

Democracia Digital: o direito como identidade e o software como um direito de propriedade.¹

Digital democracy: law as identity and software as a property right.

Marcos Vinício Chein Feres²

Jonas Bomtempo Guedes³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo questionar a adequabilidade do atual regime jurídico de propriedade dos programas de computador tendo por norte o ideal de democracia digital no espaço cibernético, de maneira que seja possível conciliar os interesses de todos os envolvidos na mesma proporção em que se garanta a inovação e o desenvolvimento social, econômico e técnico-científico nacional. Metodologicamente, a partir de uma pesquisa qualitativa, de análise de conteúdo por traços de significação, elabora-se um arcabouço teórico que, complementado pelo ideal do direito como identidade, servirá de instrumento para se estruturar a investigação referente ao regime jurídico de propriedade intelectual vigente. Nesse sentido, não poderíamos olvidar do instituto do Software Livre como alternativa ao regime de propriedade individual.

PALAVRAS-CHAVE: direito como identidade; propriedade intelectual; democracia digital; Software Livre.

ABSTRACT

This article aims to question the adequacy of the current legal regime of computer programs property, focusing on the ideal of digital democracy in the cyberspace, so

¹ Este trabalho tem o apoio financeiro e institucional da FAPEMIG e do CNPq.

² Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG. Professor Associado da Faculdade de Direito da UFJF. Bolsista de Produtividade PQ 2 do CNPq.

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, bolsista de iniciação científica – BIC/UFJF.

that it will be possible to reconcile the interests of all involved, as well as ensure innovation, social, economic and technological development for the country. Methodologically, according to a qualitative research, based on a content analysis by *traits of significance*, a theoretical framework is elaborated, grounded on the idea of law as identity, in order to serve as a tool for structured analysis of the juridical regime of intellectual property rights. In this sense, the institute of Free Software cannot be excluded as an alternative to the private property rights system.

KEYWORDS: law as identity; intellectual property rights; digital democracy; Free Software.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem em resposta a uma necessidade de se rever, no cenário atual de nossa sociedade de informação, a adequabilidade do sistema jurídico de proteção ao software, ramo do mercado tecnológico sobre o qual ainda pairam incertezas relativas ao instituto jurídico que melhor pode regulamentá-lo. Não se pode perder de vista que, independentemente do sistema jurídico de proteção que venha a ser adotado, este cumprirá também, fatalmente, um papel de política pública e, portanto, deve ser analisado como vetor de influência ao desenvolvimento econômico, social e técnico-científico da comunidade como um todo.

Parte-se de uma abordagem normativa e político-institucional para se alcançar uma perspectiva interpretativa, a qual permitirá compreender, de maneira construtiva-argumentativa, o fundamento jurídico do marco legal nacional de proteção à propriedade dos software. Além disso, com base nessa fundamentação teórica, pode-se questionar qual deve ser o pressuposto-base para a concessão de direitos de propriedade intelectual à criação e ao desenvolvimento do software num Estado Democrático de Direito. Analisa-se, portanto, a relação dialógica entre direito à patente e direito autoral em uma teoria institucional-moral para que se possa reavaliar a efetividade e a adequabilidade do atual sistema jurídico de proteção aos programas de computador, sempre tendo por norte o direito constitucional de acesso ao conhecimento.

Cabe indagar, à vista disso, qual o instituto jurídico que melhor está capacitado para conciliar direitos e interesses dos programadores e empresas de software com o direito constitucional de acesso à informação veiculada pelos programas de computador, sendo que esse instituto também deverá ser um fator de fomento ao processo de inovação tecnológica e desenvolvimento técnico-científico, social e econômico. Como hipótese de investigação, afirma-se que o atual regime brasileiro de proteção ao software representa um gargalo que comprime a concretização do próprio fim para o qual um sistema jurídico de proteção intelectual é criado, a saber, a proteção dos interesses dos proprietários, o fomento à inovação, à inclusão e a democratização digital.

Com efeito, o paradigma do direito de propriedade individual precisa ser revisitado por via do direito como identidade, de forma a inseri-lo num contexto cibernético que seja institucional e moralmente estruturado. Assim, a conciliação entre os interesses dos programadores, dos empresários e dos consumidores de software em geral, combinado com o fomento ao processo de inovação tecnológica será a síntese dialética dessa reinterpretação teórica. Uma discussão sobre qual o melhor instituto jurídico a ser adotado, seja o direito autoral seja o direito à patente, para a proteção do software, que não tenha passado por essa filtragem teórica-institucional do direito como identidade, provavelmente se mostrará inócua quanto à efetivação da garantia constitucional do direito de acesso à informação e à implantação de uma real democracia digital.

Assim sendo, o objetivo principal da pesquisa é o de averiguar, juridicamente, a relação entre uma estrutura de propriedade privada de proteção exclusiva ao inventor/autor e o direito de acesso a novas tecnologias, num contexto de proteção constitucional a relações econômicas e sociais, sejam elas cibernéticas ou não, para, finalmente, se propor quais devem ser os moldes da melhor forma de regulação, conciliando os interesses em jogo já explicitados acima.

Metodologicamente, utilizar-se-á de um juízo analítico a partir de traços de significação (unobstrusive reasearch), conforme Babbie (2000), para a realização de uma pesquisa, por excelência, qualitativa. Tendo por base o referencial teórico adotado, construir-se-á um sistema analítico de conceitos a partir do qual será possível examinar, precisamente, textos teóricos, o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Lei de Softwares (Lei 9.609/92) e a Lei de Propriedade Intelectual (

Lei nº 9.279/96) e, finalmente, o instituto do Software Livre, os quais, em conjunto, compõem nossa unidade de análise. A cunhagem dos traços de significação permitirá deslindar o significado subjacente da propriedade de software, bem como abordar o texto legal e os dados aglutinados a partir de um viés crítico. Assim, será possível verificar, quando existente, uma inconsistência entre o ideal normativo e a realidade fática. No que tange às técnicas de pesquisa, proceder-se-á a uma análise de conteúdo, optando-se pela documentação indireta, isto é, pela pesquisa bibliográfica e documental para a revisão de literatura.

De maneira esquemática, teremos, primeiramente, o esboço teórico sobre o qual se assenta o presente artigo de maneira que, num segundo momento, se possa entender o atual sistema jurídico brasileiro de proteção ao software a partir da perspectiva do direito como identidade. Finalmente, após essa etapa prognóstica, faz-se necessário o entendimento de institutos que concorrem de maneira mais direta à efetivação da democracia digital e do direito constitucional de acesso ao conhecimento, a exemplo do chamado Software Livre.

2 DIREITO COMO IDENTIDADE

Primeiramente, antes de apresentar especificamente o caso da propriedade de software, cumpre entender os conceitos de integridade e identidade no Direito, os quais servirão de alicerce para a construção de um sistema analítico de conceitos, através dos quais a propriedade privada de software poderá ser reconstruída, tendo por norte o direito constitucional de acesso ao conhecimento. O direito como identidade consiste numa elaboração teórica para a qual concorrem a ideia do direito como integridade de Ronald Dworkin, os elementos morais da identidade moderna desenvolvidos por Charles Taylor, a concepção teórica de Zenon Bankowski de “viver plenamente o direito” e a luta por reconhecimento, com base em Axel Honneth, aplicada ao direito.

De acordo com a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin (1986), o direito é uma prática discursiva-argumentativa, devendo ser interpretado constantemente conforme os fundamentos de princípio, seja na atividade legislativa seja na jurisdicional. Deve, pois, o intérprete se reconduzir ao padrão de justiça compartilhado pela comunidade. Essa prática argumentativa e interpretativa cabe

ser compreendida como fruto da tensão entre legalidade e atitude fraterna, sendo esta última derivada dos princípios da comunidade personificada da qual são extraídos os valores substanciais do melhor direito.

Dessa forma, a Integridade é uma virtude que promove a junção entre a vida moral e a política. Decisões íntegras são aquelas pautadas pelos princípios norteadores da comunidade personificada, ente moralmente autônomo, com identidade própria, de onde os ideais morais são extraídos para a consecução do marco estruturante do direito como integridade. O Direito como Integridade, portanto, pressupõe que as normas sejam extraídas e reconstruídas a partir dos parâmetros da comunidade personificada, por meio de uma prática interpretativa e autorreflexiva de modo que sejam respeitados os requisitos de justiça e equidade⁴.

Para Dworkin (1986), o Direito deve ser entendido como um “romance em cadeia”, em que cada novo capítulo a ser escrito leva em consideração os capítulos passados já escritos, tendo por norte a dimensão da adequação como método interpretativo e a dimensão da moralidade como maneira de descobrir qual leitura torna a obra a melhor possível, permitindo a constituição do direito em sua melhor luz. No desenvolver desse romance, a integridade deve estar sempre presente, de maneira que os sucessivos capítulos, apesar de diferentes em suas particularidades, estejam todos em consonância com os ideias e os valores da comunidade personificada.

Nesse sentido, a integridade de Dworkin pode ser complementada pela teoria moral de Charles Taylor (2011). Segundo este autor, a identidade moderna, em toda sua complexidade e historicidade, é composta pelas dimensões históricas, estruturais e narrativas que compõem a individualidade dos sujeitos. A individualidade destes se encontra inerentemente entrelaçada à ideia de bem, assim como a identidade é inseparável da moralidade.

Nesse contexto de Modernidade, de acordo com Taylor (2011), a cultura influencia as intuições morais desses *se/ves*, as quais serão instrumento de análise

⁴ Observa-se que a Integridade está pautada em três pilares: a Equidade (aplicação de princípios políticos justificadores de escolhas), a Justiça (justificação moral das atitudes administrativas e judiciais) e o Devido Processo Legal Adjetivo (procedimentos jurisdicionais adequados para se julgar os infratores)¹. Nesse sentido, Dworkin (1986, p. 291) afirma que: “O Direito como Integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo.”

para nossas avaliações morais fortes, a saber, aquelas que envolvem uma elevada carga moral-axiológica, como discriminações acerca do certo e errado, melhor e pior, mais ou menos elevado. O espaço, segundo Taylor (2011), dentro do qual se produzem nossas avaliações morais fortes e através do qual se desenvolvem nossas distinções qualitativas de valor são as chamadas *configurações*. A articulação dessas configurações fundamenta e dá sentido a nossos juízos, intuições e reações morais. Dessa forma, a identidade é o horizonte subjetivo dentro do qual se é capaz de tomar uma decisão, o instituto que confere uma orientação dentro do espaço moral, que nos proporciona a estrutura na qual as coisas têm sentido, uma vez incorporadas as distinções qualitativas⁵.

A partir disso, pode-se construir o conceito de *self* como um ser de profundidade e capacidade suficiente para ter ou buscar uma identidade, sendo capaz de dirigir as próprias ações de forma estratégica, voltado sempre para o bem (TAYLOR, 2011). O sujeito reflexivo tem sua consciência construída intersubjetivamente no seio de uma “rede de interlocução” (TAYLOR, 2011), em relação a outros, seus interlocutores, com os quais constrói estruturas de sentido. Um *self* realiza constantemente discriminações qualitativas de valor, orientando-se para o bem e, assim, constituindo a sua identidade. Dessa forma, tendo por pressupostos o direito como integridade de Dworkin e a teoria moral de Taylor, a identidade do direito deve ser construída a partir das identidades dos *selves* da comunidade personificada na qual o ordenamento jurídico tem validade. Nesse contexto, assim como a moralidade é uma espiral axiológica que permeia o direito em toda sua extensão e com ele evolui, a vida do *self* se encontra envolta no bem.

Segundo Bankowski (2001), o significado da legislação deve ser elucidado a partir de um “raciocínio parabólico”, sendo que nesse processo interpretativo legal, a lei e o amor se tencionam e se mesclam, formando o complexo Lei-Amor. Tal complexo estrutura o decurso do “viver plenamente a Lei”, isto é, a faculdade de ir além de uma interpretação legalista nociva, sem que, entretanto, se passe ao largo da legalidade. Deve-se, pois, ser capaz de se afastar do legalismo sem, contudo,

⁵ A Identidade, para Taylor, “representa o papel de nos orientar, de nos proporcionar a estrutura na qual as coisas tem sentido, em virtude das distinções qualitativas que incorpora. [...] Nossa identidade é aquilo que nos permite definir o que é e o que não é importante para nos.” (TAYLOR, 2011, p. 47)

jogar fora o bem que a legalidade produz⁶. Lei e Amor não se antagonizam, mas se completam, concretizando uma empreitada em busca de um direito íntegro e de uma identidade do direito. “Explosões de amor” no seio das comunidades personificadas são imprescindíveis pois carregam, dentro delas, os vínculos e a semente da racionalidade, imprescindíveis para a legalidade. Além disso, ao se viver em uma sociedade de riscos, distanciar-se de uma pretensa “zona de conforto”, reconhece-se na vulnerabilidade alheia a de si próprio, constituindo-se, assim, em entes autônomos e interdependentes, ao mesmo tempo.

Axel Honneth (2003), por sua vez, assevera que uma sociedade reconciliada traduz-se em uma comunidade eticamente integrada por cidadãos livres. Numa perspectiva histórica, Honneth (2003) discorre sobre “luta pelo reconhecimento”, a qual deve ser entendida como luta pela construção da identidade pessoal e coletiva, um processo de construção social da identidade individual. A “luta por reconhecimento” se estrutura a partir de três principais vértices relacionais: o primeiro deles é a esfera do amor, na qual ganham espaço a ideia de confiança em si mesmo e a autorrealização pessoal – o locus privilegiado desse primeiro reconhecimento relacional é a própria família; em segundo lugar, tem-se a esfera do direito, em que há a construção do autorrespeito e o processo de reconhecimento da pessoa como ente autônomo e moralmente imputável – o Estado é o locus onde, por excelência, ocorre esse tipo de reconhecimento solidário; em terceiro lugar, há esfera da estima social, na qual é construído o respeito solidário – tal tipo de reconhecimento sucede especificamente na sociedade civil, em função do desenvolvimento de um sentimento de valor próprio no indivíduo a partir da aceitação de suas diferenças pela comunidade como um todo (HONNETH, 2003, p.18) .

O processo de “reconhecimento” é um movimento coletivo em que uma consciência se reconhece a si mesma em uma outra consciência (HONNETH, 2003). Quando um sujeito se coloca frente a outro, seu parceiro de interação, adquire dele

⁶ Observe que, para Bankowski, o Amor no Direito não implica em destruição da força normativa da Lei, mas uma ruptura criativa: “a contingência do amor rompe as fronteiras seguras da Lei e, no entanto, como vimos, essa zona só faz sentido porque há uma Lei. [...] Se a transgressão do amor for uma maneira de romper e de ir além da lei, ela pode ser caracterizada como a ruptura criativa da Lei, em vez de um tipo de anarquismo niilista e destrutivo” (BANKOWSKI, 2007, p.151-152)

referenciais axiológicos morais, os quais, em um momento posterior, serão aplicados, por esse mesmo sujeito, na relação consigo mesmo.

A partir de toda essa construção teórica, o ciberespaço analisado deve ser compreendido como um novo espaço de configurações morais, as quais se constituem de processos de reconhecimento do outro a partir de suas referências individuais e coletivas, devendo, pois, absorver um potencial afetivo o qual abarque as diferentes identidades pertencentes à comunidade personificada. Em função disso, torna-se crucial fazer uma avaliação forte do regime jurídico de proteção ao software para que se possa partir em busca de novos horizontes, de reinterpretção das configurações em nome da democracia digital. Intenta-se inovar e recriar o direito em sua melhor luz, partindo da própria essência dos sujeitos pertencentes a uma comunidade física a qual se espelha no ciberespaço⁷. A interpretação das normas legais, sob a filtragem metodológica acima exposta, consiste portanto em extrair o significado originário de uma regra e reconstruí-lo em um contexto de inclusão, democracia digital e solidariedade.

3 ANÁLISE CRÍTICA DOS INSTRUMENTOS LEGAIS

Com base na construção metodológica acima exposta, desenvolve-se, no presente momento, uma análise do regime jurídico de propriedade aplicável ao software. Não se deve perder de vista que a regulação legal do software terá efeito nas lógicas pessoais e afetivas de todos os *se/ves* da comunidade personificada, sendo assim, imperativo, que os interesses de todos aqueles que se enquadram no âmbito de abrangência da norma sejam levados em consideração, sejam eles os programadores, as empresas e a comunidade como um todo no que tange ao direito constitucional de acesso à informação. Afinal, o Direito como identidade nos prescreve uma atitude legal em consonância com um processo moral de reconhecimento das múltiplas identidades de uma comunidade. Cabe-nos compreender e questionar, a partir dos traços de significação cunhados, as

⁷ Nesse sentido, cabe destacar o significado da estrutura teórica “direito como identidade”: “‘Identidade no Direito é esta possibilidade de gerir a essência de uma norma jurídica em um novo contexto de inclusão social. Cada indivíduo da comunidade pode reconhecer-se no processo de aplicação das regras legais. Aqui reside a Identidade no Direito como um conceito metodológico, que inclui cada membro da comunidade no mecanismo de reconstrução legal criativa (FERES, 2012, p.8)”.

possibilidades jurídicas e econômicas para se equilibrar esses dois direitos, a saber, o de proteção intelectual e o de acesso à informação.

O art. 5º, XXIX da Constituição da República estabelece que serão assegurados aos autores de inventos industriais um privilégio temporário para sua utilização, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (BRASIL,1988). Essa relação entre a concessão de propriedades intelectuais e o interesse social associado ao desenvolvimento e econômico do país também pode ser feita nos moldes dos incisos II e III do art. 170, da Constituição, os quais estabelecem que a propriedade privada e sua função social são princípios basilares da ordem econômica. Nesse sentido, um regime jurídico de propriedade de software deverá, por suposto, se enquadrar dentro dessas diretrizes, atendendo à função social da propriedade com vistas a alcançar o desenvolvimento econômico e social. Todavia, é relevante pontuar que a análise conceitual do direito de propriedade intelectual demanda uma reconstrução crítica a partir de fragmentos empíricos os quais serão extraídos dos diferentes processos criativos de elaboração de programas de computador. A proposta investigativa aqui desenvolvida exige um novo olhar teórico-metodológico sobre dados empíricos, como os referentes ao software livre, para, assim, se validarem novas técnicas de tradução dos princípios morais regentes da comunidade brasileira, tendo por ponto de partida a legislação vigente.

No que tange à regulação específica dos softwares, deve-se fazer menção à Lei 9.609/98, a qual dispõe, principalmente, sobre a propriedade intelectual dos softwares e sua comercialização. Como qualquer legislação infraconstitucional inserida em um sistema jurídico, esta se assenta e retira sua validade da própria Constituição, não podendo ser esquecidos, portanto, no processo de tradução hermenêutica, a defesa da propriedade privada, sua função social e seu propósito de desenvolvimento tecnológico, econômico e social da comunidade brasileira como um todo. O art. 1º da referida lei nos traz a definição de software:

“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.”(Brasil, 1998, s.p.)

Para que possamos entender o regime proprietário adequado ao software, uma breve interpretação semântica do dispositivo se faz necessária. Basicamente, softwares são a “inteligência” dos sistemas informáticos, em oposição ao hardware, que é uma estrutura ferramental, um equipamento tangível. Não se deve confundir o software, portanto, com seu corpo mecânico, seu suporte fático (CD, um chip, um disquete). O regime intelectual é diverso: o hardware está num regime de propriedade industrial e o software se aproxima do direito autoral (BARBOSA, 2001). Essa análise semântica consiste, de fato, na primeira fase de um longo processo de reconstrução dos conceitos jurídicos relacionados ao regime de propriedade intelectual de software. Não se pode tomar como definitiva essa primeira leitura do artigo em questão.

O artigo 2º da Lei 9.609/98 explicita que, de fato, o regime de proteção à propriedade intelectual de software é o mesmo conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais, com algumas ressalvas para os direitos morais. A proteção proprietária atinge tanto o programa fonte e/ou código fonte (texto em linguagem de programação) quanto o código objeto (texto interpretável tão somente pela máquina), desde que contidos em um suporte fático.

Segundo Barbosa (2001), enquanto o direito autoral protege formas de expressão, planos ou conceitos, a patente protege uma solução para um problema técnico determinado, dando exclusividade à solução como ideia. Para o jurista, o objeto de proteção do programa de computador não é uma ideia, senão a expressão de um problema técnico, se aproximando, portanto, mais do regime patentário do que do autoral. Ressalta-se, entretanto, que, em oposição às patentes tradicionais, o conjunto de instruções de um programa de computador só pode ser lido por outra máquina determinada. O valor econômico do software, dessa forma, residiria na realização da sua ideia como conjunto de instruções unicamente passíveis de interpretação por uma máquina, atribuindo-lhe, assim, uma funcionalidade. Dessa forma, um regime proprietário baseado tão somente no direito autoral é impróprio. O software não é pura expressão nem pura ideia. Proteger a sua expressão pelo direito autoral cria um monopólio da própria ideia do software. O que se percebe é que a proteção baseada no direito autoral é, em verdade, uma resposta a um interesse comercial e desconforme com a lógica interpretativa construtiva referida aos interesses sociais e culturais da comunidade nacional.

Na mesma direção posiciona-se Lea (2006), para quem, o marco legal brasileiro para programas de computador cria um ambiente favorável à monopolização e ao controle de mercado. Conforme esclarece o autor, o fundamento desse regime proprietário nos moldes atuais se constitui na lógica do lucro, dos ganhos econômicos e não nos pressupostos constitucionais de desenvolvimento de novas tecnologias e fomento à inovação tecnológica. Percebe-se que, o que de fato ocorre, é uma privatização espacial, por meio da propriedade exclusivista, fomentando a exclusão digital, a limitação ao acesso à novas tecnologias e a consequente monopolização do mercado.

Além das críticas acima expostas, não se pode perder de vista que a adequabilidade de um sistema jurídico àquilo que ele regulamenta não pode desconsiderar eventuais particularidades de seu próprio objeto de regulação, sob pena de imputar-lhe uma estrutura que lhe seja imprópria e não condizente com sua natureza. A partir de nosso escopo metodológico, é possível visualizar, com o advento dos softwares, o surgimento de uma nova rede de interlocução, que deixa agora de ser uma rede física e passa a ser virtual. Uma regulação legal que negue tal particularidade incorre em um erro crucial, já que esse ciberespaço emergente, apesar de não excludente em relação aos espaços físicos tradicionais, não pode ser equiparado a eles em todas as suas exterioridades e estruturas. Afinal, falta-lhe, exatamente, o processo rígido de institucionalização pelo qual já passaram os espaços arquiteturais tradicionais.

Mediante disso, o movimento feito pelo legislador com a criação da Lei de Software, além de não ter se baseado na lógica do fomento à tecnologia e à inovação, incorreu em um grande erro ao transportar, de maneira quase que integral, o regime de direito autoral para uma realidade que não possui as mesmas características daquela de onde ele foi extraído. A lógica a partir da qual se desenvolve um programa de computador é distinta dos demais direitos de propriedade, principalmente por sua estrutura naturalmente autoduplicável, sua linguagem própria e o ambiente ciberespacial.

Grimmelmann (2005) ressalta que o programa de computador se baseia numa linguagem altamente limitada por códigos estruturados, o que repercute, dentro do ciberespaço, em um processo de regulação interno. Apesar disso, o ciberespaço ainda assim estaria sujeito a quebras no processo de articulação

dessas regras estruturantes. Dessa forma, um tipo de regulação baseado tão somente na própria estrutura interna do ciberespaço pecaria pela sua falta de instrumentos de contestação democrática e pela sua incapacidade de perceber que, ainda que estejamos aqui nos referindo a um ambiente específico, de uma rede de interlocução que é virtual, esta não deixa de repassar seus efeitos, falhos ou não, para o mundo real e físico.

O que se percebe, conseqüentemente, é a ineficácia do atual regime jurídico de proteção ao software, contrariando o propósito inicial em função do qual esse mesmo regime foi criado: o de fomento ao desenvolvimento tecnológico e ao interesse social. Com base no marco teórico e na realidade acima exposta, está claro que buscar um marco regulatório que leve em consideração as particularidades desse ciberespaço, a sua conexão e repercussão numa rede de interlocução física e real, tendo sempre por norte o direito constitucional de acesso ao conhecimento, bem como o direito de propriedade dos programadores e das empresas, se torna, portanto, uma tarefa imprescindível e indispensável.

Deve-se buscar um marco regulatório que se pautar, sobretudo, em um viés mais inclusivo, de promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico mais igualitário, conciliando assim os interesses de todos os membros da comunidade personificada. Fundamental é que o regime de propriedade privada exclusiva no caso dos softwares seja repensado de modo a abranger a todos de uma maneira inclusiva e íntegra, para que os membros da comunidade personificada possam, de fato, reconhecê-la como um ente fraterno na medida em que são capazes de exercer plenamente a sua cidadania, seja ela física ou cibernética.

4 EM BUSCA DA DEMOCRACIA DIGITAL

O regime de proteção ao software no caso de países em desenvolvimento, onde direitos sociais e econômicos não estão bem consolidados, além da promoção tecnológica e do fomento científico, não deve perder de vista um terceiro objetivo: o desenvolvimento econômico em uma sociedade mais igualitária, sem que isso impeça sua capacidade inovadora (BARBOSA, 2001). Entra em jogo, portanto, a necessidade de alternativas legais que sejam capazes de abarcar esse último objetivo, como visto, relegado a segundo plano pela atual legislação. Tampouco se

pode olvidar de um outro apanágio precípua do espaço cibernético: além de sua virtualidade (em oposição ao aspecto físico dos demais espaços), nesse ambiente cibernético, tem-se que os próprios programadores exercem o processo de recriação/inação como um *hobby*.

A exemplo disso, a *engenharia reversa* pode ser entendida como um processo retroativo, em que o programa de computador já pronto é dissecado, tem seu funcionamento desvendado e pode, a partir disso, ser aprimorado. Quando permitida pelo ordenamento jurídico, ela pode ser capaz de incentivar a diminuição dos custos e a competição imitativa. Entretanto, se proibida, traz, em seu encaço, efeitos como a diferenciação dos produtos, a dificuldade de compatibilização e o reforço do poder de mercado dos grandes produtores internacionais. Nesse contexto, o direito como identidade é essa alternativa de se transportar a essência de uma norma jurídica para um novo espaço com características específicas; nesse processo de transposição em que o novo e o antigo se fundem e se comunicam, não há perda da essência de nenhum dos dois, mas sim a adaptação a uma nova realidade de inclusão social, em que cada *self* da comunidade personificada consegue se ver inserido no processo de reconstrução legal interpretativo e criativo, adquirindo o seu devido reconhecimento. Decerto, metaforicamente, a lógica aqui desenvolvida e aplicada ao processo de reconstrução criativa das normas legais é similar ao mecanismo de mixar músicas em que a nova música incorpora elementos essenciais da música antiga mas com elementos e batidas típicas da comunidade para a qual a música original foi devidamente modificada de forma a atender os desejos dos novos ouvintes sejam estes amantes do estilo eletrônico ou brega. Há sempre espaço para incorporar novas identidades no processo de criação e aplicação do direito sem perder os limites da legalidade.

4.1 Software livre

Considerando a estrutura teórico-metodológica e crítica acima exposta, passa-se a analisar o instituto do *software livre*, que em maior escala se coaduna com todo esse arcabouço jurídico-axiológico aplicável ao processo de reconstrução crítica do direito. A ideia do software livre baseia-se na publicização do material original para o uso de outros indivíduos, sob determinadas condições

(LERNER;TIROLE, 2005). Na maioria dos casos, alguém que se utilize desses materiais publicizados deverá permitir que adaptações feitas a esses mesmos materiais também estejam disponíveis aos demais sem restrição. Decerto, assim como se tem acesso ao material original publicizado, não se poderá incidir em suas derivações um regime de proteção nos moldes do “copyright”.

De maneira geral, os detentores dos direitos autorais, por meio de uma concessão de seus próprios direitos individuais, poderiam licenciar seus futuros usuários a usar o programa de computador gratuitamente, ter acesso ao código fonte para fins de estudo, modificá-lo e distribuir cópias a outros usuários, modificadas ou não (HIPPEL; KROGH, 2003) . O software, portanto, deve ser livre para usar, livre para modificar e livre para redistribuir. O código fonte deve ser repassado de forma gratuita ou sob um valor irrisório para quem quer que fosse, condicionando essa concessão à própria concordância do beneficiado. Como exemplo de sucesso desse instituto do software livre, tem-se o chamado Apache Server Software. O código fonte do servidor foi desenvolvido por Rob MacCool enquanto este era funcionário do NCSA (National Center for Supercomputing Applications), tendo sido também constantemente modificado para postagem na Internet, de maneira tal que demais usuários pudessem baixar, usar, modificar e futuramente desenvolvê-lo.

Outro relevante exemplo é o LINUX e as vantagens técnico-científicas que esse instituto baseado nos moldes de software livre pode aportar para regiões com poucos recursos, como no caso do sul asiático. Nessa parte do globo, há uma diminuta capacidade aquisitiva no que tange aos softwares protegidos sob o regime do *copyright*. Um sistema como o LINUX, operando nos moldes de software livre poderia oferecer uma grande oportunidade para os países dessa região, em especial a Índia. O LINUX opera de forma similar ao UNIX, tendo sido criado por Linus Torvalds, estudante da Universidade de Helsinque. Entretanto, por ser um software sob o regime FOSS (Free Open Source Software), seu código fonte está disponível publicamente, de maneira que programadores em todo o mundo podem desenvolvê-lo. No caso indiano, não há só interesse nesses tipos de *software* devido ao seu custo reduzido, mas principalmente porque a maioria dos *software* tem uma estrutura básica que atende a padrões norte-americanos, mas não aos indianos (NORONHA, 1999). Eles precisam de algo que lhes possa ser customizado e

modificado de maneira a atender aos seus próprios gostos e interesses locais, de sua comunidade personificada. Percebe-se nesse caso concreto a ideia de identidade no direito em sua aplicação máxima, pois verifica-se essa capacidade de poder gerir a essência de uma norma jurídica em um contexto alternativo de inclusão social, que seja mais propício a atender aos interesses específicos daquela jurisdição onde incide a norma, em que cada membro da comunidade se insere e se reconhece dentro do mecanismo de reconstrução criativa legal.

4.2 O Software Livre e a Democracia Digital

Pode-se concluir, portanto, que o Software Livre é um produto resultante dessa ideologia que se opõe a um regime de propriedade intelectual responsável pelo agravamento do fenômeno de desigualdade econômica, social e técnico-científica. Na medida em que o movimento do Software Livre propõe o acesso gratuito ao código fonte dos programas de computador, dando a possibilidade aos usuários de modificá-lo e reutilizá-lo, ele compactua com a promoção da justiça social, aproximando-se do ideal de democracia digital.

Se o usuário pode interpretar o sentido e os modos de utilização das tecnologias veiculadas através desse meio de comunicação que é o software, ideal é que ele também possa se desvincular da funcionalidade originária desse programa de computador, readaptando-o e reinventando-o criativamente para que este atenda às suas necessidades específicas. Orientados à solução de um problema prático e a interesses pessoais, os programadores podem, efetivamente, recriar através daquilo que Eric Von Hippel denomina de “inovação pelo uso”, caracterizado pelo processo de *bidouillage* ou *bricolagem* (HARS; OU, 2002). Muito mais do que meros usuários, estes se tornam, em última análise, criadores e programadores. Ao contrário do modelo de propriedade privada exclusiva, aos utilizadores lhes é dada a possibilidade de participar ativamente no processo de criação, inovação e desenvolvimento dos programas de computador. Ao fim e ao cabo, o próprio processo de evolução tecnológica ganha um impulso, uma propulsão dinâmica em direção ao pleno desenvolvimento científico e social, fato que não pode ser proporcionado por um regime enrijecido como o do clássico direito de propriedade individual.

Há uma série de razões pelas quais um indivíduo mergulha no processo de recriação/reinvenção de códigos fontes dos softwares de maneira gratuita, sendo que este elenco se subdivide em duas fronteiras: fatores internos e recompensas externas (HARS; OU, 2002). Para o desenvolvimento de uma teoria mais crítica do direito dos programadores, cabe ressaltar que os elementos internos, de natureza pessoal e afetiva, os quais conduzem cada um dos envolvidos no processo a contribuir para um aprimoramento do produto final decorrem de um longo caminho em direção ao sentimento de pertença e de amor a uma determinada comunidade, como se pode depreender da ideia de identidade no direito. Desse modo, os fatores internos se conectam com as recompensas externas as quais são gradativamente transformadas, a saber, os ganhos monetários são substituídos pelo sentimento de pertença e de fidelidade a um grupo o qual contribui para o processo de inovação e de construção de uma sociedade melhor. Nesse contexto, os programadores se reconhecem como artífices de uma nova estrutura arquitetural na qual todos são reconhecidos como criadores e recriadores de cada uma das inúmeras inovações adicionadas ao produto final.

O Direito como identidade, fundamentado na “Luta pelo Reconhecimento” e banhado pelo ideal de “viver plenamente a lei” é exatamente essa possibilidade de se reconstruir um padrão estabelecido previamente de forma criativa, interpretativa e intersubjetiva, em que um *self* se entende como ente vulnerável, membro de uma comunidade personificada, reconhecendo que necessita de um outro para que possa reconhecer a si mesmo. O programador reconhece o trabalho do antecessor e, ao atuar desse modo, acaba por dotar-se a si próprio de reconhecimento ao reelaborar a estrutura arquitetural do programa.

No caso dos softwares livres (HIPPEL, KROGH, 2003), os programadores – que investiram recursos privados ao processo de criação – ao invés de pleitearem por direitos de propriedade exclusiva, optam por disponibilizar gratuitamente o código fonte do software produzido. Tal raciocínio passa a fazer sentido, quando se leva em consideração os benefícios futuros que esse programador receberá pela socialização do programa criado: o incremento do capital humano, promoção pessoal, reconhecimento dos demais participantes das rede de compartilhamento e, até mesmo, lucros advindos por efeitos de rede. O próprio processo inventivo se torna seletivo, dando oportunidade a todos e beneficiando aqueles que mais se dedicarem e mais contribuirão para o próprio funcionamento dessa rede de

compartilhamento. Dessa forma, ao se indagar a vantagem que teria um programador por agir nos moldes do método FOSS, obtém-se como resposta a possibilidade de se gerar ganhos privados, de forma secundária, ao mesmo tempo em que primariamente se beneficia a comunidade e o desenvolvimento científico, o qual se torna mais inclusivo, socializado e abrangente. Nesse movimento, o direito de titularidade passa a ter um valor potencializado, uma vez que o processo de atribuição de direitos não é derivado da lógica da monetarização, porém de uma lógica de socialização e de reconhecimento da capacidade intelectual e inventiva.

5 CONCLUSÃO

A partir da interação teórico-metodológica estabelecida entre ciberespaço, arquitetura computacional e normas jurídicas, é essencial se reconstruir o marco regulatório de forma que ele seja condizente com o processo de transformação de mentalidade e de conduta gerados pelas novas tecnologias. Indispensável também que ele seja capaz de lidar com as novas complexidades derivadas desse novo mercado, cuja natureza passa a ser reconfigurada a partir de uma mudança de comportamento dos sujeitos envolvidos na elaboração do ciberespaço e de suas estruturas institucionais.

Realizou-se uma análise dialética entre os institutos da patente e do direito autoral, imersos em uma teoria moral institucional para que fosse possível rever a adequabilidade do atual regime de proteção ao software. Por meio de uma crítica metodologicamente fundamentada em traços de significação, o caso dos softwares pode ser analisado qualitativamente. Além disso, pode-se verificar que, nos moldes do direito autoral, a Lei de Softwares (Lei 9.609/92) representa mais um empecilho do que um meio para a consecução de fins social e tecnologicamente relevantes. Ao se adotar um regime de propriedade individual, acaba-se por gerar obstáculos ao próprio processo de criação, inovação e de fomento ao desenvolvimento social e econômico.

Verifica-se que uma discussão sobre qual o melhor instituto jurídico a ser adotado que não tenha por base o direito como identidade se mostraria inócuo aos fins de garantia de acesso constitucional à informação e ao desenvolvimento tecnológico inclusivo. Numa alternativa a essa regulamentação monopolista, que

não consegue respaldar conjuntamente os interesses dos programadores e das empresas de software com o direito constitucional de acesso ao conhecimento de toda a comunidade personificada, pode-se apontar o instituto do Software Livre, o qual acaba por expressar uma radical mudança de mentalidade e de comportamento geradora de novas formas jurídicas e econômicas.

6 REFERÊNCIAS

BABBIE, Earl. **The Practice of Social Research**; 9 ed. Belmont: Wadsworth, 2000.

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei**. Rio de Janeiro : Elsevier; 2007.

BARBOSA, Denis. **A proteção do Software**. 2001. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>. Acesso em: 17 fev 2014.

_____, Denis. **Comentários ao art. 1º da lei do Software**. 1998. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>. Acesso em: 17 fev 2014.

BRASIL. Constituição Federal (1998). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 dez. 2013.

_____. **Lei de Softwares**. Lei nº 9609, 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 08 dez 2013.

_____. **Lei de Propriedade Intelectual**. Lei nº 9.279/96, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 08 dez 2013.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Oxford: Hart Publishing Press, 1986

_____, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERES, Marcos Vinício Chein; Müller, Juliana Martins de Sá; Oliveira, Ludmila Esteves. Contratos de cooperação tecnológica e inovação. Uma análise a partir do Direito como integridade e identidade. **Revista de informação Legislativa**, Brasília, ano 50, n° 198, p. 265-279, abr./jun. 2013.

FERES, Marcos Vinício Chein. Direito como identidade e inovação: o caso do direito de propriedade de softwares. *In 2º Congresso Ibero-Americano de Responsabilidade Social*. Lisboa: MACSCRIBUS UNIPESSOAL LTDA, 2012. v. 1.

GRIMMELMANN, James (2005). Regulation by Software. **The Yale Law Journal**, Vol. 114, No. 7, pp. 1719-1758. Recuperado em 5 de setembro, 2012, de <<http://www.jstor.org/stable/4135763>>.

HARS, Alexander; OU, Shaosong. Working for Free? Motivations for Participating in Open-Source Projects. **International Journal of Electronic Commerce**, Vol. 6, No. 3, Communities in the Digital Economy (Spring, 2002), pp. 25-39. Publicado por: M.E. Sharpe. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27751021>. Acesso em: 21 jun 2013.

HIPPEL, Eric von; KROGH, George von. Open Source Software and the “Private-Collective” Innovation Model: Issues for Organization Science. **Organization Science**, Vol. 14, No. 2 (Mar. - Apr., 2003), pp. 209-223. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4135161>. Acesso em: 21 jun 2014.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2004.

LEA, David (2006). From the Wright Brothers to Microsoft: Issues in the Moral Grounding of Intellectual. **Business Ethics Quarterly**, Vol. 16, No. 4, pp. 579- 598. Recuperado em 5 de setembro, 2012, de <<http://www.jstor.org/stable/3857797>>.

LERNER, Josh; TIROLE, Jean. The Economics of Technology Sharing: Open Source and Beyond. **The Journal of Economic Perspectives**, Vol. 19, No. 2 (Spring, 2005), pp. 99-120. Publicado por: American Economic Association Stable. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4134939> .Acesso em : 21 jun 2014.

NORONHA, Frederick. Linux: Open Source Software for South Asia. **Economic and Political Weekly**, Vol. 34, n° (Nov. 20-26, 1999), pp. 3273-3275. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4408620>. Acesso em: 21 jun 2013.

PROULX, Serge; COUTURE, Stéphane; ARAUJO, Carla. Práticas de cooperação e ética da partilha na intersecção de dois mundos sociais: militantes do software livre e grupos comunitários no Quebec. **Análise Social**, Vol. 41, No. 181, Tecnologia: Perspectivas críticas e culturais (2006), pp.1057-1074. Publicado por: Instituto Ciências Sociais da Universidad de Lisboa. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41012438>. Acesso em: 21 jun 2013.

TAYLOR, Charles. **As Fontes do Self: A Construção da Identidade Moderna**. 3.ed. São Paulo, 2011.