminados”. Não se pode falar em “discriminação” para criticar o objetivo nuclear da lei: buscar a proposta mais vantajosa para a Administração.”

Sendo esses produtores detentores dos direitos autorais, são livres para escolher os termos de licenciamento de seu software, sendo também seus potenciais clientes livres para rejeitar termos de licenciamento inadequados.

O licenciamento proprietário, na medida em que impede a concorrência sobre serviços de modificação ao software, exige que quaisquer serviços dessa natureza sejam contratados junto ao fornecedor do software, caracterizando favorecimento de longo prazo a tal fornecedor, nem sempre levado em conta na mecânica licitatória.

Já o software livre, ao permitir a qualquer empreendedor adquirir os conhecimentos e oferecer serviços sobre ele, garante a possibilidade de concorrência em licitações sobre tais serviços, respeitando o Princípio

Constitucional da Impessoalidade. Ademais, pode dispensar licitações para licenciamento, uma vez que sua licença é usualmente não onerosa ou gratuita.

Mesmo que esse Tribunal entenda que a lei seja inconstitucional, a administração pública direta ou indireta poderá assim mesmo optar por adotar software livre, e deve fazê-lo a fim de melhor respeitar aos princípios constitucionais que norteiam a administração pública e a ordem econômica.

d) Software é tecnologia de controle e de administração da informação.

- A informação como direito fundamental.

Para que se possa preservar o exercício da democracia (no momento político atual, quando as sociedades fazem a transição do modelo da sociedade industrial para o modelo da sociedade da informação), é imperioso não mirar para as tecnologias que serão usadas para controlar e administrar a informação pública como sendo uma realidade que começa e acaba na lógica do mercado.

A escolha do software não é mera decisão de governo. Trata-se de decisão de Estado.

É precisamente essa qualidade que motiva a intervenção do legislativo sul-rio-grandense. As decisões de governo só podem se concretizar dentro de limites estreitos definidos pela legislação, no âmbito de sua competência.

Paulo Bonavides eleva o direito à informação ao nível de direito humano fundamental. Ao eleger software que utiliza padrões proprietários de codificação de informação, o poder público impõe sobre seus cidadãos o uso do mesmo software para obter a informação assim codificada. Cidadãos que não disponham de tal software têm limitados seus direitos de trocar informações com o estado.

A adoção e exigência de padrões abertos de codificação de informação garantem a possibilidade de existência de múltiplos softwares capazes de decodificar a informação, oferecendo maiores possibilidades de que os cidadãos as obtenham.

Isso não é, porém, suficiente para garantir o acesso à informação para todos.

É cada vez mais iminente a ameaça de computadores dotados de dispositivos que artificialmente limitam a execução de softwares, ou limitam o que o software pode fazer, assim como de software que artificialmente impõem restrições às ações que seus usuários podem tomar. Tais recursos são freqüentemente introduzidos com a justificativa de coibir violações de direito autoral, porém também impedem usos legítimos de maneira inapelável.

De acordo com o professor de direito Lawrence Lessig, criador do movimento Creative Commons, código é lei. O poder de controlar o software torna seus controladores legisladores privados, na medida em que podem impor aos usuários de seus softwares restrições das quais não podem escapar.

A barreira intransponível se constrói através do uso de software proprietário, que não se pode estudar nem modificar para remover a restrição, e padrões proprietários e secretos, que impedem a implementação de outros softwares que não tenham as mesmas restrições.

Ao contrário, com software livre, implementando padrões abertos, mesmo que os desenvolvedores do software introduzam mecanismos que violem os interesses dos usuários, cabe ao usuário a possibilidade de modificar o software, já que é livre, ou escrever um software novo, a partir do padrão aberto, ou contratar alguém para fazê-lo, se não tiver interesse ou capacidade.

A liberdade do software é fundamental para garantir aos cidadãos e ao próprio estado o acesso à informação.

e) Da estrita observância dos princípios constitucionais.

As matizações feitas pela própria lei, notadamente nos §§ 3º e 4º do art. 1º, bem como no art. 3º e seus incisos deixam bastante claro que sempre que um software que não esteja de acordo com a política estadual de transferência de ativos intelectuais estabelecida naquela lei “atender a contento o licitado ou contratado, com reconhecida vantagem sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público” este será preferido.

Como repetidamente pontuado, é indiscutível que, do ponto de vista de investimento do estado, uma licença aberta será sempre melhor que uma

licença proprietária.

Sempre que houver escolha entre dois softwares de características similares, a eleição daquele que tenha uma licença proprietária será um desprestígio do interesse público consubstanciado nos princípios constitucionais da eficiência e economicidade.

Estará, destarte, enviando ao exterior divisas nacionais, deixando de capacitar profissionais locais, deixando de desenvolver tecnologia nacional, e pondo em risco a soberania nacional ao optar por uma ferramenta de tratamento de informações públicas, muitas vezes de natureza estratégica, que não pode ser auditada e portanto, que não se sabe exatamente o que é feito com tais informações.

A Lei em exame, portanto, não trata de dar preferência a um bem sobre outro durante as compras licitadas pelo governo; trata, outrossim, de estabelecer uma política de independência e desenvolvimento tecnológico a médio prazo, prevendo uma rota de atuação do governo estadual no sentido da geração, manutenção e desenvolvimento de ativos intelectuais, em absoluta consonância com a Constituição Federal e com a Lei de Informática.

Dois pontos, portanto, são claros e inquestionáveis:

- (i) o funcionamento do software não tem nenhuma relação com o regime de licenciamento adotado e
- (ii) o regime de licenciamento livre, por permitir a incorporação do conhecimento e apresentar custo de licenciamento zero, são, guardadas condições equivalentes nos demais aspectos, **sempre e invariavelmente** mais vantajosos para a administração pública.

O gasto do governo brasileiro em licenciamento de software chega a mais de 1 bilhão de reais por ano⁶, cifra esta que em sua quase totalidade vai para o cofre de empresas estrangeiras, e em grande parte para somente uma, que detém um monopólio de fato do mercado de sistemas operacionais de computadores pessoais.

A preferência por produtos proprietários desse fornecedor, comumente considerada por padronização, é uma evidência do desrespeito ao Princípio Constitucional da Impessoalidade em se tratando de licitações que

6 http://www.brasil.gov.br/noticias/em_questao/.questao/EQ232

ignorem o regime de licenciamento, introduzindo barreiras às licitações futuras visto que aumenta a dependência da plataforma proprietária de fornecedor único.

Doutra feita, ao exigir o respeito às liberdades associadas ao software livre, a administração pública garante o cumprimento do preceito constitucional de impessoalidade e, por conseguinte, da economicidade, na medida em que qualquer fornecedor pode, através dos direitos de acesso oferecidos pelo regime de licenciamento livre, capacitar-se para atender aos requisitos da licitação, mesmo não sendo ele o único titular do direito autoral do software oferecido, ou mesmo que haja exigência de padronização sobre uma determinada linha de software livre;

E ainda, o respeito à liberdade consolida tais garantias, na medida em que até mesmo os tradicionais fornecedores de software proprietário podem se adequar, com seus produtos, a um tal regime licitatório, alterando os termos de licenciamento de seus softwares a fim de atender às exigências ou preferências requisitadas, não cabendo, portanto, o argumento de que sejam excluídos por tal requisito.

Ao revés, o argumento de que tal requisito os exclui dos processos licitatórios opera no sentido de perpetuar modelos negociais cuja única virtude foi terem sido favorecidos, pela eficiência, num ciclo evolutivo da produção de softwares que já se esvai.

Ciclo que consolidou monopólios cujos modelos negociais já mostram sinais de fadiga, devido à necessidade de manterem artificialmente a escassez de bens simbólicos em tempos de hiperconectividade. Não sendo esse ciclo o primeiro, e não havendo por que ser o último nessa indústria em rápida evolução, não há porque sustentar tal argumento.

Desde este ponto de vista, a opção da administração pública por um modelo de transmissão de ativos intelectuais mais vantajoso, em detrimento de outro, justifica-se sob o prisma do princípio de eficiência, como meio para atingir os objetivos legais e constitucionais do setor de informática.

V. Do Direito:

As alegações ventiladas em favor da decisão liminar que

suspendeu os efeitos da Lei em exame se baseiam em 4 pontos que merecem ser analisados.

O primeiro:

a) Da suposta afronta ao art. 22, XXVII da CF.

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; "

Cumpre-nos, aqui, oferecer elementos que possam contribuir para elucidar a natureza do objeto da Lei em exame, tendo em vista que tal lei emprega termos descritivos que destoam daquilo que alhures denotam, tanto nas esferas técnicas e legais às quais se referem, quanto em outros dispositivos da mesma Lei.

Elucidá-la em suficiência para que falhas na argumentação pela tese da inconstitucionalidade da Lei em exame possam ser reveladas.

Para isso, é necessário situar seu objeto em relação à linha que divide as naturezas técnica e jurídica de certames licitatórios para aquisição de softwares.

Software como produto, ou bem licitável, é novidade introduzida pelo ciclo de evolução da informática que permitiu, através da “comoditização” do hardware, o desacoplamento de negócios envolvendo programas de computador daqueles envolvendo computadores *per se*.

Esse ciclo, que teve início da década de 80 impulsionado pela miniaturização na eletrônica e por economias de escala, é também conhecido como “revolução do *downsizing*”. Como evidência da relativa novidade, atente-se à total ausência de certames licitatórios para aquisição de softwares anteriores ao *downsizing*.

Em estágio seguinte ao *downsizing*, a hiperconectividade leva à comoditização da matéria prima do software – código-fonte –, viabilizando novos

regimes de produção e licenciamento, economicamente mais eficientes e socialmente mais justos para o ciclo atual. Regimes sustentados pelo equilíbrio dinâmico entre competição e cooperação, animados por valores humanistas e supridos por práticas colaborativas.

Valores expressos em licenças que também operam como contratos sociais em rede, através do exercício da autonomia jurídica de autores sobre os meios de usufruto de suas obras.

Práticas que buscam modelos negociais sustentáveis e capazes de neutralizar a tendência monopolista de setores do mercado onde há massa crítica de demanda.

Práticas que buscam abolir a necessidade de se “reinventar a roda”, cultivada pelo regime obsolecente predominante no ciclo anterior, dito proprietário.

Tais efeitos se propagam por meio de certos dispositivos nos novos instrumentos de licenciamento, dentre os quais se destaca a cessão de direito ao portador para redistribuir cópias da obra licenciada. Antes de analisarmos esses efeitos, vale lembrar que a Lei em exame trata corretamente “programa aberto” e “programa livre” como sinônimos, apesar das diferenças que alguns crêem haver entre eles. Tais diferenças existem entre modelos de licenciamento liberais e “*copyleft*”, mas ambos se qualificam como livres e como abertos.

Os desafios de viabilidade técnica foram sendo superados pelos regimes emergentes, fato da qual a existência da Internet é o mais eloqüente dos possíveis testemunhos. Com isso, entramos num período de transição. O regime proprietário de produção, por depender de desequilíbrios legais e contratuais para manter artificialmente a escassez de bens simbólicos (necessária ao sucesso dos modelos negociais que o sustentam, diante da competição “desigual” de modelos alternativos), precisa se apoiar cada vez mais no enredamento de clientes em incompatibilidades e obsolescências estrategicamente programadas por fornecedores.

Nesta transição, agentes de mercado que apostam suas estratégias na sobrevivência desses modelos vêem-se compelidos a radicalizar suas estratégias, conduzindo legisladores e clientes a conflitos cada vez mais artificiais,

programados através de medidas técnicas cada vez mais restritivas e argumentos jurídicos cada vez mais desequilibrados, induzindo-lhes a aceitar o cerco aprisionante do *vendor lock-in* pelo efeito psicológico que podemos chamar de “síndrome Estocolmo digital”⁷.

A tensão produzida por essa transição gera efeitos profundos, até nas práticas da administração pública. Hoje é prática comum a de se licitar softwares como se fossem bens de consumo, enquanto na verdade o que se adquire é aderência a contratos e/ou licenças de uso, cada vez mais draconianos.

Reféns da informatização de seus processos nesses tempos de transição, de inércia regulatória e das estratégias aprisionantes de fornecedores monopolistas, administradores tendem a cultivar passivamente esse vício de forma em suas práticas licitatórias, racionalizando-se à cômoda e perigosa idéia de que adquirir software é como comprar sabonete.

Como se o estágio atual de dependência a fornecedores monopolistas fosse justificativa técnica auto-evidente, indiscutível e inarredável, para a inexibibilidade concorrencial e para a indicação de marca de produto, até em leilões simplificados pelo critério único de preço.

Da mesma forma como o fizeram muitos outros entes federados que lhe seguiram o exemplo, o poder legislativo gaúcho se manifestou para que houvesse, nos limites da autonomia que lhe confere o disposto no inciso XXVII, art. 22 da CF, mais precisamente, nos limites da distinção entre **norma geral e norma particular** ali implicada, balizamento para o **caso particular** de certames licitatórios de softwares nos quais haja oferta de produtos com funcionalidade e qualidade técnica equivalentes, mas sob regimes de licenciamento distintos.

Balizamento no sentido de que o administrador público não se omita de observar princípios jurídicos que, num tal caso particular, lhe apontam para uma **opção que se configura em modelo de transmissão de ativos intelectuais mais vantajoso para o Estado**. Em detrimento do que lhe aponte qualquer vício processual assente em acomodações induzidas pelo *status quo* digital, **pelo que a Lei em exame não pode afrontar, por isso, as normas licitatórias gerais em vigor**.

7 -http://www.ibdi.org.br/webnews/noticia_ibdi.php?id_noticia=664&

Ainda sobre a particularidade, ou não-generalidade desse balizamento, observe-se que se o mesmo indicar a escolha de um produto cujo custo por cópia e licença seja nulo, o que ocorre nos regimes de licenciamento livre e aberto, sequer de matéria licitatória estaria tratando.

Não havendo necessidade de se remunerar o titular do software pelo direito de uso ou pela obtenção de cópia, não haveria necessidade de procedimento licitatório para tal, como argumenta em parecer a Procuradoria Geral da União:

“Determina a lei gaúcha, ora sob análise, que a Administração Pública daquele Estado utilizará, preferencialmente, em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos.

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.

Desta forma, não há necessidade do procedimento licitatório para a utilização desta modalidade de programa.

Verifica-se, portanto, que a lei gaúcha não trata de licitação, apenas autoriza o Poder Público a utilizar programas livres, quando lhe forem oportunos e convenientes, e quando oferecerem mais vantagens que os programas comerciais.

Desta forma, não há que se falar em violação ao art. 22, XXVII da Constituição Federal, que confere competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação. A norma ora impugnada apenas autoriza o Estado a utilizar produtos, sem que estabelecer regulamento para o procedimento licitatório.”

O segundo ponto em que se baseia a argumentação pela inconstitucionalidade da Lei em exame é o seguinte:

b) afronta ao Princípio da Impessoalidade (art. 37, caput e inciso XXI da CF).

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**"

Qualquer tentativa de se imputar violação de princípios constitucionais ao balizamento em tela requer, antes, a violação do reto entendimento do objeto da Lei que o postula.

Novamente, esse objeto não é escolher produtos ou fornecedores, mas o balizar, adstrito ao vácuo normativo do caso particular de ofertas equivalentes segundo os critérios admissíveis à análise concorrencial de softwares, do desempate por critérios de licenciamento consoantes aos interesses da administração pública e às obrigações constitucionais do Estado. Dentre as quais, a da obediência ao princípio da impessoalidade em procedimentos licitatórios.

Assim como qualquer fornecedor é livre para desenvolver um produto, no caso de software ele também é livre para escolher a licença pela qual disponibiliza seu uso.

E assim como o princípio da impessoalidade admite, em face das necessidades do licitante, critérios técnicos e econômicos para balizar a avaliação performativa dos softwares concorrentes, objetos de suas respectivas licenças de uso, deveria pelas mesmas razões admitir, em face dos interesses da administração pública e do Estado, critérios técnicos – no sentido jurídico do termo – para balizar a avaliação performativa das licenças concorrentes, objetos imediatos dos procedimentos e das normas licitatórias em foco.

Como já explicado, esse balizamento não interfere nos critérios de avaliação performativa daquilo cujo direito de uso se licita. Esse balizamento apenas os pondera, no caso particular em que venham a ser igualmente atendidos por softwares concorrentes, com critérios de avaliação performativa daquilo que efetivamente se licita, as licenças de uso. Esse balizamento apenas ocupa, no ordenamento normativo vigente sobre matéria licitatória e consoante com ele, pela via constitucional autorizatória do seu escopo particular, um vazio regulatório hora ocupado por vícios processuais deletérios ao interesse público.

Em caso de dúvida, basta comparar licenças de referência, livre e proprietária⁸, para se aquilatar o grau de fantasia de postuláveis igualdades de condições competitivas em setores da informática nos quais o regime proprietário predomina.

Boa parte da energia que move os regimes emergentes vem do anseio coletivo de correção das distorções acumuladas pela vocação monopolista nesses setores, e sua mais importante contribuição social tem sido a de promover maior competitividade e igualdade de condições para a evolução das TIC.

Entretanto, só a competição inter-regimes poderá estabelecer se os emergentes serão nisso efetivos, competição que o balizamento em tela busca proteger e promover. Dentro da sua esfera jurisdicional, respeitando as normas licitatórias gerais vigentes, sob igualdade de oportunidades mas com fulcro nos interesses público e do Estado.

Não se trata, portanto, de balizamento que restringe a forma de exercício do direito autoral para competidores, mas que, quando os demais critérios de avaliação concorrencial se equilibram, pondera a forma de exercício escolhida pelo competidor em cotejo com os interesses da administração pública e do Estado.

O terceiro ponto em que se baseia a argumentação pela inconstitucionalidade da Lei em exame é o seguinte:

c) Da afronta ao Princípio da Eficiência e da Economicidade.

Discussões sobre esse tema são proficuas em referências a estudos que calculam índices comparativos, tais como o "custo total de posse" (na

8 - http://www.cybersource.com.au/cyber/about/comparing_the_gpl_to_eula.pdf

sigla em inglês, TCO) ou o “retorno de investimento” (na sigla em inglês, ROI). Brandidos em argumentos do tipo “o barato que sai caro”, muita vez essas comparações de índices agridem a lógica do senso comum.

O senso comum sugere que a desoneração do direito de uso de um software, e a permissão para desenvolvimento colaborativo e derivado a partir dele, deveriam, ao abolirem a necessidade de se “reinventar a roda”, e havendo massa crítica, levar a uma maior Eficiência e Economicidade em relação suas contrapartes restritivas. Mas estudos existem que apontam em direções as mais díspares.

Ainda, se “o barato que sai caro” fosse regra universal na Informática, o *downsizing* não teria tido sucesso e a maioria ainda estaria hoje usando terminais de *mainframes*.

Cabe aqui, então, observar que os resultados de estudos que produzem índices comparativos, como TOC e ROI, para softwares livres e proprietários refletem, invariavelmente, a escolha de métricas usadas para calculá-los, e que escolhas casuísticas podem conduzir esse cálculo a qualquer tipo de resultado⁹.

Dentre escolhas casuísticas, observadas nas entrelinhas freqüentemente se encontram as seguintes:

1. Custo de migração de sistemas informáticos desenvolvidos em regime proprietário, de softwares que usam padrões e formatos de conhecimento e licenciamento restritivos, para sistema desenvolvido em regime livre ou aberto, para plataformas que usam padrões e formatos abertos, desembaraçados de restrições artificiais, e custo da migração concomitante do acervo informacional, através da observância de requisitos de interoperabilidade, contabilizados como custos do regime de destino da migração, e não como custo do regime de origem;
2. Custo de treinamento para se instalar e operar novos sistemas, para migrar o acervo informacional entre formatos e padrões em tese interoperáveis, contabilizados em migrações inter-regimes no custo do regime livre ou aberto, mas não em migrações intra-regime (*upgrades* proprietários, descontinuação de linha de produtos fechados, etc.).

9 - http://www.dwheeler.com/oss_fs_why.html

3. Custos e dificuldades comparativamente maiores para se contratar consultoria e suporte em plataformas livres e abertas contabilizados como fixos, e não como transientes, apesar de sinalizarem aquecimento temporário no mercado de trabalho em torno dessas plataformas e do seu regime de produção, devido à transição entre ciclos.
4. Horizonte de contabilização dos custos de manutenção dos sistemas proprietários excessivamente limitado (desprezando, por exemplo, duração limitada de licenças, custos flutuantes de renovação de licenças e de assinaturas de serviços de atualização, custos indiretos e flutuantes com proteção terceirizada contra vulnerabilidades, etc.), apresentado sob uma aura de credibilidade tecida em caudalosas mas seletivas estatísticas.

Por fim, cabe observar que estudos afetados por tais casuísmos abundam na literatura especializada, patrocinados por fornecedores interessados em manter seus regimes produtivos e seus modelos negociais obsoletos, ou em preservar suas posições monopolistas de mercado.

E que esses patrocínios são, usualmente, omitidos quando tais estudos são citados em documentos administrativos ou jurídicos.

Diante dessas observações, da natureza altamente especulativa desse tipo de comparação, considerando-se o caráter pioneiro dos regimes emergentes, mesmo que já contem com a adesão de agentes de primeira linha no mercado, inclusive a maior empresa de TI do planeta, cabe-nos sugerir, por prudência, que argumentos sobre Economicidade e Eficiência falem por si.

Através da competição inter-regimes, que o balizamento em tela busca proteger e promover, de preferência à prolixidade de interessados em descaracterizar a natureza e a legalidade desse balizamento, para firmar precipitados convencimentos de juízo.

A Comissão de Software Livre da Secretaria de Tecnologia da Informação (CSL/STI) do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, em recente “Nota Técnica: Avaliação da Expansão do Uso do Software Livre” (doc. N°), concluiu que:

“As funcionalidades sugeridas para a expansão do software livre foram abordadas também pelo critério da economicidade. Se as respectivas

10 http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=16713

tecnologias proprietárias atualmente em uso fossem atualizadas, o STJ gastaria cerca de R\$6,6 milhões. Além do valor da compra de um software proprietário, há um alto custo administrativo associado a processos de licitação, gerenciamento de contratos, publicações, prestação de contas e outros.

A implementação bem planejada de software livre permite uma clara economia de aquisição. Entretanto, vários outros custos envolvidos no processo de implementação são similares àqueles relativos às soluções proprietárias. Assim, o retorno financeiro ocorre a médio prazo e a longo prazo os benefícios tendem a extrapolar o planejado, pois as liberdades conquistadas levam a uma nova direção nos investimentos em tecnologias de informação e comunicação, ampliando o acesso aos recursos de maneira mais adequada às necessidades do Tribunal.”

O quarto ponto em que se baseia a argumentação pela inconstitucionalidade da Lei em exame é o seguinte:

d) Da suposta afronta à Separação de Poderes e ao Processo Legislativo - Vício de Iniciativa.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

"Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Das tentativas para se descaracterizar o objeto da Lei em exame esta é, por óbvio, a mais bizarra:

Opera invasão de esfera constitucional do poder executivo, na medida em que estabelece prévio juízo de conveniência a ser observado pelo administrador público. Isso representaria, nos termo de informativo, "usurpação competencial violadora do pético princípio constitucional da separação dos poderes".

Analisemos, pois, após repise de esclarecimentos sobre a natureza do seu objeto, como a Lei em exame sinaliza usurpação competencial e princípios contituicionais que estariam, com tal desvio, sendo violados.

No processo de evolução das tecnologias da informação e comunicação, regimes produtivos têm exibido ciclos de eficácia e de predominância assaz regulares¹¹.

Atualmente, o crescimento da conectividade e da informatização marca a fronteira de eficiência socio-econômica entre os regimes livre e aberto, emergentes, e o regime proprietário, obsolescente.

O regime proprietário é assim chamado por tratar cada cópia de um bem simbólico, como o software, como propriedade do fornecedor, e, nos seus instrumentos contratuais, a matriz geradora desses produtos – no software, o código fonte -- como segredo de negócio ou sob rígido controle do conhecimento da composição e funcionamento internos. A lógica desse regime é a da economia de bens materiais, baseada na escassez.

Os regimes livre e de código aberto são assim chamados por tratarem o licenciamento de cada cópia como ato benéfico, e a matriz geradora de seus produtos como obra de linguagem técnica, acessível à competência de potenciais interessados, concentrando seus modelos negociais em serviços. Embora esse conhecimento seja vantagem competitiva tanto no regime obsolescente como nos emergentes, nestes tal conhecimento é livre, e esta liberdade, fundamental.

Software livre ou de código aberto é, portanto, produto de regimes de desenvolvimento e licenciamento de bens simbólicos que tratam matrizes de produção (código-fonte) antes como linguagem técnica disponível a interessados, facultando acesso irrestrito ao conhecimento de como funcionam.

11 - <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/snti2005.sxi>

Sua lógica é a do método científico, baseada no valor de uso de bens simbólicos, Nela, a liberdade de aquisição cognitiva forma a base sobre a qual inovações podem ser experimentadas, e autonomia em relação a fornecedores, exercida.

Para licitantes de licenças de software na administração pública, os regimes emergentes representam, como já explicado, uma **opção que se configura em modelo de transmissão de ativos intelectuais mais vantajoso para o Estado.**

Entretanto, em decorrência da radicalização das estratégias negociais do regime obsolecente, que lhes fecha o cerco do *vendor lock-in*, administradores públicos têm sido influenciados, em seus procedimentos licitatórios, pelo síndrome de Estocolmo digital, que os leva a tratar uma adesão a licença de uso da mesma forma que uma compra de sabonete. Ao agirem nesses procedimentos sob tal influência, administradores desenvolvem o vício de negligenciar possíveis efeitos deletérios das referidas licenças no interesse público e no cumprimento das obrigações constitucionais do Estado.

Portanto, a usurpação de competência que a Lei em exame sinaliza, **e busca corrigir**, é na verdade aquela praticada por fornecedores monopolistas que atuam no e pelo regime proprietário.

É aquela praticada por concorrentes que, com seu peso econômico e suas estratégias de aprisionamento tecnológico, induzem administradores públicos a negligenciar princípios constitucionais em suas práticas licitatórias, pela omissão dos efeitos abusivos de suas licenças nos critérios de avaliação performativa, admissíveis para efeito de análise concorrencial.

Se o balizamento posto pela Lei em exame porventura reorganizar algo na administração pública, certamente não o será pela via jurídica. Pois os critérios que ele aplica, ao caso particular de desempate concorrencial na área de softwares, estão, de há muito e conforme já explicado, assentes em princípios constitucionais e na Lei de software.

Se esse balizamento porventura reorganizar ali algo, só poderá ser pela via psicológica. Ao oferecer a administradores um caminho seguro para a diversidade informática, por via legal adstrita ao vácuo normativo do caso

particular em tela, para sanarem vícios licitatórios que hoje assombram o exercício de sua função pública. Doutra feita, a confusão entre essas vias, e entre as usurpações aqui citadas, só caberia no mais dogmático fundamentalismo de mercado.

Nestes termos, respeitosamente pugna pelo recebimento da presente peça, com seus anexos, e pela improcedência da declaração de inconstitucionalidade suscitada.

Curitiba, São Paulo e Salvador para Brasília, 19 de setembro de 2006.

Omar Kaminski
OAB/PR 21.390

Alexandre Ricardo Pesslerl
OAB/PR 29.380

Guilherme Alberto Almeida de Almeida
OAB/SP 185.773

Pablo de Camargo Cerdeira
OAB/SP nº 207.570

Mauro Leonardo de Brito Albuquerque Cunha
OAB/PE 16.854

Euripedes Brito Cunha Junior
OAB/BA 11.433

Amaro Moraes e Silva Neto
OAB/SP 38.203

ANEXOS:

- Pesquisa “Impacto do Software Livre e de Código Aberto (SL/CA) na indústria de software do Brasil. Anexo: Levantamento de dados realizados”. Softex.
- Nota técnica: Avaliação da expansão do uso de software livre. Superior Tribunal de Justiça.
- Artigo “Da preferência constitucional do Software Livre”. Fundação Software Livre América Latina (FSFLA).