

Desafios Atuais no Combate a Infrações de Propriedade Industrial

Lúcia Regina Esteves de Magalhães

Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal - Capital

I – INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre ressaltar que a propriedade industrial é espécie, tal como o direito autoral, do gênero propriedade intelectual, também denominado direitos intelectuais.

Os bens jurídicos tutelados na propriedade intelectual são de natureza incorpórea, a fim de preservar a integridade da obra criada e as relações jurídicas daí emanadas na defesa da personalidade do titular de direitos subjetivos, isto é, o criador de obras estéticas ou utilitárias.

Por conseguinte, o Direito de Autor regula as relações jurídicas decorrentes da criação intelectual e a utilização das obras intelectuais pertencentes ao campo de atuação da literatura, das artes e das ciências. Enquanto o Direito Industrial aplica-se à regulação das criações estéticas de cunho utilitário voltadas para a satisfação das necessidades humanas imediatas, sendo dotadas de uso empresarial, afigurando-se nas chamadas patentes (invenção, modelo de utilidade, modelo industrial e desenho industrial) e marcas (de indústria, de comércio ou de serviço e de expressão, ou sinal de propaganda).

Nestes termos, a definição de Propriedade Intelectual, tal como disposta no artigo 2º, inciso VIII, da Convenção de Estocolmo de 1967 que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI e abrange a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções de todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a

concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Outrossim, a autarquia federal denominada Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI é a responsável pela idoneidade ou veracidade de seu título aquisitivo.

No ordenamento jurídico pátrio há diplomas legais que regulam o tema, a começar pelo texto constitucional de 1988 no seu artigo 5º, incisos XXVIII e XXIX, Leis nº. 9279/96 (artigo 1º), 9609/98 (artigo 2º) e 9610/98 (artigo 1º), pelo Decreto nº 635 de 21 de agosto de 1992 que promulgou a Convenção de Paris para a Proteção de Propriedade Industrial e por inúmeros atos normativos do INPI, em especial o de nº. 51 de 27/01/1981. Sob o aspecto penal destacam-se os artigos 184 e 186 do Código Penal e os artigos 530-A e seguintes do Código de Processo Penal.

II - PREVENÇÃO E REPRESSÃO ÀS INFRAÇÕES DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A pirataria é um fenômeno global, presente em todos os continentes, e produz efeitos nefastos à sociedade, tais como à saúde e segurança ao consumidor, ao mercado de trabalho, arrecadação de impostos, perda de investimentos estrangeiros, desestimula a pesquisa e tecnologia e o comércio formal, inclusive com o incentivo à corrupção de agentes públicos e infração às leis.

Em consequência da pirataria, pode se afirmar que a mesma atualmente está relacionada com o crime organizado e outros delitos, tais como lavagem de dinheiro, tributários, evasão de divisas, narcotráfico e o contrabando de armas e munições.

Contudo, o Brasil vem desenvolvendo uma série de ações para combater a pirataria e, por exemplo, foi criado o Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, órgão colegiado consultivo, integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, que tem por finalidade elaborar as diretrizes para a formulação e proposição de plano nacional para o combate à pirataria, à sonegação fiscal dela decorrente e aos delitos contra a propriedade intelectual. Para este Conselho considera-se pirataria a violação aos direitos autorais de que tratam as Leis nºs 9.609/98 e 9.610/98.

O Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual elaborou o Plano Nacional de Combate à Pirataria

com diversas ações, dentre as mais importantes a de propor aos chefes de polícia e Ministério Público a edição de normas administrativas internas, padronizando procedimentos referentes ao combate à pirataria; promover seminários, cursos e outras atividades envolvendo os setores público e privado e as associações de classe, desenhadas para públicos-alvo específicos (juízes, promotores, peritos, policiais, agentes aduaneiros, autores, artistas etc.), com o objetivo de disseminar o conhecimento sobre a legislação e sua observância; desenvolver mecanismos para compartilhamento de dados operacionais sobre o tema entre os órgãos policiais, administrativos, fiscalizadores e o Poder Judiciário.

Em outras palavras, a luta contra a pirataria deve ser uma luta de todos, envolvendo o Poder Público nas esferas municipal, estadual e federal e a sociedade, para a implementação tanto de ações voltadas à contenção da oferta de produtos piratas (ações repressivas), quanto de ações destinadas a conter a demanda (ações educativas e econômicas).

III - ASPECTOS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A Lei nº 9279/96 dedica um título inteiro aos crimes contra a propriedade industrial, neles integrando os crimes contra as patentes (fabricar sem autorização, exportar, importar, vender, expor à venda produto fabricado com violação de patente), crimes contra os desenhos industriais (as proibições relativas às patentes e mais a punição contra a fabricação de imitação substancial), crimes contra as marcas (reproduzir ou alterar, no todo ou em parte, sem autorização, e comercializar ou ter em estoque, produto com marca não autorizada), crimes contra estabelecimentos de crédito e sinal de propaganda, bem assim os crimes contra indicações geográficas (falsa procedência).

As violações aos direitos de propriedade industrial são também os crimes de concorrência desleal de que tratam os artigos 183 a 195, da Lei nº 9.279/96, com apoio no artigo 170, inciso IV, da Carta Magna; aliás, uma das características das leis que versam sobre a propriedade industrial é a de serem leis de repressão à concorrência desleal.

A apuração dos crimes previstos nos artigos 183, 184, 185, 186 e 195 da Lei nº 9.279/96 exige procedimento complexo, que requer realização de perícias técnicas, homologação de laudos, dentre outras (artigos 525

e 526 do Código de Processo Penal). Nesse sentido já decidiu o STJ:

“CRIMINAL. RESP. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PRAZO DECADENCIAL. CONTAGEM A PARTIR DA INTIMAÇÃO DA HOMOLOGAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. RECURSO DESPROVIDO. I - Tratando-se de crimes contra a propriedade industrial, daqueles que deixa vestígios, a perícia técnica comprobatória da materialidade é condição de procedibilidade para o recebimento da queixa. II - O prazo para a decadência do direito de queixa nos crimes contra a propriedade industrial é aquele previsto no art. 529 do CPP, tendo início na data da intimação da homologação do laudo pericial, quando o interessado tem ciência e certeza da materialidade do delito. Precedente. III - Recurso desprovido”. (STJ - REsp 738328 – SP 2005/0040640-9, 14/03/2006).

Outrossim, os crimes são de ação penal privada e a complexidade das diligências prévias na apuração dos crimes contra a propriedade industrial, em que há necessidade de realização de perícias e homologação de laudos dentre outras, torna o procedimento incompatível com os princípios da informalidade, oralidade e celeridade que norteiam os Juizados Especiais Criminais, razão pela qual devem ser processados e julgados no juízo comum.

No tocante aos direitos autorais, a tutela penal está prevista no artigo 184 e parágrafos do CP, sendo que a doutrina conceitua o dispositivo como norma penal em branco cujo complemento está no artigo 22 da Lei nº 9610/98 que trata dos direitos morais e patrimoniais do autor e o artigo 89 da referida lei regula os direitos conexos aos de autor.

Segundo o professor FERNANDO CAPEZ¹:

“Para a doutrina, os direitos autorais abrangem as seguintes obras: a) obras literárias – são os livros e outros escritos, como discursos, conferências, artigos de jornal ou revista etc.; b) obras científicas, que, segundo Hungria, são: ‘livros ou escritos contendo a exposição, elucidação ou crítica dos resultados

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, volume 2. 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 597.

real ou pretendidamente obtidos pela ciência, em todos os seus ramos, inclusive as obras didáticas e as lições de professores (proferidas em aulas e apanhadas por escrito)'; e c) obras artísticas, as quais, ainda no ensinamento de Hungria, são: 'trabalhos de pintura, escultura e arquitetura, desenhos, obras dramáticas, musicais, cinematográficas, coreográficas ou pantomímicas, obras de arte gráfica ou figurativa', bem como trabalhos de televisão etc. De acordo com a Lei nº 9.610/98, abrange igualmente os direitos conexos (v. arts. 89 a 96)".

Em relação às formas qualificadas contidas nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 184 do CP, exige-se o intuito de lucro, isto é, o fim de comércio.

Com efeito, a norma contida no parágrafo 2º do dispositivo em comento é a que mais gera controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive nos Tribunais Superiores, pois alguns magistrados no País vêm absolvendo os acusados da prática do crime em comento sob o argumento dos princípios da intervenção mínima e adequação social, o que, salvo melhor juízo, não nos parece ser a posição mais acertada.

O princípio da intervenção mínima ou direito penal mínimo propõe ao ordenamento jurídico uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário. O direito penal deve apenas penalizar as condutas mais graves e perigosas que lesem os bens jurídicos de maior relevância. Dizer que a intervenção é mínima significa que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, restringindo e direcionando o poder incriminador do Estado. Dessa forma, o direito penal somente deve atuar quando os demais ramos do direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito, isto é, se outras formas de sanção ou controle social forem eficazes para a tutela dos bens jurídicos.

A seu turno, o princípio da adequação social possibilita a exclusão de condutas que, embora se amoldem formalmente a um tipo penal (tipicidade formal), não mais são objeto de reprovação social, eis que se tornaram socialmente aceitas e adequadas. Esse princípio possui uma dupla função: restringe o âmbito de aplicação do direito penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade; orienta o legislador na eleição das condutas que se deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados

mais importantes.

Com base nos princípios acima, argumentam os defensores desta corrente que a conduta de comercializar CDs e DVDs piratas é tolerada e praticada pela sociedade em razão dos altos valores cobrados pela indústria fonográfica.

Por outro lado, a corrente que sustenta a incriminação aduz que o fato de a sociedade aceitar e tolerar tais condutas não lhes retira a sua ilicitude, haja vista as constantes campanhas de esclarecimento da população sobre os danos provocados na economia e no comércio; afinal um estabelecimento empresarial legalmente constituído e registrado, pagante do ICMS e demais tributos incidentes sobre seus produtos comercializados, com encargos trabalhistas dos seus empregados e obrigações perante os fornecedores, não tem condição de competir com o comércio informal, ocasionando não raras vezes, a falência do empresário.

Esse é o posicionamento mais recente dos Tribunais Superiores, *in verbis*:

“I - A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. II - Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação. III - Não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos. IV - Ordem denegada” (STF - HC 98.898-SP - 1ª T. - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - DJe-091 21.05.2010).

“1. O tão-só fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou “pirateadas” não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação. 2. A exposição de 190 DVDs falsificados, em estabelecimento comercial, demonstra a existência de efetiva

lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, afastando a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. 3. Ordem denegada.” (STJ - HABEAS CORPUS Nº 181739 / MG - RELATORA: MIN^a. LAURITA VAZ - J. 09/11/2010, P. 29/11/2010).

Assim, parece-nos que os princípios da adequação social e intervenção mínima destinam-se ao legislador na elaboração das normas penais e não ao magistrado, pois, do contrário, em última análise, estaríamos permitindo que o costume de comprar produtos pirateados derrogasse norma penal incriminadora.

Outrossim, vislumbra-se que a Lei nº 9.609/1998, em seu artigo 12, estatui pena de reclusão de 01 a 04 anos e multa, em se tratando de programas de computador e, para alguns, se violar direito autoral atinente a programa de computador, o autor do fato poderá ser apenado com um a quatro anos de reclusão e multa, mas se violar obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma poderá receber reprimenda que vai de dois a quatro anos de reclusão além da multa.

Indaga-se qual a lógica? A nosso sentir, uma terrível falha legislativa, pois as duas normas tutelam penalmente a mesma objetividade jurídica, qual seja, o direito autoral, ou mais amplamente, a propriedade intelectual, com mesmo sujeito passivo e são dolosas. Diferem somente na pena, vulnerando, segundo alguns, o princípio da igualdade, ao tratar desigualmente criminosos em situações totalmente isonômicas, isto é, que pratiquem condutas que dispõem do mesmo desvalor intrínseco, isto com graves consequências de ordem penal e processual penal, dentre as quais aquelas atinentes ao benefício do *sursis* processual.

Aliás, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI², ao tecer seus comentários sobre o artigo 184 do CP, assevera:

“A pena estabelecida para os parágrafos é exagerada. Os problemas trazidos pelas chamadas margens penais dilatadas muitas das vezes são de difícil solução, posto que cria uma insegurança jurídica em detrimento do cidadão. Como adverte

² PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 649.

Silva Franco, “na medida em que o legislado, em função do desvalor do fato, se omite de sua específica missão de determinar, adequadamente, um mínimo e um máximo de pena e estabelece, por comodismo ou irresponsabilidade, margens extremamente largas dentro das quais autoriza a atuação do juiz, a segurança de cada cidadão estará em jogo, pois ao invés do desejado e discreto arbítrio judicial, indispensável à individualização da pena, instaura-se o regime da arbitrariedade judicial em que um quadro de inúmeras opções desprovidas encontra forma de expressão”.

Há em nosso Egrégio Tribunal de Justiça julgado no mesmo sentido acima como se infere dos autos da Apelação Criminal nº 2009.050.02509, Rel. Desembargadora Leony Maria Grivet Pinho, julgada em 02/08/2010.

Ressalte-se, ainda, que a prática de um ou mais verbos importa em crime único, sendo exemplo de tipo misto alternativo segundo o Princípio da Alternatividade, e as condutas de expor à venda, ocultar e ter em depósito configuram crime permanente porque o momento consumativo protraí-se no tempo.

Em relação à ação penal, conforme dispõe o artigo 186 do CP, a ação penal será privada no caso do *caput* do artigo 184 do CP; pública incondicionada - no caso dos §§ 1º e 2º; e pública condicionada à representação - quando se tratar do crime previsto no §3º. Porém, conforme previsto no inciso III do art. 186 do CP, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público a ação penal será pública incondicionada.

Destaque-se, também, que a falsificação de medicamentos e produtos terapêuticos é crime hediondo nos termos do artigo 273 do CP e artigo 1º, inciso VII-B da Lei nº 8072/90, ressalvada a discussão em relação a cosméticos e saneantes.

IV – CONCLUSÃO

A pirataria é um dos males da humanidade por seu caráter transna-

cional, visto que diversos produtos e mercadorias contrafeitas são revendidos no mercado exterior com nome similar ao original, gerando confusão nos consumidores estrangeiros e afeta a reputação das marcas verdadeiras.

Assim, a pirataria prejudica não só os direitos dos artistas e autores, mas toda a indústria e o comércio legal, aumentando ainda mais o desemprego, reduzindo o recolhimento de tributos, fomenta o crime organizado e seus conseqüências, em especial os delitos fiscais, de evasão de divisas, dentre outros que afetam a economia nacional, além de macular a imagem do Brasil no exterior, em detrimento, pois, de toda a sociedade, devendo, então, ser reprimida através de penas mais graves que sirvam para desestimular a prática de condutas lesivas ao bem jurídico penalmente tutelado como também a criação de medidas preventivas para banir a pirataria de nossa sociedade. ❖