

**OS ESPELHOS DE MACUNAÍMA:
BREVISSIMAS ESPECULAÇÕES, EM TRÊS MOVIMENTOS,
SOBRE A NATUREZA DO SOFTWARE COMO PROPRIEDADE
INTELECTUAL.**

THE MIRROR MACUNAÍMA:
VERY BRIEF SPECULATION IN THREE MOVEMENTS,
ABOUT NATUREZA SOFTWARE AS INTELLECTUAL PROPERTY.

Ricardo Aronne*
Ricardo Marchioro Hartmann**

1. Abertura: *Opus Technologicae*.

Macunaíma¹ é um caricato anti-herói da literatura brasileira, de um nacionalismo marcante, o qual sua identificação com a cultura indigenista, como traço essencial da verticalização do personagem nesse nacionalismo cultural e sua exteriorização. Exteriorização tanto física quanto relacional.

Como poderia o personagem contribuir ao tema erigido nesse texto ? Certamente uma, dentre as muitas possibilidades dessa interrogação, aponta para o

* Pós-Doutor em Direito Privado pela UFPR. Doutor em Direito Civil e Sociedades pela UFPR. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica – PUCRS. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUCRS. Professor e Orientador nos Programas de Pós-Graduação da PUCRS. Líder do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional (PUCRS/CNPq). Advogado.

** Doutorando em Direito Público pela Universidad de Burgos – Espanha. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista Capes. Advogado.

¹ ANDRADE, Mário de. **Macunaíma: o herói sem nenhum caráter**. 33. ed. Belo Horizonte: Garnier, 2004.

desalinho com o qual que vem sendo tratado, mesmo na qualificada literatura jurídica dedicada para ele.

Literatura que se divide entre duas posições, uma norte-americana, outra europeia, para o trato da matéria. Desse ponto inicial, cartesianamente incorporado pela via histórica alimentada pela comparatista, irrefletidamente acabam por desaguar efeitos no trato concreto do tema, nas situações da vida, que facilmente escapam ao abstratismo dogmático.

O tema, pois, se postará em quatro momentos, ou movimentos, como quis o gigante Maestro Carlos Gomes, ao desenvolver *O Guarani*², cujo cenário indigenista também serviu de fundo para a obra, e em quatro movimentos o enfrentou. Merece percepção, pois como ensina NIETSCHE, as palavras são embarcações, enquanto a música é mar.

2. Segundo Movimento: Estrangeiros Chegam as Praias Tupiniquins.

Olhemos um desenrolar histórico, tão caro para dogmática, porém encoberto pelo estruturalismo ou utilitarismo usual. Em uma esfera do, então, potencial mercado tecnológico, as relações bancárias, em praias tupiniquins, se

² "Carlos Gomes (1836-1896) foi um maestro e compositor brasileiro. Autor da ópera "O Guarani", inspirada na obra do mesmo nome, escrita por José de Alencar. A música de Carlos Gomes, de temática brasileira e estilo italiano, inspirada basicamente nas óperas de Giuseppe Verdi, ultrapassou as fronteiras do Brasil e triunfou junto ao público europeu." Disponível em http://www.e-biografias.net/carlos_gomes/. Acessado em 30 de junho de 2014.

desenvolveram, como tantas outras, de modo exemplificativo ao laboratório do discurso jurídico.

No Brasil dos anos 70 do Século XX, quando entrava-se em uma agência bancária, cruzava-se o saguão até o caixa, a fim de realizar-se uma operação, sem que qualquer computador estivesse sequer presente no lugar. Tudo era documentado por escriturários e remetido para uma central que era responsável pelo respectivo processamento. O local era dedicado para tal atividade e era quase integralmente ocupado pelo computador (sim, no singular), que processava os dados das agências.

Já nos anos 80, o computador chegara às respectivas agências. Inicialmente único, ao início da década, fechado em uma sala individual e própria para ele, e, ao final daquela, já estava nos balcões dos caixas, interligados ao servidor, este oculto dos olhos dos clientes. Era uma revolução posta em curso. As caravelas apontavam distantes, mas logo chegariam e alterariam toda essa realidade.

No curso dos anos 90, essa máquina revolucionária atravessou o saguão e foi para o átrio das agências, nos denominados terminais de autoatendimento, até atravessar as portas destas e ir para as ruas, em pontos remotos de autoatendimento, em postos que dispensavam até mesmo as agências bancárias.

O jovem Século XXI, desde cedo, assistiu novas mudanças. Na primeira década percebeu-se o banco chegar às casas dos clientes, através dos portais de atendimento na internet. Todas as operações possíveis, passavam a ser viáveis de modo remoto, sem que o cliente sequer saísse de casa.

Quando todos os avanços possíveis, quanto ao atendimento e prestação de serviços bancários pareciam já ter ocorrido, assistimos o banco tornar-se algo móvel,

vindo para dentro dos telefones celulares, através dos aplicativos disponibilizados para qualquer um que possua um *smartphone*.

Alguns poderiam dizer que toda essa revolução se deve ao computador. Talvez isso se ligue ao próprio campo de estudo central desse texto. Talvez um olhar pós-estruturalista possivelmente possa dizer um pouco mais. Que os saltos tecnológicos das últimas décadas devem-se fundamentalmente ao *software*. Que, possivelmente, a partir de um determinado ponto, o próprio *hardware* passa a ser impulsionado pelo desenvolvimento dos respectivos programas e não mais o contrário.

O mundo encontra-se em constante evolução. A realidade como conhecida sofre rotineiras modificações em face das novas tecnologias. A cada dia surgem novos equipamentos, e novos sistemas informáticos que por sua vez influenciam a sociedade como um todo. Uma impressionante avalanche de *hardwares* que, invariavelmente, demandam uma incessante criação e produção de *softwares*^{3, 4}. E vice-versa, programas que demandam um processamento mais aprimorado e dão vazão ao desenvolvimento de novas gerações de processadores.

³ "A expressão *software*, ou, em francês, *logiciel*, se aplica seja ao programa de computador propriamente dito, seja à descrição do programa, seja à documentação acessória, seja a vários destes elementos juntos. No dizer do Art. 43 da antiga Lei de Informática (no. 7.232 de 29 de outubro de 1984), *software* seria a soma do programa de computador e de sua documentação técnica associada.

Tomado desta forma, *software* se define por oposição à expressão inglesa relativa – hardware: ferramental, equipamento, o conjunto de objetos (ware) tangíveis (hard, mais propriamente, duros). Os dois elementos, em conjunto, formando os chamados *sistemas*." BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1849-1850.

Os ditos *softwares* - programas informáticos em diferentes níveis - estão por toda parte, mesmo que o cidadão comum não o perceba. O mundo é informático e informatizado. Há convergência tecnológica⁵. A sociedade é tecnológica.

O mundo está coberto por esta capa de tecnologia – inclusive comparável à dos super-heróis, cada qual com uma gama inusitada de poderes - justamente em decorrência do brilhantismo intelectual do ser humano, da angustia pela evolução e do irrefreável interesse econômico. Daí já pode-se depreender a complexidade das possíveis relações atreladas aos ditos *Softwares*. Dentre as múltiplas aporéticas que se projetam ao tema, uma pode afigurar conclusões que insistem manterem-se em aberto, mesmo diante da sua apropriação pela dogmática. Sua natureza jurídica dentro da propriedade intelectual. Um ponto central da disciplina.

Interessante atentar-se para o fato de que os programas computacionais, em um primeiro momento, foram vistos como simples acessórios dos ditos *hardwares*, ou seja, sem uma vida própria – sem capacidade de gerar um mercado independente e autosuficiente. Apenas em meados dos anos 60 do Século XX, iniciou-se uma desvinculação entre software e *hardware* – o primeiro não mais sendo entendido como algo que simplesmente acompanhava as máquinas, mas como

⁴ ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de tecnologia no Brasil (Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Industrial)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 22.

⁵ “Os novos paradigmas da Revolução Tecnológica apontam para a convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado (software e hardware), onde concepções tecnológicas antigas não podem ser distinguidas separadamente”. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008, p. 240.

o que lhes fazia funcionar (o sistema nervoso central do aparato) – surgindo um mercado de proporções inimagináveis.⁶

Realidade que deu origem ao debate sobre a proteção jurídica do *software*.⁷ Visualizando-se que, no Direito brasileiro, diante de uma inexistência de certeza, por parte do legislador, quanto a melhor opção, houve uma positividade *tertium genus*⁸ que abrange dois modelos complementares de proteção exclusiva: o primeiro pertinente ao direito autoral, e o segundo ao sistema de patentes de invenções.⁹

De tal forma, se for vontade do titular proteger o programa em si, o direito concedido será de autor. Porém, se o titular tiver interesse em proteger seu conjunto de métodos que tenham uma funcionalidade inventiva, neste caso, será concedida a patente de invenção implementada por programas de

⁶ MYHRVOLD, Nathan. **A grande odeia – Um mercado dedicado a financiar inventores e a monetizar suas criações poderia transformar o mundo**. Harvard: Harvard Business Review, mar. 2010, p. 25.

⁷ “Já em meados dos anos 60, com impulso dos fabricantes de computadores e de *softwares*, iniciaram-se os debates sobre a proteção jurídica dos programas de computador. E, em 1971, foi criado pela OMPI um grupo consultivo para debater a proteção de tais programas.” MONIZ, Pedro de Paraguá. Patenteabilidade de Métodos de Fazer Negócio Implementados por *Software*: Da Perspectiva Externa ao Ordenamento Jurídico Pátrio. In COSTA, Alexia Maria de Aragão da, et. al. **Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 170.

⁸ “O direito brasileiro contemporâneo recebeu influencia das matrizes europeia e norte-americana, ocasionando a mestiçagem e, conseqüentemente, um novo tratamento positivado pelo *tertium genus*.” PETERS, Luciane. **A Singularidade do Software no Regime Jurídico Brasileiro e a Aplicabilidade da Função Social**. Porto Alegre, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, p. 26.

⁹ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 1849.

computador, dando-lhe a propriedade sobre o bem intangível, uma vez que neste último, o direito é atributivo, enquanto que no primeiro, é declaratório.¹⁰

Para grande parte da doutrina, enquanto o *hardware* enquadra-se no espectro da Propriedade Intelectual¹¹, o *software* apresentaria uma configuração atípica, sem uma adequada delimitação. Podendo esta dificuldade – de compreender-se a natureza jurídica do programa computacional – ser atribuída à incapacidade da doutrina tradicional de entender a propriedade intelectual em si.

O tema, insofismavelmente, insiste apresentar insuficientes conclusões aos problemas concretos que a vida apresenta na matéria. Também acaba por desconsiderar o sistema como tal, por não perceber a interligação da malha jurídica sobre a qual, em verdade, é o que vincula o Judiciário, quando dado a solver as respectivas questões.

Estranha-se como Macunaíma, não obstante situado, um condenado a ser um *outsider*. Um estrangeiro, portanto, em sua própria terra.

¹⁰ PETERS, Luciane. **A Singularidade do Software no Regime Jurídico Brasileiro e a Aplicabilidade da Função Social**. Porto Alegre, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, p. 26.

¹¹ "Sua natureza jurídica, por ser tutelado pelo Direito Industrial como patente de invenção, modelo de utilidade e desenho industrial, se submete às exigências de originalidade, criatividade ou atividade inventiva patenteável. WACHOWICZ, Marcos, **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 59.

3. Terceiro Movimento: Portugueses, Africanos, Indígenas ou Brasileiros

?

Ao refletir-se sobre a propriedade intelectual, rapidamente percebe-se seu reconhecimento como e enquanto pertença. Consubstanciando-se, mais especificamente, em uma titularidade compreensiva de apropriação dominial, o que por certo caracteriza sua íntima relação para com o direito das coisas. No entanto, em dado momento histórico, a propriedade intelectual recebeu caráter autônomo, possivelmente na tentativa de escapar da construção, pela teoria Clássica do Direito, de um *direito das coisas teoricamente surreal, abstrato, desconectado e descompromissado com as fractalidades axiológicas da ambiência extracodificada do mundo real*.¹² E certamente, foi o "afastamento" da disciplina tradicional dos direitos reais o que viabilizou sua sobrevivência e evolução na sociedade pós-industrial.

¹² "Inevitável à propriedade intelectual, produto de uma modernidade tardia e economicamente promíscua – nada ingênua quanto aos sombrios resultados do engessamento científico de uma disciplina jurídica, identificada com o fetiche oitocentista da segurança e certeza jurídica -, buscar outros caminhos. Quando alcançou identidade e endereço epistemológico, traçado na realidade viva da sociedade do início do Século XX, era ciente dos mitos que preenchiam o imaginário dos civilistas quando adentravam ao escuro, obscuro e infértil território dos direitos reais.

Sua autonomia temática importava emancipação. A possibilidade de crescimento, aplicação e desenvolvimento social. Seu passaporte para a maioria como categoria de pesquisa e interrogação, elementos aos quais o Direito Civil Tradicional, como se apontará com vagar e compromisso, veio se mostrando mais avesso a cada década, desde o advento do *Code*." ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos – Estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

Atente-se para o aspecto de que o direito das coisas, sob a matriz civilista tradicional, recebeu uma formatação em que valorizada apenas a pertença, e esquecido o sujeito que não titular de bens.

Importante destacar-se o tema da repersonalização do Direito Privado, pois quaisquer respostas a serem dadas nesse tema, haverão de realizar uma garantia de pertença, dada pelo direito fundamental que reveste a propriedade, porém tal espaço axiológico é compartilhado pela sua função social, geneticamente imantada para realização da dignidade humana, em prol de um Estado Social e Democrático de Direito.

Essa escolha é do Sistema Jurídico, não do intérprete, orientando, ou não, sua hermenêutica, mas sem dúvida, revelando a natureza e jurisdição dos discursos ou interpretações.

Assim a percepção material antecede a própria justificação, principalmente formal, do discurso jurídico. Antecede mas não despreza. Se tratamos de propriedade, não obstante imaterial, as relações jurídicas reais se projetam desde a codificação, permeando a legislação de software, como específica, na sempre realização constitucional em primazia dos direitos fundamentais.

E tal comentário, se presta ainda ao trato da espécie mesmo no seio da regulação constitucional da Ordem Econômica, também imantada pelos direitos fundamentais que sua hermenêutica deve preservar, para coerência axiológica.

Alocado em um Direito Civil de rasa, senão inexistente, sensibilidade para com a realidade, face sua precípua identificação para com a codificação

enquanto sistema fechado. Regime de *numerus clausus*. Direitos reais absolutos e abstratos¹³, tal como constaram do Código Civil de 1916, e que apenas viriam a ser repensados com a Constituição Federal de 1988 – onde assentadas a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade.

Não restando qualquer dúvidas de que o direito positivo, assim como a maioria da doutrina afeta ao regime de titularidades – ainda fundada na Escola da Exegese -, acabou por manter engessada a disciplina dos direitos reais (em muitos casos, inclusive, após a Constituição vigente). Desconsiderando o necessário enriquecimento do Direito.

O Direito encontra-se em evolução, permanentemente, quer em obediência às modificações sociais, quer em consonância com sua própria dinâmica interna. As modificações registradas no tecido jurídico não são uniformes: em cada momento histórico, certas disciplinas jurídicas apresentam um dinamismo particular, superior às demais. Nesta panorâmica, existe divulgado o entendimento de que o Direito privado comum, com tónica, pois no Direito das Obrigações e em Direitos Reais, se situaria numa zona de estabilidade acentuada, o que é dizer, pouco permeável a inovações.¹⁴

Da observação que os direitos reais sofreram imenso descompasso para com o contexto social e constitucional, resta evidente que o distanciamento daqueles, certamente, mostrou-se positivo para o efetivo desenvolvimento da propriedade

¹³ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos**. Rio Janeiro: Renovar, 2001, p. 7-44.

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes. Problemas de direitos reais. **Estudos de direito civil**. Coimbra: Almedina, 1991. v1. p. 201.

intelectual.¹⁵ No entanto, este aspecto positivo - aqui devidamente reconhecido e enaltecido - não afasta o fato de que hodiernamente consista, não apenas em uma viabilidade, mas, em uma necessidade a reaproximação entre propriedade intelectual e os direitos reais. Achegamento que se defende com base na reestruturação do direito das coisas experimentada a partir da teoria da autonomia do domínio e das titularidades¹⁶, assim como da constitucionalização¹⁷, publicização¹⁸ e repersonalização¹⁹ do Direito Privado.

¹⁵ "Agrilhoadas à categoria dos direitos reais, como inerente à disciplina da pertença e das titularidades, a Propriedade Intelectual estaria fadada a esclerosar, qual *numerus clausus* que arrostou o discurso do regime proprietário absoluto e intangível, moldado aos bens imóveis. Outras instâncias do Direito, primeiramente Civil também reconhecem suas biografias nestas linhas. A própria esterilidade secular dos direitos reais, frente ao silêncio teórico insensível ao movimento das ondas sociais, descrevem o acerto da afirmação." ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos – Estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 95.

¹⁶ Sobre a Teoria da Autonomia, vide: Ricardo Aronne; atualizada por Simone Tassinari Cardoso. **Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁷ Para que se compreenda a real extensão deste fenômeno, com a prospecção nos três pilares fundamentais do Direito Privado (propriedade, família e contrato), vide: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁸ "Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como e o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34, e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão "função social da propriedade" somente apareça na Carta de 1967), função social do contrato (incorporado expressamente ao novo código civil – art. 421 e art. 2.035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei n. 6.404/76 – Lei das S.A. -, art. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da

Fazendo-se aqui oportuno, mesmo que de forma demasiado simplista, um breve comentário sobre o conteúdo da teoria da autonomia do domínio e das titularidades, que a partir de um reexame dos institutos fundamentais de direitos reais, demonstra uma clara comunicação entre direitos reais e obrigacionais. Aclarando-se que os institutos do domínio e propriedade, enquanto conceitos que emergem autônomos do sistema jurídico, são íntimos. Apresentando-se o domínio como o feixe de direitos reais, consistentes em um conjunto de poderes no bem (material ou não) –

família (que passa a ser disciplinada não mais como simples instituição – a “menor célula da sociedade” – mas como espaço em que cada um de seus componentes, vistos como sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente a sua personalidade e todas as suas potencialidades; a família vista como “ninho” e não como simples “nó”, na evocativa imagem da historiadora francesa Michelle Perrot), na percepção da existência de uma função social até na responsabilidade civil (quanto mais débeis e pouco protetoras forem às instituições previdenciárias de um Estado, mais importantes tendem a ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses dos indivíduos atingidos por danos pessoais).” *In* FACCHINI NETO, Eugênio. **A constitucionalização do direito privado**. p. 203.

¹⁹ “O fenômeno da “repersonalização” consiste no deslocamento de enfoque dos códigos do patrimônio para a pessoa humana.

Ao tempo de sua criação, a pandectista sistematizou as codificações da época a partir da proteção do patrimônio. Com a axiologização do direito, pela superação de diversas visões arcaicas, a pessoa humana volta a ser a maior preocupação da ciência jurídica.

Na ordem de princípios como o da dignidade, igualdade, especificamente na área civil, boa-fé, bons costumes, reciprocidade, confiança, lealdade, não lesividade, vulnerabilidade, etc., com a incidência direta das normas constitucionais, nas relações interprivadas, o Direito Civil passa a centrar-se mais na pessoa humana do que na patrimonialidade, assim como mais no coletivo do que no individual.” ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 41.

ou seja, vínculos entre o sujeito e o bem -, e a titularidade como um direito pessoal, que instrumentaliza aqueles.²⁰

Não havendo mais espaço para entender-se os fenômenos jurídicos de Direito Privado desde premissas clássicas que fundaram o discurso científico oitocentista – ou seja, patrimonialistas, absolutistas, para não dizer-se verdadeiras carrascas frias e calculistas -, quando experimentado um sistema jurídico cujo texto constitucional centra-se na dignidade da pessoa humana²¹, induzindo a uma compreensão despatrimonializada do Direito Civil²². Passando o homem, ao invés do patrimônio, a figurar como centro dos interesses protetivos do sistema jurídico. Uma propriedade privada nada absoluta, mas repleta de complexa relatividade. Uma propriedade que perde o trono, decaindo do posto central e assumindo a posição de

²⁰ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional**. 2. ed., rev. e ampliada por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

²¹ "Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um *"mondo in frammenti"*, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário." TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n 65, 1992, p. 24.

²² "Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça." FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: S. Fabris, 1988, p.16.

instrumento.²³ *A partir disto pode-se dialogar estas premissas junto as matrizes epistemológicas, para investigar suas possibilidades contemporâneas em nova arquitetura axiológica.*²⁴

Neste ponto salta aos olhos que o direito das coisas de hoje alcança sensível afastamento daquele de outrora. Entendendo-se que o domínio, enquanto distinto da propriedade é por ela instrumentalizado, e que esta última, por sua vez, é funcionalizada e portanto relativa. Não havendo mais possibilidade de um estudo de direito privado que não reconheça a carga axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o da função social da propriedade - que detém eficácia horizontal interprivada²⁵.

Importante referir-se, no intuito de evitar-se qualquer interpretação equivocada, que a codificação civil vigente foi embebida de uma visão Clássica do Direito e, portanto, mantendo uma arquitetura ultrapassada dos direitos reais – em evidente descompasso para com a realidade. Sendo carecedora de uma compreensão e aplicação desde a Constituição Federal de 1988, justamente com o fito de sanar

²³ "O exame do Código exige uma alteração metodológica decisiva. A modificação é essencial para que haja possibilidade de extração das reais possibilidades potencialidades da nova legislação. Os rompimentos metodológicos, iniciados ainda na vigente codificação, rompem com antigos paradigmas. Valores devem ser redimensionados. A necessidade de buscar na Constituição o real sentido da nova codificação. Essencial o cotejo da nova legislação com os princípios insculpidos na Constituição Federal." KRAEMER, Eduardo. Algumas anotações sobre os direitos reais no Código Civil. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 199.

²⁴ ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. **Direito & Justiça**. v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013, p. 176.

²⁵ Sobre a eficácia horizontal interprivada dos direitos fundamentais, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 362-370.

qualquer potencial inconstitucionalidade. Consistindo a teoria da autonomia em uma verdadeira lente especial, e essencial, para uma adequada leitura do direito privado.

Retomando: o Direito evolui.²⁶ A tecnologia toca diretamente a sociedade e a realidade. A tecnologia é amante nada discreta do *software* – que por sua vez não apenas encontra-se por todos os cantos, mas interage freneticamente com a realidade do homem. Não restando dúvidas de que os programas computacionais influem no Direito e vice versa.

No sistema norte-americano o software enquadra-se em patente, consistindo em um direito assegurado pelo Estado, ao respectivo titular, de exploração por determinado lapso temporal. No sistema europeu, por sua vez, o tratado é o de Direito Autoral. Sistemas que sabidamente influenciaram o trato no Brasil sobre o tema.

Ocorre que na ruptura da alteridade nacional, decorrente da semiologia do sistema jurídico brasileiro edificou outro regime jurídico de propriedade intelectual. Macunaíma não é um índio, é um personagem. Ou seja, a hermenêutica é a responsável pela estranheza do ser resultante da interpretação, não o sistema.

4. Último Movimento: Macunaíma olha no Espelho.

No direito brasileiro, percebe-se que ao *software*, apesar de na prática jurídica incorrer na proteção do autor mediante registro, assim como na tutela apropriada para a propriedade industrial – patente de invenção implementada²⁷ -, foi

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, P. 185-190.

²⁷ ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de Tecnologia no Brasil (Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Intelectual)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 23.

atribuída natureza distinta, por ser um bem virtual. Certo é que estes bens imateriais possuem natureza distinta à propriedade industrial, bem como do direito autoral, defendendo-se que seja propriedade intelectual, justamente em função de seu realismo, face a sensibilidade humana transmitida, tanto na sua criação proveniente do intelecto, como na pessoa do usuário do programa.

Ademais da factibilidade posta, da natureza jurídica do *software* como propriedade intelectual, evidente é a praticidade e funcionalidade desta opção quando pensa-se em alienação, locação, cessão, transmissão, entre outras possibilidades de desdobramentos do domínio daqueles. Sem olvidar-se do avanço dos direitos reais, face a teoria da autonomia, a publicização, constitucionalização e repersonalização do Direito Privado – com fito de garantir a projeção dos fundamentos e esperanças da Constituição no Estado Brasileiro.

Tem a natureza de propriedade intelectual, sem nenhuma controvérsia, porém não se trata de espécie dos gêneros Direito Autoral e Propriedade Industrial, como são as patentes, marcas, equiparados, biotecnologia ou *design*. É gênero de propriedade intelectual, ao lado de seus pares, dos quais recebeu características e emergiu desse caldo de alteridade.

Como caboclo, que se reconhece Brasil, sabendo conter África e Europa, mas não os ser, sob pena de pertencer a lugar algum, sendo estrangeiro em sua própria terra. Como Macunaíma...

Referências bibliográficas citadas:

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

ANDRADE, Mário de. **Macunaíma: o herói sem nenhum caráter.** 33. ed. Belo Horizonte: Garnier, 2004.

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos – Estudos preliminares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direito das coisas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Código Civil anotado.** São Paulo: Síntese, 2004.

_____. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. **Direito & Justiça.** v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013.

_____. **Por um direito civil- constitucional. Estudos de direito civil-constitucional.** Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004, Vol. 1 e 2.

_____. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados – das raízes aos fundamentos contemporâneos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Propriedade e domínio.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional.** 2. ed., rev. e ampl. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Titularidades e apropriação no Novo Código Civil. Breve ensaio sobre a Posse e sua Natureza. In: SARLET, Ingo. (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de tecnologia no Brasil (Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Industrial)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Problemas de direitos reais. **Estudos de direito civil**. Coimbra: Almedina, 1991. v1.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A constitucionalização do direito privado**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº 1, 185-243. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf . Acesso em 06 de maio de 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: S. Fabris, 1988

KRAEMER, Eduardo. Algumas anotações sobre os direitos reais no Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

MONIZ, Pedro de Paraguá. Patenteabilidade de Métodos de Fazer Negócio Implementados por *Software*: Da Perspectiva Externa ao Ordenamento Jurídico Pátrio. In COSTA, Alexia Maria de Aragão da, et. al. **Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 153-203.

MYHRVOLD, Nathan. **A grande odeia – Um mercado dedicado a financiar inventores e a monetizar suas criações poderia transformar o mundo**. Harvard: Harvard Business Review, mar. 2010.

PETERS, Luciane. **A Singularidade do Software no Regime Jurídico Brasileiro e a Aplicabilidade da Função Social**. Porto Alegre, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 85 p.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n 65, 1992, p. 21-32.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WACHOWICZ, Marcos, **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

http://www.e-biografias.net/carlos_gomes/. Acessado em 30 de junho de 2014.

Publicado no dia 04/03/2015

Recebido no dia 22/12/2014

Aprovado no dia 27/02/2015