

A NATUREZA JURÍDICA DO SOFTWARE COMO PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ricardo Marchioro Hartmann¹

RESUMO

O artigo dedica-se a uma rápida – e sem pretensão de exaustão – observação da natureza jurídica do *Software* no sistema jurídico brasileiro. O desenvolvimento do tema proposto, operado pelo método dedutivo, partiu da observação mais genérica do trato do tema para alcançar-se a caracterização do *Software* como propriedade intelectual.

Palavras-chave: Direito das coisas; Propriedade intelectual; *Software*.

INTRODUÇÃO

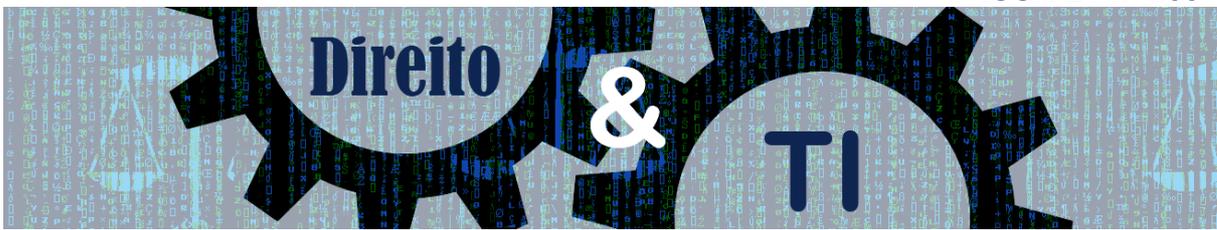
O mundo muda. A realidade é permeada por novas tecnologias. A todo instante novos equipamentos são apresentados e novos sistemas informáticos são utilizados – que certamente influenciam a sociedade como um todo. Um crescimento exponencial de *hardwares* que exigem programas informáticos para seu funcionamentoⁱ. O *software* é onipresente, na medida em que, mesmo que imperceptível ou “passando despercebido”, está para viabilizar desde os processos mais simples aos mais complexos da rotina humana. Não restando dúvidas da convergência tecnológicaⁱⁱ.

Apesar de o *Software* encontrar-se por todos os lados - impregnando a realidade do homem, fazendo parte de sua vida - recebe insuficiente atenção desde o ponto de vista jurídico. Tal afirmação é realizada com base nas múltiplas interrogantes atinentes ao tema que restam sem resposta, sendo a mais apaixonante delas a pertinente à sua natureza jurídica.

1 NATUREZA JURÍDICA DO SOFTWARE

Ao pretender-se desnudar a natureza jurídica do *software*, importa, inicialmente, referir-se que, até dado momento histórico, eram vislumbrados como meros acessórios dos denominados *hardwares*, ou seja, sem uma vida própria – sem capacidade de gerar um mercado independente e autossuficiente. Em dado momento, com os primeiros avanços no campo dos “computadores pessoais”, tem-se as primeiras revisões da visão antecedente, assumindo o caminho da desvinculação entre *software* e *hardware*. Desvinculação não em um sentido de independência, muito pelo contrário – o *software* passa a ser visto como algo autônomo, mas diretamente vinculado para com a

¹ Doutor em Direito pela Universidad de Burgos – Espanha. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado. ricardohartmann@outlook.com.br.



funcionalidade do *hardware*. Momento em que se apresenta um novo mercado de proporções antes impensáveis – o dos programas computacionais.ⁱⁱⁱ

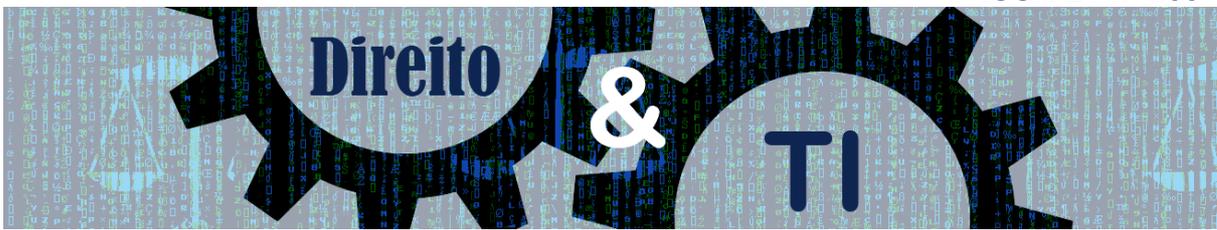
Desta importância assumida pelo *software* iniciou-se uma série de debates sobre sua forma de proteção.^{iv} Visualizando-se que no Direito brasileiro, diante de uma inexistência de certeza por parte do legislador quanto a melhor opção, houve uma positivação *tertium genus* que abrange dois modelos complementares de proteção exclusiva: o primeiro pertinente ao direito autoral e o segundo ao sistema de patentes de invenções.^v Considerável parcela da doutrina brasileira afeta ao tema defende que o *software* apresentaria uma configuração atípica – especialmente distinta da ofertada ao *hardware* -, no entanto, comumente deixando de ofertar àquele uma adequada delimitação. Falta de precisão, ou mesmo de uma toma concreta de posição quanto a natureza jurídica do *software*, que pode ser atribuída à incapacidade da doutrina tradicional de entender a propriedade intelectual em si.

Ao observar-se as entranhas da propriedade intelectual, tem-se por devido seu reconhecimento como e enquanto pertença. Evidenciando-se como entrelaçada 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, desconecto e descompromissado com as fractalidades axiológicas da ambiência extracodificada do mundo real*.^{vi} E certamente, foi o “afastamento” da disciplina tradicional dos direitos reais o que viabilizou sua sobrevivência e evolução na sociedade pós-industrial.

Oportuno referir-se, de forma brevíssima, que o direito das coisas, por largos períodos da história, tinha como centro das atenções a pertença (olvidando-se por completo dos não proprietários). Perspectiva que, mesmo nos dias atuais, persiste em diversos estudos de Direito Civil. Fazendo-se tal parcela da doutrina carente de uma devida revisão em face da Constituição Federal de 1988 – onde assentadas a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade.^{vii}

O reconhecimento de que os os direitos reais sofreram imenso descompasso para com o contexto social e constitucional, demonstra o aspecto positivo do aludido distanciamento para com a propriedade intelectual.^{viii} Significa dizer-se que o tratamento da propriedade intelectual como “autônoma” ao direito das coisas, garantiu uma série de evoluções àquela, no entanto, esta fato não justifica a manutenção do discurso na contemporaneidade. A partir da reestruturação do direito das coisas - oriunda da Teoria da Autonomia^{ix}, assim como da constitucionalização, publicização e repersonalização do Direito Privado - tem-se por inexistente uma justificativa bastante para ver-se propriedade intelectual como dissociada.^x

O trato do *software* no Brasil foi influenciado pelo sistema norte-americano (que o trata como passível de patente) e pelo europeu (que o trata como direito autoral). 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 implementada -, foi 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, sem que isto afaste sua natureza como propriedade intelectual.

CONCLUSÃO

Da observação de que o *software* consiste em coisa imaterial (a partir de seu realismo e relevância), tem-se por concluir que não consiste em Direito Autoral ou Propriedade Industrial, mas sim tem natureza jurídica própria como propriedade intelectual. Aliada a facticidade da conclusão, alia-se 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.

ⁱ “A expressão *software*, ou, em francês, *logiciel*, se aplica seja ao programa de computador propriamente dito, seja à descrição do programa, seja à documentação acessoria, 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.” BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1849-1850.

ⁱⁱ “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: Fabris, 2008, p. 240.

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

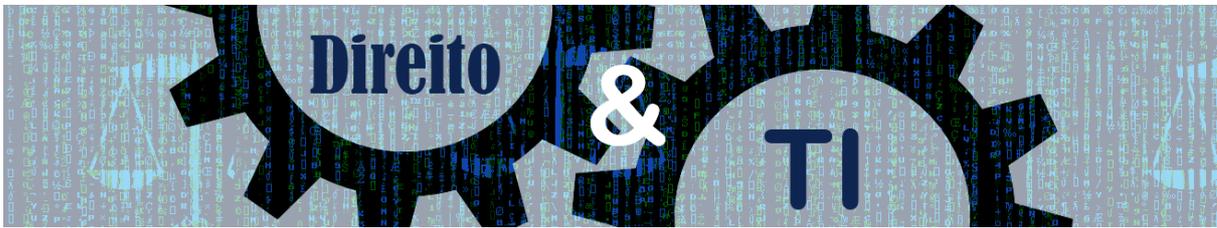
^{iv} MONIZ, Pedro de Paraguá. Patenteabilidade de Métodos de Fazer Negócio Implementados por *Software*: Da Perspectiva Externa ao Ordenamento Jurídico Pátrio. In COSTA, Alexia Maria de Aragão da, et. al. **Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 170.

^v Sobre o licenciamento de *software* vide BARROS, Maurício Sebastião. Licenciamento de Software: Risco ou oportunidade. **Direito & TI**, 25 set. 2015. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/licenciamento-de-software-risco-ou-opportunidade>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

^{vi} ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos – Estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

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

^{viii} “Agrilhoada 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.



^{ix} 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.

^x ARONNE, Ricardo; HARTMANN, Ricardo Marchioro. Os espelhos de Macunaíma: brevíssimas especulações, em três movimentos, sobre a natureza do software como propriedade intelectual. **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição**, v. I, 2015, p. 373-391.