

CONSEQUÊNCIAS CONTRATUAIS E EXTRA CONTRATUAIS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO DE LICENÇAS DE SOFTWARES LIVRES

UGOLINI, Luiz Vergilio
MAGALHÃES, Thyago Alexander de Paiva

RESUMO:

Os desenvolvedores de software, cujos contratos são orientados a cessão de uso, tem, em regra, optado por duas espécies de licenciamentos, o modelo *Copyright*, que preserva para o autor, a princípio, todos os direitos referentes a obra, e os cedidos através do licenciamento em *Copyleft*, que permitem que o desenvolvedor do software produza sua obra para ser distribuída, copiada ou alterada, sem contraprestação e sem sua prévia autorização. É evidenciado no Código Civil brasileiro que, são indenizáveis as violações contratuais de obras intelectuais, incluído os contratos de software, sendo aplicáveis, neste caso, os artigos sobre a responsabilidade civil, parte especial, Livro I, Título IX, capítulos I e II. Quando tratamos da aplicação da responsabilidade civil, tal possibilidade é facilmente identificável como cabível para os softwares produzidos com licenciamento *Copyright*, vez que todos os direitos pertencem, *ab initio*, ao autor, sendo que a violação da licença, em regra, impede, total ou parcialmente, a fruição da obra por este. Entretanto, visto as características de cessão desonerada e sem prévia autorização, aspectos essenciais do *Copyleft*, o mesmo pode ser dito verdadeiro?

PALAVRAS-CHAVE: COPYLEFT, RESPONSABILIDADE CIVIL, DIREITO AUTORAL.

CONTRACTUAL AND EXTRA CONTRACTAL CONSEQUENCES DERIVED FROM THE VIOLATION OF FREE SOFTWARE LICENSES

ABSTRACT:

The software developers, whose contracts are oriented to the cession of use, have opted for two species of licenses, the Copyright model, which is preserved for the author, in principle, all the rights referring to his work and the rights that they yield through the licensing in Copyleft, which allow the software developer to produce the work to be distributed, copied or altered, without compensation and without his prior authorization. Clearly, in the Brazilian Civil Code, that contractual violations of intellectual works, including software contracts, are indemnifiable, being applicable in this case the articles on civil liability, special part, Book I, Title IX, Chapters I and II. When it comes to the application of civil liability, this possibility is easily identifiable as appropriate for the software produced with a Copyright license, since all the rights belong, *ab initio*, to the author, the violation of the license, as a rule, prevents total or in part the fruition of the work by him. However, due to the characteristics of gratuitous assignment and without prior authorization, essential aspects of Copyleft, can it be true in this case?

KEYWORDS: COPYLEFT, CIVIL LIABILITY, COPYRIGHT.

¹Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz, lvugolini@gmail.com.

²Professor orientador, graduado em Direito pelo Centro Universitário da FAG (2013), Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário da FAG, thyagoapm@fag.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Os direitos concernentes à propriedade intelectual advêm da própria elaboração da obra, sendo que, nas normas brasileiras, são tratados como direitos pessoais intransferíveis e irrenunciáveis. Todavia, os direitos derivados da autoria podem ser subdivididos em direitos decorrentes, alguns mantendo a característica de impossibilidade de cessão, outros sendo capazes de serem cedidos, onerosa ou gratuitamente, facultado no modelo escolhido para confecção da licença.

As licenças, resultantes da propriedade intelectual, delimitam as condições de fruição e distribuição da obra e, para tal, ao formular o contrato de licença, deve-se estrear os pormenores dessa, que poderão ser alvo de cessão, bem como quais são suas condições e quais as consequências de sua violação.

Quando o autor opta por proteger o conteúdo de sua obra, assegurando direito privativo sobre ela, trata-se de uma licença do tipo *copyright*, que se traduz do inglês como direito de cópia, fazendo do autor proprietário exclusivo dos direitos referentes à sua produção. Nesse caso, a propriedade intelectual é exercida de modo a garantir a individualização do resultado do esforço intelectual do autor, impedindo que terceiros obtenham vantagens sobre a reprodução de sua criação, parcial ou integralmente, por copiar seu conteúdo ou por desenvolver outra, utilizando a primeira como base.

Dessa forma, o autor opta por restringir o conteúdo de sua produção intelectual ao seu domínio que, quando violado, enseja indenização prevista nos termos da licença, a qual a obra é vinculada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos relacionados à fruição indevida. Há, no entanto, uma reserva relativa no que tange proteção dispensada do direito autoral sobre a obra, observável no artigo 46 da lei 9.610/98. Tais ressalvas permeiam os usos restritos da obra com os mais diversos fins, como reprodução de trechos para fins educacionais, sendo exceção à proteção garantida ao autor e sua obra, definida na mesma lei e demais legislações.

Como opção ao *copyright*, na confecção de licenciamentos sobre direitos autorais, desenvolveu-se o *copyleft*, suscitado como alternativa ao modelo de licenciamento optativo de propriedades intelectuais a mais de 30 anos, essa espécie de contrato ainda é pouco utilizada em âmbito nacional. Embora sua empregabilidade possa ser destinada a qualquer tipo de obra de caráter artístico, literário ou científico, o *copyleft* tem encontrado maior incidência de aplicação nos contratos que aludem direitos de softwares, uma vez que obteve sua origem nesse meio.

Seu conceito propagou-se ao final do século XX, chegando à construção finalística e prática por Richard Stallman, seu principal defensor e influenciador, através da GNU *General Public Licence* (GPL), lançada em 1985. O projeto GNU, cifra recursiva de GNU's Not Unix, originou-se como um modelo ideológico de produção que intuía o desenvolvimento de softwares livres, cujo código poderia ser estudado, reproduzido e ampliado para os mais diversos usos. Tais princípios foram aplicados diretamente na produção do modelo de licenciamento *copyleft*, protegendo o empenho dos desenvolvedores do projeto GNU ao evitar que tivessem seu esforço integrado a softwares com licença fechada, perdendo assim a finalidade ideológica do seu desenvolvimento.

Diferentemente da licença *copyright*, que conserva os direitos de cópia e modificação restritos aos seus proprietários, geralmente cedendo somente o uso das aplicações aos seus contratantes, as licenças do tipo *copyleft* têm como objetivo a facilitação e distribuição de conhecimento corporificado, através da cópia e alteração derivativa de seu conteúdo, desde que tais derivações sejam licenciadas sob o mesmo modelo contratual.

Devido a imprecisão gerada entre os termos liberdade e gratuidade, as licenças do tipo *copyleft* tem menor incidência de aplicação no meio industrial e comercial brasileiros, entretanto, é imprescindível conhecer as peculiaridades que podem influenciar diretamente os utilizadores e produtores de softwares, por dois principais motivos, que serão apresentados abaixo.

Primeiramente, porque, mesmo com a baixa produção em *copyleft*, é frequente sua utilização em softwares de produção e estruturação de produção, sem prejuízo aos códigos disponibilizados livremente *on-line*, com proteção *copyleft*, mesmo em *software houses*, empresas desenvolvedoras de software, que intenciam a produção de produtos proprietários. Consequentemente, se não atentado ao modelo de licença utilizado nessas hipóteses, ocorrerá o descumprimento dos termos dos contratos, possibilitando que tais *software houses* tornem-se alvos de processos de utilização indevida de software.

Secundariamente, acredita-se que, ao licenciar sua obra com o modelo *copyleft*, não é possível auferir lucro com o seu labor. Essa incorreção apresenta-se como empecilho à popularização desse tipo de licença, que mesmo com sua característica didática, não obsta a comercialização do produto ou produtos decorrentes.

Em virtude da própria estrutura do software livre, torna-se árdua a tarefa de divisar os parâmetros de sua utilização em pesquisas não específicas para tal propósito. Contudo, o cenário mercadológico brasileiro está em constante evolução e ampliação, consolidando-se como um dos

principais potenciais para investimentos, levando a crer que, mesmo que em parte, o software livre opera agregando significado às cifras.

Com o Brasil alcançando a 9º posição mundial no mercado da área de Tecnologia de Informação, ultrapassando a casa dos 38 bilhões de dólares em 2017, de acordo com a análise da Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES), vislumbra-se um potencial acirramento nas competições comerciais em âmbito nacional. Tal acirramento deve-se, em principal, por dois fatores. Primeiramente, os negócios externos não são o foco da maior parte desses empreendimentos, acumulando cerca de 2.6% dos lucros alcançados, e, em segundo plano, a produção de software tem migrado para um maior número de empresas de médio, pequeno e micro porte, reduzindo o percentual de grandes empresas de 0.95% para 0.5% do mercado produtor, estatísticas conhecidas entre 2015 e 2017.

No mercado internacional, empresas como a Oracle, proprietária do gerenciador de banco de dados MySQL, obtiveram lucro superior a 5 milhões de dólares em 2017, auferidos unicamente com esse produto, ganhos que se repetem, também, com seu concorrente imediato, o MariaDB. Em ambos casos, o modelo de licenciamento escolhido é o *copyleft*, tendo modalidade gratuita para uso geral e versão paga para algumas atividades fim.

Deve-se atentar também que, em estabelecimento de objetivos para 2018, a Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES) definiu a necessidade de remover as barreiras que separam o software livre do proprietário, por considerá-las artificiais. Tal projeto pode compreender a busca por atualizações normativas, o que implicará na reanálise das interpretações jurídicas sobre os licenciamentos de softwares.

Deve-se levar em conta que, com a digitalização de todas as atividades, por força legal ou por adequação ao mercado, o software proprietário e o software livre tornam-se objetos diretos de interesse jurídico, fazendo do entendimento dos modelos de licenciamento, conhecimento imprescindível para todas as áreas do direito, em especial no direito contratual civil. Destarte, torna-se necessário compreender as consequências reais da licença *copyleft* na regulamentação de obras, em respeito à composição destes novos mercados, a fim de evitar violações que possam gerar prejuízos, bem como antecipar possibilidades de lucros.

2 DO DIREITO AUTORAL DE SOFTWARE LIVRE

Evidencia-se, ao analisar as regulamentações de direito de software, que este é um ramo direto do direito autoral e, por essa razão, faz-se necessária uma análise pormenorizada dos fatores que envolvem tais direitos e repercutem, diretamente, nos concernentes aos softwares. Tem-se por direito autoral as prerrogativas atreladas aos autores em relação as obras intelectuais, possibilitando-os de obterem benefícios de cunho moral ou patrimonial, oriundos de suas concepções, uma aceção compartilhada para os modelos de licenciamento de software, incorporando autor e obra no desenvolvedor e programa.

2.1 DOS CONCEITOS DE DIREITOS AUTORAIS SOBRE SOFTWARE

É de fundamental importância para o direito autoral, acerca do licenciamento de softwares, que exista o reconhecimento da produção como atividade intelectual, consagrando seu desenvolvimento como ramo de atividade científica, portanto, fazendo jus à proteção mais ampla das leis que regem esse ramo. Para tal consideração, é primeiramente necessário compreender quais são os conceitos legais de obra e de autor.

Para definição de obra, pode-se verificar diretamente o próprio texto legislativo, basilarmente na Lei de Direitos Autorais (LDA) em seu artigo 7º. Nesse artigo, apreende-se, interpretando o texto legal, que o direito autoral incide sobre as obras originadas do espírito, ou seja, aquelas oriundas da vontade humana, sob quaisquer meios de expressão, mesmo que impalpáveis ou ainda inexistentes. Essa definição utiliza-se de um rol exemplificativo para melhor demonstrar suas intenções, expressando em seu inciso XII, os programas de computador (BRASIL, 1998).

Nesse tocante, verifica-se que, para a legislação brasileira, o produto de uma obra intelectual tem essência fluida, podendo pertencer a diversos ramos de atividades, incluindo entre as futuras, mas todas com a origem comum no *animus* do autor, que a produz exprimindo-se de forma original. Portanto, a relação entre autor e obra é essencial para o reconhecimento da criação como de natureza intelectual, sendo assim, digna da proteção referente à legislação própria para os direitos autorais. Para o direito autoral brasileiro, a forma de expressão intelectual é característica subalterna, que deve veicular a intenção do autor de forma original.

Como nos ensina Mesquita (2016), o autor pode ser pessoa natural ou pessoa jurídica, que, por produzir obra de natureza intelectual, obtém a proteção da LDA. Mesquita ainda define que não basta que tais candidatos se apresentem como autor, exigindo que da obra se evidencie essa identificação, ou que dela possamos dirimir sua qualificação.

Sendo assim, compreende-se que o direito autoral é vinculado em dois polos, o autor e a obra, necessitando que sejam observáveis provas da autoria que liguem o pretense autor à produção, para que possa receber proteção da legislação especial. Tais provas serão, em regra, observáveis na própria produção, evidenciando sua ligação com o autor, contudo, é possível a conjunção de fatores externos que constituam legitimação, sendo ambas as formas de comprovação de autoria indicativas, podendo receber provas em contrário. Dessa forma, o autor, ao produzir sua obra original, deve incuti-la com expressão própria e identificável, tornando-a ao mesmo tempo objeto do viés criativo e prova da sua criação.

Conforme Mesquita (2016) esclarece em seu texto, a legislação brasileira exige apenas prova do ato constitutivo da obra, para que ela seja ligada ao autor, sendo desnecessário provas acessórias. Tal condição excetua-se de outros modelos internacionais que demandam comprovação do momento de criação, através de um suporte, fazendo do ato formador objeto de prova anexa, como a gravação em vídeo que documenta sua elaboração. Embora divirja de modelos internacionais, o autor em âmbito nacional acaba por utilizar-se desses mecanismos de suporte, uma vez que sem eles sua comprovação de autoria torna-se questionável com maior facilidade.

À vista disso, para a legislação brasileira, o autor, ao produzir uma obra essencialmente artística, literária ou científica, deve comprovar, através de fatores reconhecidos na própria obra, a sua autoria, sendo desnecessário documentação ou comprovações anexas. Contudo, sem tal suporte, torna-se questionável o ato de certificar a relação entre a sua atividade autoral com o resultado constitutivo da obra, tornando difícil sua comprovação.

Outrossim, para o direito autoral, quando relacionado a produção de software, deriva-se do conceito de autor duas pessoas possíveis, a pessoa física e jurídica, ambas previstas em legislação especial, a Lei do Software (LS). A lei 9.609/98 condensa a proteção de propriedade intelectual contida na LDA, que apresenta-se de maneira genérica, em um modelo especializado de regulamentação para o desenvolvimento de softwares.

A pessoa jurídica torna-se autora em produção intelectual de um software, resguardando todos os direitos advindos de sua natureza, por interpretação direta do artigo 4º da LS, que atribui a autoria de um software à uma pessoa jurídica contratante do autor. Tal conceito origina-se da

natureza laboral entre pessoa autor e a pessoa jurídica contratante, sendo o produto intelectual protegido pelo direito autoral, resultado de esforço laborativo com remuneração consubstanciada, apresentada como compensação pelo trabalho executado (BRASIL, 1998).

Cabalmente, o autor fático da obra, se contratado enquanto subordinado em relação de trabalho, obtém contraprestação pelo labor realizado, abdicando do direito de autoria de antemão. Por esse fato, a relação empregatícia desvincula o autor do objeto, repassando todos os direitos advindos da obra, mesmo os de natureza moral, para seu contratante.

Mesquita (2016) alega a existência de uma divisão entre os direitos do autor sobre a obra. Para o literato, do ato constituinte derivam duas subdivisões dos direitos autorais, os de origem moral e os de origem patrimonial. Os direitos de origem patrimonial são aqueles relacionados ao proveito financeiro sobre a obra, fazendo dos termos relacionados a fruição, disposição e utilização da obra, atos correspondentes a esta subdivisão. Outrossim, os direitos relativos ao reconhecimento do autor com relação à obra são vínculos a parte, de natureza moral e, portanto, derivados dos direitos da personalidade, intransferíveis e irrenunciáveis.

Assim sendo, compreende-se que o autor tem como garantia primordial o reconhecimento sobre sua produção, vinculado à sua pessoa de forma permanente, sem que possa ser alvo de quaisquer formas de adequação, excetuando apenas os casos em que o autor o faz como dever absorvido em relação empregatícia. Porém, como direito decorrente, as de origem de direito patrimonial tem característica autônoma, podendo ser cedidas a terceiros gratuita ou onerosamente.

Essa exigência, ou dispensa, da contraprestação em razão da cessão de uso é observada por Mesquita (2016) como objeto direto dos direitos legados sobre a obra, podendo o autor dispô-la ao público de forma a cindir os direitos patrimoniais em possibilidades restritas, preservando para si parte deles, cedendo os restantes, ou conferindo-os em sua integralidade.

Nesse tocante, deduz-se que as cessões dos direitos patrimoniais podem ocorrer de forma integral ou parcial, dependendo do licenciamento que regulamentar a obra, podendo o autor cedê-los em sua totalidade, ou preservar os que lhe forem mais caros, cedendo somente os de seu interesse. Para tal, durante a confecção do licenciamento da obra, o autor deve definir quais dos direitos estarão disponíveis para cessão e quais deverão ser mantidos restrito à sua pessoa, tornando essa adequação ato imprescindível para o reconhecimento das limitações relacionadas à fruição da obra.

No que tange a coautoria, Evangelista (2013) nos instrui que a relação entre autor e obra pode ser concedida à mais de uma pessoa, desde que fique evidenciado que houve a colaboração

intelectual para a produção, não bastando que sua contribuição seja meramente opinativa. Todavia, ao contribuir efetivamente para a produção, o coautor recebe a parcela moral do direito autoral, podendo, assim, impedir ou obrigar a veiculação de seu nome.

Compreende-se, então, que não há vedação legal que impeça uma obra de ser reconhecida como pertencente a mais de um autor, sendo que nesses casos todos os envolvidos serão reconhecidos como coautores da obra, recebendo individualmente o reconhecimento apropriado dos direitos morais, possibilitando que, cada qual individualmente, regule o que tange a sua própria identificação na relação com a obra.

Quanto aos direitos patrimoniais, Evangelista (2013) informa que a lei dispõe sua integralidade para todos os coautores, podendo cada um exercê-lo de forma completa e irrestrita para a publicação da obra, não excluindo da relação a responsabilidade econômica sobre ganhos ou perdas pela fruição, exigindo dos demais coautores autorização para tal. Evangelista então recomenda, que o coautor previna-se obtendo dos demais, durante a composição, a autorização para uso irrestrito, ou que a conceda a outrem.

Portanto, quando o direito autoral é atribuído a mais de um sujeito torna-se necessário precaver-se positivamente quanto à possibilidade de cessão, uma vez que pertence a todos os coautores, de forma ilimitada, a capacidade de publicação da obra, mesmo que sem a anuência dos demais. Porém, para que possa obter vantagens econômicas com a obra, é necessário a concordâncias dos demais coautores, podendo esse imbróglia tornar-se inconveniente, recomendando-se, então, a concessão de uso irrestrito sobre a obra a apenas um dos autores, cedido por outros.

Embora o software possa ser dividido para cessões de direito em separado, a utilização de trecho do código pode ser utilizada mesmo sem a autorização do autor. Nesse sentido, faz-se necessária a averiguação das exceções ao direito do autor.

2.1.1 Da exceção ao direito autoral sobre software

Provisiona-se na LS, condições que configuram exceção dos direitos de autor, observando uma aplicabilidade variável às previsões legais.

No artigo 6º, inciso I, trata-se a permissão para utilizar-se de cópia com objetivo salvaguardar as informações contidas pelo software, desde que seja um único exemplar. Esse inciso

compreende a possibilidade de realizar uma cópia de backup das informações pertinentes ao software, oportunizando o restabelecimento nos casos de falha, mesmo que sem a autorização do autor (BRASIL, 1998).

Reconhece-se, nesse caso, que para a fruição completa do software, como obra cedida, a existência de uma garantia de informação não obsta o direito do autor, uma vez que o seu uso é restrito a recuperação ao estado último do produto, não devendo possuir outra serventia que não essa.

Outrossim, o inciso segundo autoriza a citação do programa, com indicação completa de sua fonte constando autor e programa, com fins pedagógicos. Tal implementação ocorre exclusivamente para treinamento do software e pode ocorrer em desacordo com a licença de uso (BRASIL, 1998).

O treinamento de software, com fim didático, implica na formação de operadores e desenvolvedores que sejam capacitados para utilizar o programa de melhor forma possível, ou mesmo desenvolver outros, sem oferecer concorrência com o autor por não o utilizar em sua integralidade. Para tal, a legislação brasileira concede aos instrutores a possibilidade de utilizar dos programas como método de ensino, criando exceção ao direito do autor, sem lhe causar prejuízo. Não obstante, para que seja possível a utilização de um programa para fins didáticos é necessário o reconhecimento da autoria através de citação do programa e de seu autor.

De mesma forma, o inciso III regulamenta que as semelhanças a outro software não caracterizam violação dos direitos autorais se, da derivação, for precedido condição funcional, desde que observadas as limitações de alternatividade à produção original, bem como regulamentações técnicas e normativas preexistentes. Aplica-se tal inciso em principal para as produções de software cuja execução dependa de outro software, como os sistemas operacionais, sendo que sua aplicabilidade depende do formato específico que garanta sua adequação (BRASIL, 1998).

Nesse sentido, utilizar-se de parte de um software como base para o funcionamento de outro não fere o direito autoral, uma vez que, da exigência do primeiro para com o segundo, resguarda-se a propriedade intelectual sobre a obra base, sendo que sem ela o produto derivado não tem funcionalidade. Tal modelo é aplicado em regra para os sistemas operacionais, que são desenvolvidos intuindo que outros programas o empreguem como base para seu funcionamento.

Por fim, o inciso IV garante a possibilidade de o destinatário final utilizar-se de métodos de integração do software para as operacionalidades necessárias a seu uso, limitadas ao que lhe for indispensável. A aplicabilidade desse inciso é muito limitada, uma vez que, excetuando as licenças

com código aberto, a adequação para o uso pessoal já caracteriza violação da licença ao utilizar-se de engenharia reversa para abrir o conteúdo do software, uma vez que para alcançar o objetivo o código deve-se descompilar o programa, violando a expressão do direito do autor (BRASIL, 1998).

Portanto, o autor poderá aprender com o funcionamento de um software, utilizando deste aprendizado para evoluir o programa, adequando-o para o seu melhor uso pessoal. Porém, se ao fazê-lo abrir sem autorização o código fechado estará violando licença do software, não podendo ser protegido pelo inciso IV. Essa limitação de utilização do inciso restringe sua aplicabilidade para alteração de softwares proprietários com código aberto ou de softwares livres, cuja previsão de alteração já é compreendida pela licença *copyleft* que o regulamenta.

2.2 DO LICENCIAMENTO EM COPYLEFT

Embora existam diversas propriedades práticas diferentes entre os contratos de licenciamento em *copyright* e *copyleft*, ambos devem respeitar o que é estipulado pela legislação brasileira, tornando tais diferenças métodos dentro de uma construção finalística, limitando o emprego do software aos termos do contrato.

Pontes (2009) nos ensina que a *Free Software Foundations*, da qual Richard Stallman fez parte, e onde iniciou o projeto GNU, projetou o modelo de licenciamento *copyleft* opondo-se diametralmente ao modelo do *copyright*, mas ao fazê-lo, utilizou-se do modelo contraposto como base para a produção da GPL, incorporando aspectos restritivos desse modelo de licenciamento para garantir a liberdade do software.

Santos (2009) complementa a compreensão ao descrever que o modelo de licenciamento em *copyleft* utiliza dos mesmos métodos que o modelo *copyright*, mas ao fazê-lo protege o direito de “usar, modificar e distribuir” softwares, tanto o original como o derivativo.

Compreende-se então que, embora exista antagonismo entre o projeto GNU e o modelo de software proprietário, ou seja, aqueles protegidos pelo *copyright*, os desenvolvedores valeram-se de métodos contratuais que restringem o uso com o intuito de proteger os preceitos do software livre. Com essa proteção, proporciona-se aos desenvolvedores de software livre a capacidade de manter a liberdade do código produzido, impedindo o aproveitamento dos recursos elaborados sob o licenciamento *copyleft* dentro de um código com licença proprietária.

Santos (2009) ainda determina em seu texto, que o autor, ao produzir um software livre licenciado em *copyleft*, não está abrindo mão de seus direitos, e sim utilizando da mesma proteção legal que garante o *copyright* para assegurar o direito de terceiros usufruírem da obra. Consequentemente, o software livre não é reconhecido pelas suas peculiaridades técnicas, mas sim pelas jurídicas.

Portanto, quando cedido o uso de um software através de licenciamento em *copyleft*, o desenvolvedor o faz de maneira que garante o uso de terceiros sobre o código produzido, impedindo que a sua distribuição seja restringida. Tal fenômeno não é uma tecnicidade dentro do método de produção e sim uma utilização de ferramentas jurídicas.

Como nos instrui Pontes (2009), a proteção da licença GPL, ou *copyleft*, permitiu a adoção de um modelo de licenciamento de software livre que garantia ao produtor a adequação de outros softwares derivados através da aceitação de sua licença. Há, nesse caso, o impedimento contratual da utilização de suas funcionalidades em desacordo com os termos veiculados no contrato, possibilitando o cancelamento da cessão de uso, caso seu código seja empregado em desconformidade com o estabelecido em contrato.

Dessa forma, conclui-se que a cessão de uso nos modelos de contrato licenciados em *copyleft* possuem regras condicionais de fruição similares aos contratos de softwares proprietários, autorizando o cancelamento da cessão de uso, se essa operação violar os termos contratuais. Isso posto observa-se que o uso de código protegido por licença *copyleft* em softwares de código fechado caracteriza derivação imprópria, cindindo o contrato.

Schurri (2014) descreve a violação da cláusula de *copyleft*, ou seja, a cláusula que garante a liberdade de software através de uso, cópia e distribuição livres, como violação direta dos termos do contrato, sendo causa suficiente para aplicação de perdas e danos pertinentes ao mau uso do software. Na prática, para violar tal cláusula, o desenvolvedor de software proprietário deve utilizar-se de software livre como base para produção de seu próprio, fechando o código.

À vista disso, entende-se que o software, embora licenciado em *copyleft*, não difere das normas contratuais gerais, que determinam que das violações ensejam as indenizações, na forma de perdas e danos identificáveis. Para que a violação ocorra nos contratos de software livre, basta a utilização de seu código de forma a derivar, constituindo novo software protegido por licença proprietária.

Gonsalves (2013), citando Agostinho Alvin, determina que dano pode ter sentido amplo, incluso o dano moral, contudo, quando tratamos de dano material é necessário a comprovação na

diminuição observável do patrimônio para que possa ser concedida qualquer espécie de indenização. Caso exista previsão contratual para indenização esta deve ser seguida, todavia, para o reconhecimento do dano sofrido, quando inexistir cláusula que verse sobre o assunto aplica-se o método da liquidação, conforme determina o artigo 946 do Código Civil.

Assim sendo, mesmo que gratuito o contrato, da sua violação decorre a necessidade de indenizar, tornando-o fonte primária do método a ser utilizado, caso previsto em suas cláusulas. Entretanto, se inexistir determinação quanto ao valor indenizatório no contrato deve-se observar o texto legal, reconhecendo individualmente quais os prejuízos sofridos pelo descumprimento das obrigações contratuais, presentes ou vindouros.

Para Gonsalves (2013), ao realizar a liquidação nos termos da lei devemos quantificar o que constituem prejuízo sofrido, sendo fator determinante para definir o valor da indenização, contudo, deve ser precedido de uma fase anterior que indica qual a extensão e proporção, chamada reparação do dano. O objeto é a reparação do dano, o método utilizado para quantificar esse dano em somas monetárias é a liquidação.

Conclui-se então que, embora o código esteja aberto, o uso, a cópia e a modificação estejam disponíveis para todos os usuários, da violação da licença *copyleft* podem existir dois tipos de indenização. A primeira é definida no próprio termo de licença, a segunda pode ser reconhecida na forma de perdas e danos, desde que comprovados, fazendo-o na medida da sua extensão.

2.3 LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O TEMA

Como já demonstrado, o direito sobre software é um ramo do direito autoral, submetido, em regra, as suas especificações, como do reconhecimento do autor e da obra. Tal afirmação é verdadeira também em âmbito internacional, sendo que as tratativas no tocante dos direitos de software são dissidentes do reconhecimento autoral sobre este.

Convenções como a de Paris, de 1883, e de Berna, de 1914, sedimentaram inicialmente políticas internacionais sobre proteção dos direitos autorais e, através dessas, o reconhecimento sobre a propriedade intelectual excedeu as fronteiras das legislações nacionais. Após diversas convenções sobre o assunto, em 1967 é criada a *World Intellectual Property Organization* (WIPO), incorporada pela ONU em 1974, sendo que tal agência tem como missão o desenvolvimento,

controle e efetivação da propriedade intelectual, através de um sistema que permita a inovação e criatividade, em benefício comum (WIPO, 2019).

Portanto, a WIPO, através de tratados internacionais sobre o tema, imputa aos signatários observância quanto aos direitos autorais, ratificando e atualizando os conceitos imbuídos no tratado de Berna. Tais alterações tem como objetivo um desenvolvimento da propriedade intelectual em escopo internacional, bem como sua proteção.

Outrossim, a WIPO em 1996, através de adendo ao tratado de Berna, que altera seu artigo 20, incluiu no âmbito da proteção de direitos autorais os programas de computador. No artigo segundo do adendo fica claro que não somente obras literárias, científicas ou artísticas estão protegidas, resguardando a propriedade intelectual das expressões, métodos e conceitos matemáticos. Não obstante, no artigo quarto do mesmo compêndio, os programas de computador são referidos diretamente, como obras protegidas, da mesma forma que obras literárias, não sendo relevante o meio de expressão utilizado (WIPO, 1996).

Dessa forma, fica evidenciado nos acordos internacionais geridos pela WIPO, que os programas de computador também estão protegidos contra violações da propriedade intelectual em âmbito internacional. O artigo segundo concede o direito à proteção em três fatores comuns na produção de *softwares*: métodos, expressões e conceitos matemáticos, que por si só poderiam ser interpretados, a fim de garantir os direitos sobre software. Não obstante, fica evidenciado também no artigo quarto, de maneira inequívoca, que os programas de computador têm seus direitos resguardados, com expressa comparação aos métodos utilizados nas obras literárias.

Contudo, tanto no tratado como no adendo, não há especificação sobre modelos alternativos ao *copyright* para proteção do direito autoral, vez que, em principal, estes diferem-se do modelo mais tradicional por adição de quesitos específicos na produção de suas licenças de uso. Para fins de identificar possíveis divergências de entendimento quanto à possibilidade, ou não, de indenização por violação das licenças de softwares livres, quando em direito comparado, utilizar-se-á o direito Norte Americano, originador do modelo de licença analisado.

2.3.1 Da legislação e jurisprudência Norte Americana

Conforme nos ensina Rohrmann (2001), a legislação constitucional Norte Americana, em seu artigo 1º, seção 8º, cláusula 8ª, conferiu poder regulamentador ao congresso nacional no que

tange os direitos autorais objetivando, em especial, o fomento da ciência e artes, contudo, sem citar o modelo de licenciamento que deva ser utilizado, limitando-se à garantir o direito exclusivo dos autores, ou descobridores, em relação à obra criada. Assim, autorizados por sua carta magna, em 1909 os congressistas promulgaram lei específica, a fim de proteger os direitos autorais, denominada *The Copyright Act*, emendado somente em 1988, após a adesão à convenção de Berna.

Denota-se que o direito Norte Americano, antecipadamente, em sua constituição, já garantia a fruição exclusiva por parte do autor dos resultados de sua obra. Não obstante, autorizava o poder legislativo a delimitar o alcance dos direitos autorais. Nesse sentido, o autor interpreta a Constituição Norte Americana, reconhecendo motivação especial dos constituintes, objetivando não somente a proteção do direito autoral, mas também avanço das áreas afins.

Rohrmann (2001) considera que, por tratar-se de sistema *Common Law*, os julgados tem especial importância em se comparado com a *Civil Law*. Entretanto, por tratar-se de um sistema federativo com maior autonomia, há maior liberdade para os juízes e tribunais estaduais decidirem conforme seus próprios precedentes. Isso posto, a Suprema Corte dos Estados Unidos recebeu diversos casos tratando de direitos autorais, e o peso das decisões proferidas por ela vinculam todos os demais tribunais e juízes do território.

Nesse tocante, é verificável que, por tratar-se de *Common Law*, o direito norte americano preconiza a análise de julgados para reconhecimento da melhor solução para as lides, sendo que os julgados da Suprema Corte têm maior alcance territorial, bem como poder vinculante para com as decisões a serem proferidas. Outrossim, mesmo com obediência aos precedentes da Suprema Corte, os tribunais e juízes estaduais tem liberdade para seguir seu próprio sistema legal, devido ao método federativo utilizado, bem como de seus julgados próprios.

Verifica-se, então, que quando tratando de análise de julgados, ao observarmos a justiça dos Estados Unidos, devemos ter em mente que as legislações estaduais e as jurisprudências analisadas são, em regra, visualizações específicas sobre entendimentos recorrentes no tocante de um tema, mas que pode, ou não, estar limitado ao âmbito de um estado.

Para vislumbrarmos o entendimento da justiça dos Estados Unidos sobre o tema pode-se analisar o caso de Robert Jacobsen contra *Kamind Associates*. Jacobsen produziu ferramentas do protocolo Java, licenciando seus códigos em *copyleft*. A empresa *Kamind Associates* retirou trechos dos códigos produzidos por Jacobsen, fechando o código e retirando a identificação de propriedade autoral. Lee (2008) explica que, embora tenha sido derrotado em sua causa em primeira instância, Jacobsen recorreu à Corte Federal, onde teve reconhecido o direito sobre o software, obrigando a

abertura do código utilizado pela *Kamind*, como também o reconhecimento autoral de Jacobsen sobre o código nele utilizado.

Decisões como essa, fundamentaram a ação da Free Software Foundation Inc. contra a Cisco Systems Inc., apresentado à *United States District Court Southern District of New York*, conforme o pedido abaixo.

[...] a Autora solicita respeitosamente provimento contra o Demandado, nos seguintes termos:

- (1) Que o Tribunal emita uma medida cautelar contra o Réu, e que Réu, seus diretores, diretores, representantes, agentes, funcionários, funcionários, advogados, sucessores e cessionários, e todos os outros em ativo concerto ou participação com o Réu, sejam intimados. e impedido de copiar, modificar, distribuir ou fazer qualquer outro uso infrator do software da Autora;
- (2) Que o Tribunal condene o Requerido ao pagamento de danos materiais e consequentes do direito autoral, incorridos, em um valor a ser determinado no julgamento ou, em alternativa, os danos legais, conforme estabelecido em 17 U.S.C. § 504 (c);
- (3) Que o Tribunal determine ao Requerido que contabilize e direcione a Autora todos os lucros derivados pelos atos ilícitos do Requerido;
- (4) Que o Tribunal determine ao Réu o pagamento de despesas de litígio, incluindo honorários razoáveis de advogado e custos desta ação; e
- (5) Que a Corte conceda ao Autor qualquer outra medida que a Corte julgue justa e apropriada (RAVICHER; WILLIAMSON, 1995, p. 13, tradução nossa)

Tal ação é decorrente de violação de direitos autorais pertencentes a *Free Software Foundation Inc.*, em especial de ferramentas, pacotes e bibliotecas GNU, licenciadas em *copyleft*. Embora não tenha chegado ao julgamento, tais pedidos, formulados em jurisprudência sólida, como o caso de Jacobsen, forçaram a *Cisco Systems Inc.* aceitar um acordo, cujos valores não foram publicados.

Os argumentos do caso em comento apoiam-se não somente nos reiterados julgados, mas também no *Code Of Laws of the United States of America*. Redigido pelo poder legislativo federal dos Estados Unidos, o códex que contém a legislação aplicável a todos os seus territórios, contendo tratamento específico sobre as violações de direitos autorais, que, como requerido no pedido feito pela *Free Software Foundation Inc.*, é aplicável também aos softwares protegidos por *Copyleft*. Nesse sentido, o artigo 17, §504, traz a possibilidade da condenação em *statutory damages*, que viabilizam indenização quando o dano apresentado sobre direitos em que a valoração for impraticável, como nos casos de violação de direito autoral de software livre.

2.4 LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA NACIONAL APLICÁVEL

Quando se trata de responsabilidades contratuais, os princípios, como o *pacta sunt servanda*, operam de maneira a garantir a aplicação das cláusulas contratadas voluntariamente. Coelho (2012) define tal princípio como “autonomia privada”, em que se reconhece o poder dos sujeitos de direito para regularem os termos contratuais de acordo como seus interesses. O autor, nesse sentido, instrui que tal autonomia é, a princípio, quase ilimitada, desde que mantida a observância da ordem jurídica que estão subordinados. Dessa forma, a autonomia é também o que garante a possibilidade de exigir o cumprimento dos termos contratuais da parte contrária, possibilitando a busca por ressarcimento pela sua falta.

Compreende-se que a autonomia de vontade entre as partes, desde que não contrária ao ordenamento jurídico a qual as partes estão subordinadas, constitui de poder quase absoluto, fazendo “lei” dos termos pactuados entre elas. Assim, ao contratar, as partes se submetem aos termos do contrato, não sendo exceção os contratos de *Copyleft*. Se especificadas as cláusulas punitivas por descumprimento nos contratos de software licenciados como *Copyleft*, devem ser aplicados seus termos.

Assim sendo, o artigo 408, e seguintes, do Código Civil (Brasil, 2002) opera no sentido de garantir a aplicação das cláusulas penais em contratos. Tal artigo implica diretamente em sua aplicação por violação culposa dos termos do contrato. Portanto, o contrato de cessão de uso de software, mesmo que em *Copyleft*, pode trazer em seu bojo cláusulas penais, desde que não esteja em desacordo aos atributos necessários desse tipo de licenciamento, ou seja, uso, cópia e distribuição independente de autorização ou contraprestação ao autor.

Outrossim, nas obrigações geradas em contrato, caberá aplicação de cláusulas punitivas por descumprimento. No entanto, se não estipuladas tais cláusulas compensadoras sobre os prejuízos auferidos, ou, se não serem suficientes para ressarcir, cabe o entendimento do previsto no bojo do artigo 398 do Código Civil (Brasil, 2002), que informa: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro possibilita, em caso de descumprimento de obrigações, que a parte prejudicada reivindique indenização pelos prejuízos sofridos, mesmo que sem pactuação prévia, pela aplicação da responsabilidade civil subjetiva. Coelho (2012) nos ensina que a responsabilidade civil subjetiva, decorre de ato ilícito, sendo o sujeito causador da ilicitude

obrigado a indenizar pela conduta praticada. O autor instrui também quanto ao artigo 186 do Código Civil, que determina com ato ilícito todo aquele que, decorrente de conduta culposa, viola direito alheio e lhe causa prejuízo.

Observa-se que, na interpretação do autor sobre o Código Civil, não basta a violação de direito alheio para que surja o dever de indenizar. Exige-se, para tal possibilidade, que seja possível auferir dano sofrido, vez que sem esse, não se caracteriza por completo a ilicitude e, de mesma forma, não se gera o dever de indenizar. Essa previsão é complementada, no tocante do dever de indenizar, contido no artigo 944 do Código Civil, que orienta que a indenização deverá ser medida pela extensão do dano.

Portanto, para o direito brasileiro, ao contrário do que é preconizado no direito americano, no *Code Of Laws of the United States of America*, é essencial comprovação de dano sofrido para que seja possível indenização. Consequentemente, o *Copyleft*, por prever obrigatoriamente em seus termos a cópia, distribuição e modificação sem prévia autorização, tal comprovação é, no mínimo, de difícil produção.

Contudo, a jurisprudência nacional, nos poucos casos que não confunde Software Livre, licenciado por *Copyleft*, com software gratuito, licenciado nos termos do *Copyright*, entende ser possível a indenização por danos materiais, conforme ementa abaixo.

Propriedade intelectual. 'Software' livre ('freeware'). Exploração comercial não autorizada, pela demandada, de programas de computador criados pelo autor. Ré que produziu e comercializou cd-rom contendo softwares desenvolvidos pelo demandante. Caráter livre que se restringe à utilização pessoal e doméstica. Proveito comercial a gerar o enriquecimento injustificado da ré. Ressarcimento pelo dano material fundado nessa justificativa. Quantia corretamente obtida pela perícia contábil. Inexistência, entretanto, de dano moral. Característica de distribuição livre do 'freeware' que não dá ensejo a qualquer prejuízo à honra de seu criador em virtude da distribuição da obra a terceiros. Inteligência, ademais, do disposto no § 1º do art. 2º da lei nº. 9.609/98. Sucumbência repartida entre os litigantes. Recurso de apelação parcialmente provido.

(tj-sp -: 1150015420058260100 sp, relator: vito guglielmi, data de julgamento: 25/11/2010, 6ª câmara de direito privado, data de publicação: 13/12/2010)

No caso em comento, entenderam os desembargadores que a distribuição onerosa de software livre é justa causa de ressarcimento, vez que em caso contrário geraria enriquecimento injustificado da parte ré. Tal decisão opera em contrário aos aspectos essenciais do licenciamento *Copyleft*, no que tange a possibilidade da distribuição ocorrer sem contraprestação ou prévia autorização do autor.

Outrossim, como não é possível avaliar corretamente quais vantagens econômicas o autor poderia ter com a distribuição do software, por ser licenciado em *Copyleft*, a decisão vai de encontro ao entendimento do artigo 944 do Código Civil, que demanda a apreciação da extensão do dano para que possa ser auferida indenização.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa feita, é observável que os contratos de software podem ser regidos por diferentes tipos de licenciamento, dentre eles destacando-se o *Copyright*, modelo que preserva, a princípio, todos os aspectos do direito autoral preconizados nas leis 9.609 e 9.610, e o *Copyleft* que, embora obediente as mesmas leis, utiliza-se dos aspectos contratuais para garantir a distribuição, cópia e alteração sem prévia autorização do autor, obrigando os signatários a manterem as mesmas diretrizes em seus contratos derivados.

Verifica-se, também, que os contratos de cessão de uso de softwares que utilizam o modelo *Copyleft*, oportunizam o desenvolvedor auferir vantagens econômicas, quando não vinculados aos atos de cópia, modificação ou distribuição do software, permitindo aos produtores obterem renda derivada da sua produção intelectual.

No tocante da possibilidade da incidência de cláusulas penais, o *Copyleft* opera de mesma forma que demais contratos de cessão de uso, permitindo sua aplicação, desde que não contrária ao regramento específico deste tipo de contrato. Dessa forma, o autor poderia antecipar na formulação do contrato, cláusulas penais por violação dos seus termos de uso, desde que não infringissem as normas regulamentadoras desse tipo de contrato.

Não obstante, quando se observam os direitos comparados, norte americano e brasileiro, identificamos que para o primeiro há possibilidade de ressarcimento, no que toca os danos materiais e morais, por violação dos termos do contrato. Tal entendimento é aplicável, haja vista o *Code Of Laws of the United States of America*, que prevê no artigo 17, § 504, a possibilidade da indenização ocorrer por *statutory damages*, que operam através de índices específicos, sem conexão direta com o dano propagado.

De forma diversa, o direito brasileiro exige, dentro do Código Civil, que, para apreciação de danos materiais, seja mensurado a extensão deste dano, o que não seria possível das violações das cláusulas elementares dos softwares licenciados em *Copyleft*. Dessa forma, inexistindo previsão

contratual de cláusula penal específica, a violação deste tipo de licença não estaria amparada pela possibilidade prevista nos artigos 927 e seguintes do Código Civil.

Contudo, a jurisprudência brasileira opera em sentido contrário. Observa-se no caso em concreto que, com intuito de evitar o enriquecimento sem causa, os desembargadores entenderam por bem acolher a reclamação do apelante, a fim de indenizar sobre os ganhos auferidos pelo apelado, não pela medida da extensão do dano sofrido.

Portanto, fica evidente que, para o direito brasileiro, a possibilidade de reclamações indenizatórias quanto à violação de cláusulas essenciais dos contratos licenciados em *Copyright* ficam à mercê do entendimento dos julgadores, sendo que os poucos julgados, nesse sentido, têm entendido pela procedência das reclamações sobre danos materiais. Entretanto, pela baixa incidência desse tipo de litígio, não há dados o suficiente para reconhecer tais entendimentos como uma jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. O.; DOS SANTOS, M. J. P.; JABUR, W. P. **Propriedade Intelectual**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOSA, D. B. **A estrutura legal internacional dos direitos autorais**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/direito_internacional_autoral.pdf>. Acesso em 14 abr. 2019.

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. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 fev. 2019.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil, 3: contratos**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

DIAS, J. C. V.; SCHIRRU, L. **O Software Livre Sob a Perspectiva da Inovação Tecnológica: Conceito, Limites e Peculiaridades Jurídicas**. 7. ed.: Aracaju: PIDCC, 2014. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/147-o-software-livre-sob-a-perspectiva-da-inovacao-tecnologica>>. Acesso em: 23 out. 2018

EVANGELISTA, M. **Direito da Informática em 16 aulas**. 1. ed. Manaus: ArkiUltra, 2013.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro, Volume II: das obrigações**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEE, T.B. **Court: violating copyleft = copyright infringement**. Disponível em: <<https://arstechnica.com/tech-policy/2008/08/court-violating-copyleft-copyright-infringement>>. Acesso em 23 mai. 2019

MESQUITA, R. A. **Manual Prático de Direito Autorais**. 1. ed.: Grifo Negro, 2016.

PONTES, H. **Os Contratos de Cessão de Direitos Autorais e as Licenças Virtuais *Creative Commons***. 2. ed. Belo Horizonte : DelRey, 2009.

RAVICHER, Daniel B.; WILLIAMSON, Aaron K. **SOFTWARE FREEDOM LAW CENTER, INC.** United States District Court Southern District of New York, 1995.

ROHRMANN, C. A. **A proteção dos direitos autorais nos estados unidos em face da digitalização: O caso Napster**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/prote%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-autorais-nos-estados-unidos-em-face-da-digitaliza%C3%A7%C3%A3o-o-caso-napster>> Acesso em 16 mai. 2019.

SANTO, M. **Direito autoral na era digital: Impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SYSTEM, The GNU Operating. GNU Operating System. Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/gnu.en.html>>. Acesso em: 15 set. 2018.

WORLD INTELLECTUAL PROPETIE ORGANIZATION. **Inside WIPO**. Disponível em: <<https://www.wipo.int/portal/en/index.html>>. Acesso em 14 abr. 2019.

WORLD INTELLECTUAL PROPETIE ORGANIZATION. **WIPO Copyright Treaty (WCT) (Authentic text)**. Disponível em: <<https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>>. Acesso em 15 abr. 2019