

RICARDO BANDLE FILIZZOLA

**O PROCESSO PENAL
E A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO, 2005**

RICARDO BANDLE FILIZZOLA

**O PROCESSO PENAL
E A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO, 2005**

Banca Examinadora

Aos meus pais
Oswaldo e Evelyn.

À Cristina,
com muito amor.

E aos meus filhos
Ricardo e Bianca.

AGRADECIMENTOS

- *Ao Professor Marco Antonio Marques da Silva
pela oportunidade, apoio e orientação.*
- *A todos que contribuíram para a realização
deste trabalho.*

Resumo

O presente estudo formula proposta de aplicação das novas regras procedimentais introduzidas pela Lei 10.695/03 aos crimes contra a propriedade industrial, não com o escopo de intimidação, ou de estigmatização social, mas como forma de necessária atuação estatal, através de regras procedimentais legítimas.

Essa medida, além de conferir efetividade no enfrentamento dessa criminalidade, sem desrespeitar os princípios e garantias constitucionais, especialmente no que se refere ao *direito penal mínimo*, é preferível à elevação das penas privativas de liberdade hoje estipuladas. O aumento indiscriminado das penas não é a melhor forma de controle penal da prática dos delitos, em especial daqueles contra a propriedade industrial.

Sem descuidar da indispensável função de garantia, é preciso ter uma visão ampla do processo penal como instrumento de política criminal voltado à consecução dos fins do sistema jurídico-penal como um todo, ou seja, a proteção dos bens jurídicos.

A adaptação das regras procedimentais relativas aos crimes contra a propriedade industrial possibilita conciliar a eficiência do sistema penal com os princípios de garantia do cidadão frente ao Estado, implantando, assim, a outra face do processo penal na qual, além da aplicação da lei penal, busca-se a implementação de uma política criminal voltada para a prevenção das violações da propriedade industrial.

Desse modo, o direito processual penal pode exteriorizar e implementar as proposições de política criminal nos limites determinados pelos valores e princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, revelando-se como importante alternativa e resposta jurídica adequada para a proteção dos direitos de propriedade industrial.

Riassunto

Il presente studio formula una proposta di applicazione delle nuove regole procedurali introdotte dalla Legge 10.695/03 ai crimini contro la proprietà industriale, non con lo scopo di intimidire, o stigmatizzare nel senso sociale, ma come forma di necessaria attuazione statale, tramite regole procedurali legittime.

Questa misura, oltre a conferire effettività nell'affrontare questa criminalità, senza mancare di rispetto ai principi e alle garanzie costituzionali, specialmente a ciò che riguarda il "diritto penale minimo", è preferibile all'aumento delle pene privative di libertà, oggi stipulate. L'aumento indiscriminato delle pene non è il miglior modo di controllo penale della pratica dei delitti, specialmente di quelli contro la proprietà industriale.

Non trascurando l'indispensabile funzione di garanzia, è necessaria una visione ampia del processo penale come strumento di politica criminale diretto al conseguimento degli scopi del sistema giuridico-penale come un tutto, cioè, la protezione dei beni giuridici.

L'adattamento delle regole procedurali riferenti ai crimini contro la proprietà industriale rende possibile conciliare l'efficienza del sistema penale con i principi di garanzia del cittadino di fronte allo Stato, fissando così un altro aspetto del processo penale in cui, oltre all'applicazione della legge penale, si cerca di proporre una politica criminale diretta alla prevenzione delle violazioni alla proprietà industriale.

E così, il diritto processuale penale può manifestare e proporre le proposizioni di politica criminale nei limiti determinati dai valori e dai principi costituzionali dello Stato Democratico di Diritto, rivelandosi un'importante alternativa e risposta giuridica adeguata alla protezione dei diritti di proprietà industriale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS FINS DO PROCESSO PENAL.....	7
1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL.....	17
1.1.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL	22
1.1.2 O JUIZ NATURAL.....	27
1.1.3 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.....	29
1.1.4 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	35
1.1.5 A PUBLICIDADE.....	40
1.1.6 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES.....	44
1.1.7 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	46
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS.....	48
1.2.1 A LEGALIDADE.....	49
1.2.1.1 DA RESERVA LEGAL.....	50
1.2.1.2 DA IRRETROATIVIDADE.....	53
1.2.1.3 DA TAXATIVIDADE.....	54
1.2.2 A NECESSIDADE.....	56
1.2.2.1 A PROPORCIONALIDADE.....	59
1.2.3 A CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA.....	60
1.2.3.1 A PESSOALIDADE.....	61
1.2.3.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO.....	62
1.2.4 A CULPABILIDADE.....	62
2. A JUSTIÇA PENAL E A CRIMINALIDADE MODERNA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	64
2.1 POLÍTICA CRIMINAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	87
3. DELIMITAÇÃO DO TEMA PROPOSTO.....	93
3.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	104
3.2 TRATADOS INTERNACIONAIS RELATIVOS À PROPRIEDADE INDUSTRIAL	109
3.3 GLOBALIZAÇÃO E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	118
3.4 PROPRIEDADE INDUSTRIAL E CRIME ORGANIZADO.....	125
4 A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO PENAL DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	132
4.1 O BEM JURÍDICO TUTELADO.....	139

4.2	OS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	149
4.2.1	DOS CRIMES CONTRA AS PATENTES.....	150
4.2.2	DOS CRIMES CONTRA OS DESENHOS INDUSTRIAIS.....	157
4.2.3	DOS CRIMES CONTRA AS MARCAS.....	159
4.2.4	DOS CRIMES COMETIDOS POR MEIO DE MARCA, TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E SINAL DE PROPAGANDA.....	164
4.2.5	DOS CRIMES CONTRA INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E DEMAIS INDICAÇÕES.....	166
4.2.6	DAS DISPOSIÇÕES GERAIS.....	170
4.3	BREVE REFERÊNCIA À PREOCUPAÇÃO NO DIREITO COMPARADO.....	172
4.3.1	ESPANHA.....	172
4.3.2	ITÁLIA.....	175
4.3.3	PORTUGAL.....	176
4.3.4	ALEMANHA.....	178
4.4	PROJETOS DE REFORMA DA LEI DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	179
4.4.1	PROJETO DE LEI 11/01.....	179
4.4.2	PROJETO DE LEI 1206/03.....	180
4.4.3	PROJETO DE LEI 3965/04.....	180
4.4.4	ANÁLISE.....	181
5	O PAPEL DO PROCESSO PENAL NA TUTELA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	183
5.1	A NECESSIDADE DE TRATAMENTO PROCESSUAL PENAL UNITÁRIO DOS DIREITOS SOBRE BENS IMATERIAIS.....	192
5.2	AS DIFERENTES REGRAS PROCEDIMENTAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA APURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL.....	200
5.2.1	REGRAS PARA BUSCA E APREENSÃO NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	202
5.2.2	REGRAS PARA BUSCA E APREENSÃO NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA.....	203
5.2.3	A LEI 9.099/95 E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	204
5.3	AÇÃO PENAL PRIVADA E EFETIVIDADE.....	210
5.4	O PROCESSO PENAL COMO RESPOSTA JURÍDICA ADEQUADA.....	218
	CONCLUSÕES.....	230
	BIBLIOGRAFIA.....	238
	ANEXO – PROJETOS DE LEI REFERIDOS NO TEXTO.....	245

INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, a lei é instrumento de ação concreta do Estado. Nesse sentido, o processo penal é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para garantir a liberdade, o exercício dos direitos individuais e sociais, a segurança, o bem-estar e, em última análise, o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, razão pela qual ele tem importante papel na proteção da propriedade industrial.

Sem descuidar de seu compromisso com a garantia do cidadão e a com solução das controvérsias no campo penal, o processo penal deve buscar uma maior eficiência na realização do direito penal, através da harmonização entre os valores políticos e ideológicos imperantes no sistema jurídico-penal vigente e o modelo de processo penal adotado.

A Constituição Federal de 1988 realiza os princípios que visam garantir os direitos do cidadão, isto é, impedem os excessos do Estado por meio da instrumentalização dos direitos fundamentais expressos, além de fixar os limites do poder punitivo do Estado. Nela também foram inseridas normas principiológicas do direito penal, a fim de torná-lo ferramenta de proteção de bens jurídicos indispensáveis para a realização dos objetivos da sociedade. Sob esse prisma devem ser encarados os direitos sobre a propriedade industrial, que se constituem como um valor constitucionalmente proclamado.

Tanto o direito penal como o processo penal passam por uma crise, já que se mostram incapazes de resolver as novas formas de violência e de criminalidade. O grande aumento da delinqüência no país, quase sempre tem feito com que o legislador, por meio de uma perspectiva intervencionista, procure dar respostas à sociedade ou através do agravamento das sanções penais, ou da criação de novos tipos penais, ou da redução das possibilidades da progressão na execução da pena, ou seja, mitigação das conquistas do cidadão frente ao Estado, o que acaba por desvirtuar todo o sistema constitucional vigente. Esse comportamento do legislador não tem harmonia nem com os direitos e garantias assegurados pelo Estado Democrático de Direito (que se funda na dignidade da pessoa humana), nem com a moderna dogmática penal. Na concepção de um *direito penal mínimo* é importante frisar que as penas privativas de liberdade devem ficar limitadas ao estritamente imprescindível.

É nesse contexto que se encontram os crimes contra a propriedade imaterial – considerada em sentido amplo, abarcando portanto os direitos sobre a propriedade industrial-, em que a opinião pública, movida pelos meios de comunicação de massa, exige rigorosa e pronta intervenção do Estado para combater o crime organizado que atua no setor, já que o potencial de dano à ordem econômica e social é a cada dia mais evidente.

Existe uma preocupação social com relação aos direitos de propriedade intelectual, que se manifesta em inúmeras notícias veiculadas pelos meios de comunicação. Quase que diariamente podemos encontrar na mídia notícias relacionadas com a lesão desses direitos, tais como a pirataria de CDs de música,

filmes, jogos eletrônicos, programas de computador, falsificação de marcas, em relógios, perfumes, roupas etc.

Mas, a propagação do conceito do endurecimento da lei penal como resposta apropriada para a segurança da coletividade, só favorece a falsa ilusão da resolução dos problemas sociais. Essa legislação simbólica, além de não resolver o problema, normalmente constitui verdadeiras arbitrariedades contra as liberdades do cidadão, tendo por objetivo apenas e tão-somente a satisfação das expectativas da sociedade no que se refere à atuação estatal em face da criminalidade.

Vários projetos de lei que tramitam atualmente na Câmara dos Deputados propugnam o significativo aumento da pena privativa de liberdade, com o objetivo de suprimir importantes conquistas dos cidadãos frente ao Estado no que se refere a infrações penais de menor potencial ofensivo. Dessa maneira, as várias propostas de alteração legislativa objetivam excluir da competência do Juizado Especial Criminal o conhecimento e julgamento dos crimes contra propriedade industrial e, em consequência, impedir a aplicação dos benefícios introduzidos pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo).

O aumento do comércio mundial e o fenômeno da globalização (da forma como vem sendo estabelecida), acarretam uma crescente marginalização de grupos sociais, intensificando as desigualdades, o que acaba tendo por consequência uma intensa criminalização das camadas menos favorecida da população, com importantes reflexos nos crimes contra a propriedade intelectual.

Nesta visão social do problema, em que grande parte dos envolvidos com a distribuição dos produtos obtidos com violação da propriedade industrial fazem parte do segmento menos favorecido economicamente, entendemos ser necessário conciliar a proteção da propriedade imaterial com um direito penal mínimo, que respeite os postulados constitucionais em que se expressam as garantias dos cidadãos, mas que, ao mesmo tempo, represente um enfrentamento real, e não meramente simbólico, deste tipo de delinquência.

Dentro deste contexto, o processo penal tem importante papel no combate às violações dos direitos de propriedade industrial, conferindo celeridade e eficiência na aplicação do direito material, mas sem tornar o processo, por si mesmo, uma sanção penal atípica.

É verdade que a articulação jurídica de proteção específica e direta do particular, que detém o direito de uso e exploração exclusivos, constitui o bem jurídico tutelado pelas normas penais de proteção da propriedade industrial; todavia, há que se perceber que a finalidade última, além da proteção dos consumidores, é o interesse do próprio Estado na regulação da ordem econômica, imprescindível para o desenvolvimento do país, razão pela qual os dispositivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941), aplicáveis aos crimes contra a propriedade industrial (arts. 524 a 530), mostram-se incapazes de tutelar tal bem jurídico.

A alteração da legitimidade da ação penal nos crimes contra a propriedade industrial para o Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, é

medida necessária para que haja coerência no sistema jurídico-penal, adotando um regime procedimental único nas diligências preliminares de busca e apreensão de bens produzidos ou reproduzidos com violação de direitos de propriedade intelectual (considerada em sentido amplo, abarcando portanto os direitos sobre a propriedade industrial), bem como no que se refere ao bem jurídico tutelado, precipuamente de interesse do Estado.

A persecução dos delitos contra a propriedade industrial, com a aplicação das novas regras do Código de Processo Penal (arts. 530-A a 530-H), proporcionará eficiência e efetividade ao procedimento penal, principalmente em razão da introdução de altos custos aos delinqüentes, tendo em vista a possibilidade de imediata apreensão não só dos produtos produzidos ou reproduzidos ilicitamente, mas também dos equipamentos, suportes e materiais destinados à atividade ilícita, o que tornaria mais desvantajoso o comércio e distribuição desses produtos.

O sistema jurídico-penal, especialmente no que se refere aos delitos contra a propriedade industrial, deve estabelecer normas de processo penal coerentes com as normas de direito penal material, partindo do princípio de que potenciais infratores adotam sempre uma decisão racional, através da qual buscam obter vantagem de natureza patrimonial com a prática dessa atividade delituosa.

Partindo-se desse enfoque, defende-se uma política criminal harmônica, que tenha por objetivo uma efetiva prevenção geral para as violações de direitos da propriedade industrial, com vistas a retirar as flagrantes contradições intra-

sistêmicas prejudiciais não apenas ao interesse do Estado na persecução dos delitos, mas aos próprios detentores dos direitos de propriedade industrial, sem que isso implique aumento de penas, em desrespeito às garantias e princípios constitucionais, especialmente ao *direito penal mínimo*.

As particularidades apontadas pela doutrina que diferenciam os direitos de autor dos tradicionais direitos de propriedade industrial não impedem que ambos sejam tratados de maneira unitária, ou seja, a diversificação expositiva dos respectivos direitos não pode autorizar a renúncia a uma regra geral para enfrentar os problemas de natureza criminal que lhes são comuns.

Assim, entendemos que o processo penal pode desempenhar um importante papel no combate às violações de direitos de propriedade industrial, uma vez que, ao conferir celeridade e eficiência na aplicação do direito penal material, revela seu caráter pedagógico e sua preocupação com as questões sociais, políticas e econômicas do país.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS FINS DO PROCESSO PENAL

É complexo o conceito de *Estado Democrático de Direito* que a Constituição Federal acolhe no seu art. 1.º¹, pois combina os elementos do Estado de Direito e do Estado Democrático; todavia, não se trata de simples mescla dos respectivos elementos, já que na sua concepção foram incorporados novos componentes, revelando um conceito original que os suplanta², isto é, da reunião dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito resultou o atual Estado Democrático de Direito como um produto híbrido, e para que se possa melhor compreendê-lo, é necessário, ainda que de maneira bastante superficial, percorrer a evolução e as características de cada um deles.

Das idéias de igualdade perante a lei e a necessidade de controle dos atos exercidos pelos que detém o poder, condensadas nas concepções de Rousseu e Montesquieu, é que surgiu a noção de Estado de Direito, cujas tarefas básicas resumiam-se à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual³; assim, o Estado de Direito, fruto do liberalismo, tinha por características fundamentais a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais.

¹ “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 113.

Apesar de representar importante conquista da civilização liberal, alçando em cidadãos os súditos - já que estabelece a liberdade política do indivíduo em relação ao Estado e preconiza oportunidades iguais para todos - o Estado de Direito teve seu conceito deturpado.

Hans Kelsen, cuja concepção jurídica contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito⁴, afirma que não há distinção entre Direito e Estado, pois este não pode ser visto separadamente de sua ordem jurídica, isto é, todo Estado necessariamente deve ser Estado de Direito; ainda, para o conceituado autor, Direito é só o direito positivo formulado pelo legislador, sem qualquer conteúdo, nasce alheio a toda e qualquer idéia ou princípio de valor⁵.

Foi nesse conceito formalista do Estado de Direito que o Estado fascista, que se caracteriza pelo autoritarismo e antiliberalismo, em que os direitos e garantias individuais são suprimidos e submetidos a um poder despótico, impossibilitando a participação popular no poder político e econômico, buscou sua fundamentação.

Se o Direito se resumisse na simples forma jurídica, sem conteúdo axiológico (correntes de opinião políticas, econômicas, religiosas etc., as aspirações da coletividade, os estados de alma, enfim, todas as forças sociais

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19.^a ed.atual. aum. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157.

⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., p.115.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, p. 261.

que se movimentam no interior do agrupamento), todo o Estado, mesmo que ditatorial, seria Estado de Direito.

A realidade do Direito está impregnada de valores uma vez que seu objetivo é proporcionar o *bem comum*, pois o Direito, na verdade, é um meio para a realização dos fins sociais da vida. A simples forma jurídica, decorrente da vontade popular, elaborada segundo a técnica jurídica, pode ser considerada convenção humana, mas jamais será Direito se não tiver conteúdo justo.

Em razão disso, o individualismo característico do Estado liberal evoluiu através dos movimentos sociais do século passado para o Estado Social de Direito, que, além dos direitos individuais, buscou assegurar os direitos sociais por meio de ações positivas visando o desenvolvimento e a justiça social.

A concepção do Estado Social de Direito, mesmo tendente a proporcionar uma situação de bem-estar geral, com o objetivo de garantir o desenvolvimento da pessoa humana, mostrou-se insuficiente. Diante da não submissão à vontade popular (princípio do Estado Democrático) e aos fins propostos pelos próprios cidadãos, o Estado Social de Direito não teve condições de assegurar a almejada justiça social.

Além disso, para a realização do Estado Social há uma intensificação do ordenamento jurídico penal e da atuação estatal, que implica expressiva mitigação das liberdades individuais, excessiva intervenção na vida do cidadão e, em consequência, desrespeito à dignidade humana.

Desencadeia-se, então, o processo de democratização do Estado (definido por Norberto Bobbio como sendo *a sociedade dos cidadãos*, já que os súditos adquirem esta qualidade quando se lhes reconhece alguns direitos fundamentais⁶) que culminaria com o surgimento do Estado Democrático de Direito que, como foi dito no início, não decorre da simples reunião dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, pois não se trata de simples participação popular no poder político, mas no aprofundamento da democracia participativa⁷.

Na denominada democracia participativa, como evolução das democracias liberal e social, o processo é visto como meio de participação política de cada um dos membros da comunidade, que provocam a efetiva atuação do Estado ou de particulares para a consecução dos objetivos politicamente estabelecidos pela coletividade; logo, a realidade da natureza democrática do poder político é concretizada também pelos instrumentos jurídicos que permitem aos cidadãos a busca, a defesa e a realização de seus direitos⁸.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1.

⁷ Sobre o tema José Afonso da Silva assevera que: “*A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1.º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício*”. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 120.

⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. O Acesso à Justiça e sua Efetividade. In: *Estudos em Homenagem ao Acadêmico Ministro Sidney Sanches*. São Paulo: Fiúza, 2003, p. 255.

E mais, no Estado Democrático de Direito a lei é instrumento de ação concreta do Estado, que tem a função precípua de garantir o assegureamento mínimo de condições de vida ao indivíduo e à comunidade, cabendo ao Poder Judiciário, responsável pelo controle da constitucionalidade das leis, resistir às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que possam representar retrocesso ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

Temos assim que o Estado Democrático de Direito objetiva harmonizar interesses que se manifestam em três aspectos: aspecto público, representado pelo Estado; aspecto privado, protagonizado pelos indivíduos; e o aspecto coletivo, em que aparecem os interesses dos indivíduos enquanto participantes da comunidade.

O Estado Democrático de Direito, cuja forma ou objetivos estão traçados no preâmbulo da Constituição Federal, se destina a garantir a liberdade, o exercício dos direitos individuais e sociais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista, fundada na harmonia social e empenhada, na ordem interna e internacional, na solução pacífica das controvérsias⁹.

Norberto Bobbio afirmava que sem o reconhecimento e proteção dos direitos humanos, não há democracia; sem democracia, dizia ele, faltam

⁹ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

condições mínimas para que os conflitos possam ser solucionados pacificamente¹⁰.

Dentro desta perspectiva, ao lado da função de aplicação do Direito Penal, o processo penal funciona como meio de garantir os direitos do acusado, ou seja, impede o arbítrio do Estado através da instrumentalização dos direitos e garantias¹¹ fundamentais expressos na *Lei Maior*, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário¹².

É que, diante das atrocidades e monstruosas violações de direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial, a proteção desses direitos tornou-se uma preocupação internacional, tendo em vista a necessidade de limitar a soberania estatal em face dos valores fundamentais de respeito à pessoa humana. O processo de internacionalização dos direitos humanos, com a criação

¹⁰ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 1.

¹¹ Procura-se distinguir direito e garantia. José Afonso da Silva afirma que: “...*garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos humanos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular. Podem-se auferir tais vantagens e benefícios sem utilizar-se das garantias. Mas estas não conferem vantagens nem benefícios em si. São instrumentais, porque servem de meio de obtenção das vantagens e benefícios decorrentes dos direitos que visam garantir*”. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 186.

¹² Sobre o tema, Flávia Piovesan: “*Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional*”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3.^a ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 82. Cf. § 3.º, do art. 5.º da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que disciplinou a incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

da sistemática normativa de proteção internacional, possibilita que o Estado seja responsabilizado no âmbito internacional em caso de violação desses direitos¹³.

Oportuno destacar os principais instrumentos internacionais que visam à proteção dos direitos e garantias fundamentais do homem ratificados pelo Brasil: Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Mas, tendo em vista o interesse em esclarecer, perseguir e punir o crime e o criminoso, o processo penal atua primeiro em nome da comunidade. Havendo necessidade de se preservar a ordem e a paz social como mínimo necessário para propiciar a realização do *bem comum*, para aquelas condutas que podem atingir os mais relevantes valores do ser humano, tais como: a vida, a saúde, a

¹³ Antonio Magalhães Gomes Filho observa que a "... enumeração minuciosa e praticamente exaustiva das garantias de um processo penal justo não dispõe, no plano prático, de mecanismos eficientes para sua aplicação; com efeito, as Nações Unidas não possuem uma verdadeira corte internacional com poderes de fazer respeitar efetivamente esses direitos declarados, resumindo-se sua tutela em recomendações da Comissão de Direitos Humanos, cujo valor é meramente político". GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 19.

liberdade, a honra, a propriedade etc., o Estado, objetivando maior eficácia na tutela desses valores, impõe rigorosas sanções. Dessa maneira, além de definir as condutas nocivas ao convívio social como *crime* (preceito primário da norma incriminadora), o legislador estabelece a sanção, que se denomina *pena* (preceito secundário), a ser aplicada a quem pratica a conduta definida como ilícito penal.

Desse modo, crime constitui a violação de um bem juridicamente tutelado que abala o interesse da comunidade, razão pela qual a ordem jurídica comprometida pela prática do fato delituoso deve ser restabelecida para consecução do *bem comum*¹⁴. A restauração da ordem dá-se com a aplicação da pena prevista no preceito secundário da norma, ou seja, da pena.

Todavia, não se pode deixar de ter em mente que o Homem não é apenas sujeito do Direito, mas é – também e principalmente - sua causa eficiente e final; foi isto que pretenderam dizer os Romanos: “*o Direito é hominum causa*”. Cabe ao Direito conciliar, pôr em harmonia, conjuntamente, essas polarizações necessárias à realização dos fins humanos¹⁵.

Logo, em que pese ser dever do Estado a proteção da coletividade e de seus valores maiores, que aplica – com exclusividade - pena para aqueles que praticam infração penal, tal atividade não é imediata, pois que não se admite a

¹⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. 1, p. 4.

¹⁵ Luiz Luisi fala no Princípio da Centralidade da Pessoa Humana, ou seja, o homem é o fim primeiro e o fim último do sistema penal. LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.^a ed. rev. aum. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 117.

imposição automática da pena, mesmo que houvesse eventual consentimento do transgressor da norma penal.

Ademais, não se presume provada a acusação penal, nem compete ao acusado demonstrar que é inocente. Incumbe ao órgão da acusação provar, de maneira evidente, a culpa do acusado, para que se possa aplicar-lhe a punição.

O mesmo interesse público que justifica a imposição de severas sanções para os que praticam crime torna indispensável o controle jurisdicional na aplicação da pena, já que esta pode atingir os mesmos relevantes valores do ser humano: a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a propriedade etc. Ademais, é indispensável proporcionar ao acusado garantias para que ele possa exercitar efetivamente sua defesa, a fim de evitar eventual arbítrio do Estado, quer na acusação, quer na quantidade da pena.

Montesquieu pregava: todo aquele que detém o poder tende a abusar dele. *É necessário então que o poder contenha o poder*¹⁶. Isto é, para que se possa restringir a liberdade do indivíduo faz-se necessária a atuação dos três poderes do Estado: i) do Poder Legislativo que define quais os bens que devem ser penalmente tutelados; ii) do Poder Executivo, titular da pretensão punitiva; iii) do Poder Judiciário, titular da jurisdição.

Portanto, à pretensão punitiva do Estado, que objetiva impor pena ao autor de infração penal, contrapõem-se os direitos deste último de obter um prévio

¹⁶ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 164.

pronunciamento judicial em procedimento que preserve seus direitos e garantias, a fim de que a sanção seja aplicada nos exatos limites da lei. É o que consagra o princípio do *nulla poena sine iudicio*.

Diante da pretensão de subordinação do interesse do autor da infração penal (titular do *ius libertatis*) ao interesse do Estado, surge a lide penal, razão pela qual se torna indispensável a atuação dos órgãos que exercem a jurisdição para solucioná-la.

Ainda que o acusado não queira se opor à pretensão do Estado, aceitando de plano a imposição da pena, há a necessidade de atuação da jurisdição, já que o *ius libertatis* também é objeto de tutela do Estado.

Dessa maneira, só através da função jurisdicional, cujo instrumento operacional é o processo, é possível solucionar os conflitos no campo penal, pois toda a prática de infração penal causa lesão ao Estado, que deve, para garantir a observância das normas, infligir pena ao infrator, recorrendo ao Estado-Juiz, órgão encarregado de exercer a jurisdição, para efetivar sua pretensão punitiva. O processo é o meio adequado para solucionar o conflito entre o *jus libertatis* do suposto autor do delito, que busca manter sua liberdade, e o *jus puniendi* do Estado que pretende restringi-la, com a inflição da pena¹⁷. Só através do

¹⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26.ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 1, p. 10.

processo penal é que o réu, apesar de acusado da prática de crime, pode ter garantido o gozo de seus direitos previstos na Constituição¹⁸.

Nessa mesma linha, Antonio Scarance Fernandes ressalta que o processo não é só um recurso técnico, que reproduz em si os valores políticos e ideológicos de cada nação. Na verdade, retrata as diretrizes básicas do sistema político do país em dado momento histórico¹⁹.

1.1 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

As constituições desde o século XVIII contêm uma série de princípios que ou são específicos à matéria penal e processual penal, ou aplicáveis à matéria criminal.

Nas constituições contemporâneas, de um lado permanecem presentes os princípios que visam garantir os direitos do acusado, ou seja, impedem o arbítrio do Estado através da instrumentalização dos direitos fundamentais expressos,

¹⁸ Como dizia José Frederico Marques, “o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas de destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária. Com razão afirmou Goldschmidt que a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.^a ed. Campinas: Millennium, 2000, vol. 1, p. 22.

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2.^a ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999, p.15.

além de fixar os limites do poder punitivo do Estado; e de outro lado foram inseridas normas propulsoras do direito penal, a fim de torná-lo ferramenta de proteção de bens indispensáveis para a realização dos objetivos sociais do Estado²⁰.

Nas constituições modernas a matéria criminal se faz presente através de princípios que podem ser especificamente penais ou processuais penais e, ainda, princípios constitucionais aplicáveis à matéria penal.

Os princípios exclusivamente penais e processuais penais podem estar implícitos ou explícitos na Constituição, ou seja, podem estar expressamente declarados no texto ou serem decorrentes de normas constitucionais em que estão contidos.

Já os princípios influentes em matéria penal sugerem ao legislador penal (e também ao civil, ao tributário, ao comercial etc.), o incremento do direito penal, a fim de que este se torne ferramenta de tutela dos bens cuja proteção é indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado.

Esclareça-se que enquanto os princípios constitucionais especificamente penais ou processuais penais, que correspondem aos direitos civis e políticos, devem ser assegurados pelo Estado sem escusa ou demora, os princípios apenas pertinentes à matéria criminal correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, e estabelecem a atuação do poder legislativo a fim de que

²⁰ LUISI, Luiz, op. cit., p. 12.

este elabore normas que visem à proteção dos bens supra-individuais, como ocorre com os princípios contidos na Carta Magna de 1988 destinados à proteção do meio ambiente, da cultura, do trabalho, da economia etc. Importante repisar que os princípios programáticos que se destinam à proteção destes bens transindividuais não estão endereçados exclusivamente ao legislador penal (que, se necessário, poderá criar normas penais incriminadoras) mas também ao civil que deverá estipular indenizações, ao tributário que poderá criar tributos pertinentes à matéria etc.

No Brasil as Constituições têm reservado espaço tanto para os princípios penais e processuais penais, como para os influentes em matéria penal; todavia, sem sombra de dúvida, foi a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 que lhes conferiu, com destaque, maior espaço.

Ao mesmo tempo, a Lei Maior, ao agasalhar a forma do Estado Democrático de Direito e estabelecer como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, determinou um novo modelo de interpretação do direito penal e processual penal, já que, como foi dito, ressaltou os princípios constitucionais penais e processuais penais próprios desta forma de Estado²¹.

Quanto aos princípios constitucionais e sua incidência em matéria processual, Ada Pellegrini Grinover adverte que para analisar os textos legais à

²¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 120.

luz da ordem constitucional o essencial é ler as normas processuais à luz dos princípios e regras constitucionais, ou seja, é verificar a adequação dos textos legais não só à letra da Constituição, mas também – e principalmente – ao seu espírito. Para conservar a existência dos textos legais deve-se proceder à denominada *interpretação conforme* a Constituição²².

Com efeito, são os princípios constitucionais que permitem um permanente revigoramento da lei, tornando desnecessária a reforma do ordenamento infraconstitucional a cada alteração constitucional; portanto, toda a norma que não se revele absolutamente inconciliável com os princípios constitucionais, deve ser interpretada de maneira que dela se possa extrair um conteúdo que com eles se harmonize²³.

Os direitos e garantias individuais albergados na Constituição, essência do Estado Democrático de Direito, não podem ser postergados pelo legislador, nem pelo Poder Judiciário, pois estes estão submetidos aos princípios constitucionais que, no processo penal, exercem a função limitadora da intervenção do Estado na vida, liberdade, privacidade, intimidade etc. das pessoas, representado poderoso instrumento de contenção da persecução penal.

Marco Antonio Marques da Silva esclarece que, dentro de um contexto de legalidade e garantia ao respeito constitucionais do suposto autor de infração

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 14.

²³ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 2.

penal, o processo penal é, antes de tudo, instrumento de realização de justiça, ou seja, o processo penal, cuja importância está evidenciada pela existência de princípios constitucionais que lhe são específicos, é muito mais do que simples instrumento de aplicação do direito material penal²⁴.

Winfried Hassemer ao afirmar que o direito processual penal é o “*Direito constitucional aplicado*” denota a importância dos princípios constitucionais do processo²⁵. Nessa esteira, é possível falar em um Direito Processual Constitucional, que Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco definem como sendo a “*condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo*”²⁶.

Afigura-se-nos, assim, que antes de adentrar pelo tema da tutela da propriedade industrial no âmbito do processo penal, torna-se imprescindível primeiramente examinar os princípios constitucionais do processo penal, que determinam as regras a serem observadas para validamente ocasionar consequências jurídicas, para, em seguida, percorrer os princípios do direito penal, cuja função é limitar e regulamentar a intervenção do Estado na vida das pessoas, delimitando os limites do *jus puniendi*.

²⁴ Ibid., mesma página.

²⁵ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1984, p. 150.

²⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 79.

Cumpra salientar que muitos princípios constitucionais, apesar de também representarem garantias de outros processos (p. ex.: processo civil, do trabalho etc.), serão tratados neste trabalho em face do processo penal.

1.1.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo é meio pelo qual alguém pode provocar a efetiva atuação do Estado na busca, defesa e realização de seus direitos. Só através do processo é que o juiz, na qualidade de órgão soberano do Estado, exerce a jurisdição, a fim de alcançar, para o caso concreto, a solução mais justa. Dentro desta concepção, o processo é visto como palco onde se desenvolvem, de maneira contrabalançada, as atividades do Estado e das partes²⁷.

Para que haja equilíbrio entre as respectivas atividades, sem predominância de uma em relação às outras, é necessária a preexistência de normas que estabeleçam as diversas fases, atos e formas do processo, disciplinando, limitando e coordenando a atuação do juiz (que exerce a jurisdição) e das partes.

A origem do princípio do devido processo legal, alçado à condição de garantia²⁸ constitucional, tem como antecedente remoto o art. 39 da *Magna*

²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p.15.

²⁸ Vicente Greco Filho fala em processo como garantia ativa e garantia passiva. De um lado, é garantia ativa “porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do habeas corpus, contra a violação do direito

*Charta Libertatum*²⁹ da Ingraterra, outorgada por João Sem-Terra em 1215. Foi nesse documento jurídico que se estabeleceu, pela primeira vez, que a aplicação de sanção só poderia ocorrer de acordo com a “lei da terra” (*by the law of the land*), ou seja, com base nas regras comuns aceitas por todos, originadas de precedentes fáticos e judiciais³⁰. A partir de 1354, quando o Rei Eduardo III foi obrigado pelo parlamento a aceitar um Estatuto (*Statute of Westminster of the Liberties of London*), a originária locução “lei da terra” foi substituída por “devido processo legal” (*due process of law*) que, tendo alcançado as colônias americanas, foi abraçado pela Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, nas 5.^a e 14.^a³¹ Emendas.

Recorrendo à referência de que o processo representa a instrumentalização dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário, vale destacar que a Declaração Universal dos Direitos

*de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra violação do direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc.”. De outro lado, é garantia passiva “porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem que o competente e devido processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão”. GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.*

²⁹ “Art. 39. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens ou colocados fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele se não mediante um julgamento regular sobre seus pares ou de harmonia com a lei do País”.

³⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso ...*, op. cit., p. 16.

³¹ Conforme lembra Vicente Greco Filho, em textos garantistas posteriores à *Magna Carta*, como as *Constituições de Melfi de Frederico de Svevia*, o conteúdo é muito mais penetrante, não só porque a *Magna Carta* estabelecia privilégios dos nobres em relação a João Sem Terra, mas porque distante da comunidade como um todo. GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 32.

Humanos estabelece, em seu art. 11³², que todo homem acusado de um ato delituoso deve ter sua culpabilidade provada de acordo com a lei; portanto, como corolário temos a necessidade da preexistência de regras processuais que estabeleçam o modo de apuração dessa culpabilidade, ou seja, o devido processo legal.

Previsto no artigo 5.º, LIV, da Constituição Federal³³, o princípio do devido processo legal não apenas assegura às partes o exercício de suas faculdades e poderes, protegendo o indivíduo de eventual ação arbitrária do Estado, mas legitima a própria jurisdição, impedindo que este mesmo Estado limite a liberdade ou direito de qualquer indivíduo, sem a devida intervenção do Judiciário.

O devido processo legal em um Estado Democrático de Direito não é sinônimo de formalismo, ou de culto da forma pela forma, mas representa garantia mínima contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm o poder de decidir, impondo-lhes a correta atuação do poder jurisdicional, além de assegurar às partes uma série de outras garantias dele decorrentes, que visam a paridade das partes, não permitindo que haja destaque de uma em detrimento da outra³⁴.

³² “Art. 11. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

³³ “Art. 5.º. - ...LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³⁴ Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que “Nessa ótica, a própria imparcialidade do juiz adquire nova feição, superando aquela indiferença passiva de quem se coloca equidistante das partes, como mero observador da contenda, para caracterizar-se como atributo de uma função ativa, promocional e assistencial, dirigida à permanente remoção dos desequilíbrios que podem afetar a exigência de um contraditório efetivo”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 48.

Marco Antonio Marques da Silva salienta que o devido processo legal determina não apenas que o processo seja um direito do cidadão, mas exige também sua absoluta regularidade, inclusive com o asseguramento de todas as outras garantias decorrentes do princípio constitucional do *due process of law*³⁵.

Mas, não é só isto. Não só o aplicador da lei deve obediência ao princípio do devido processo legal. Também a atuação do legislador é submetida ao referido princípio que reclama a regular elaboração da lei processual penal³⁶. Assim, exige-se também que o processo legislativo para elaboração da lei esteja previamente estabelecido, com dispositivos harmonizados com todo o ordenamento constitucional.

Na qualidade de princípio constitucional, não pode ser desnaturado por leis desarrazoadas e mal elaboradas que possam comprometer os direitos subjetivos que devem amparar, isto é, a lei deve estabelecer o que se denominou de *processo constitucional*. Toda e qualquer lei que possa defraudar este propósito é inconstitucional³⁷.

Sobre o tema, José Frederico Marques assevera que o processo, como instrumento de garantia, resume-se na prescrição constitucional do devido processo legal, ou processo justo, a que as leis de processo estão submetidas³⁸.

³⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. *A Vinculação do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 59.

³⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso ...*, op. cit., p. 17.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 225.

³⁸ MARQUES, José Frederico, *Tratado...*, op. cit., p. 152.

Dentro dessa concepção, o sistema acusatório é o que melhor se ajusta ao princípio do devido processo legal, pois separa apropriadamente as três funções que caracterizam a relação processual: as funções de acusar (acusação pública ou privada), de defender e de julgar.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli esclarece que o sistema acusatório configura uma relação trigonal entre o autor, réu e juiz, em oposição não só ao processo medieval de modelo inteiramente inquisitório, mas, também, ao modelo misto, que era fundado, no que se refere à fase instrutória, na confusão entre juiz e acusação³⁹.

A Justiça Penal, onde de maneira imparcial a lide penal deve ser solucionada pelos órgãos da jurisdição, ficou processualizada com o sistema acusatório, que despiu o juiz de toda e qualquer função persecutória, para restringi-lo ao exercício da jurisdição⁴⁰. O juiz, como órgão da jurisdição equidistante das partes, deve tratá-las em pé de igualdade, preservando sua indispensável e inafastável imparcialidade.

Quanto à função postulante, nos denominados crimes de ação pública o impulso inicial do processo cabe ao Ministério Público (órgão estatal diverso do juiz, não pertencente ao Poder Judiciário), enquanto nos crimes de ação privada cumpre ao ofendido instaurar a relação processual. Ao réu e seu defensor compete a missão constitucional de exercer a defesa em sua plenitude.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 590.

⁴⁰ MARQUES, José Frederico, *Tratado...*, op. cit., p. 15.

No sistema acusatório, portanto, os sujeitos processuais devem estar separados (no que se refere às suas respectivas atribuições e competências), a fim de que o juiz não acuse nem defenda; o acusador não julgue; e o defensor exerça a mais ampla defesa.

1.1.2 O JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural (também denominado de juiz legal, juiz competente⁴¹), inserido na Constituição por imposição do princípio do devido processo legal, retrata a exigência de que nenhuma pessoa seja processada e julgada senão por órgãos do Poder Judiciário, dotados de atribuições jurisdicionais estabelecidas nos termos da *Carta Magna*⁴². Juiz natural, portanto, é o nascido da lei, em cuja função jurisdicional – por delegação do Estado – é inserido com rigorosa observância aos princípios fundamentais consagrados na Constituição.

Trata-se de antiga garantia, que tem como antecedente remoto a Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra, em que aparece como garantia de julgamento por tribunais e pessoas do local da prática do delito.

⁴¹ Jaques de Camargo Penteado salienta que no direito alemão usa-se a denominação “juiz legal”, enquanto no direito espanhol é usado “juiz competente”. No Brasil, a denominação mais utilizada é a de juiz natural. PENTEADO, Jaques de Camargo. *A Garantia do Juiz Natural e a Lei 9.299/96*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997, p.22.

⁴² SILVA, Marco Antonio Marques da, *A Vinculação...*, op. cit., p. 39

No que diz respeito aos tratados internacionais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴³, e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁴ (Pacto de San José da Costa Rica), prevêm a garantia do juiz natural.

Seguindo a tradição do direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do juiz natural, que se apresenta como dupla garantia: i) proibição de tribunais de exceção⁴⁵ (*ex post facto*); ii) garantia do juiz competente⁴⁶.

A garantia do juiz competente, como já se disse, assegura que toda a pessoa seja processada e julgada pelo órgão cuja competência tenha sido estabelecida segundo regras anteriores ao fato, estabelecidas de maneira geral e abstrata, impedindo qualquer interferência autoritária, ou mesmo discricionária, casuística; ainda, as atribuições do órgão judiciário de julgar devem decorrer da Constituição, que lhe assegura absoluta independência e imparcialidade.

Como corolário, há vedação constitucional dos tribunais de privilégio ou exceção, ou seja, há proibição de criação de órgãos especiais, *ex post facto*, para o julgamento de determinadas infrações penais ou pessoas específicas,

⁴³ “Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”.

⁴⁴ “Art. 8.º - ...I – Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

⁴⁵ “Art. 5.º - ...XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

⁴⁶ “Art. 5.º - ...LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

denominados juiz “*de encomenda*” ou *ad hoc*. As hipóteses de competência por prerrogativa de função, uma vez que consideram a função exercida, independente da pessoa que a desempenha, não contrariam o princípio do juiz natural.

Da mesma forma, a proibição de tribunais de exceção não pode ser confundida com a criação de justiça ou vara especializada, cujo objetivo é reservar para certos órgãos, previamente inseridos na composição judiciária fixada na *Lei Maior*, o julgamento de determinadas matérias.

Sobre o princípio em análise, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que o juiz natural é pressuposto de existência do processo; portanto, sua falta não acarreta nulidade, mas impede o nascimento da própria relação processual. Sem o juiz natural a relação processual é apenas aparente, isto é, não há processo⁴⁷.

1.1.3 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Como consequência lógica do devido processo legal tem-se os princípios do contraditório e da ampla defesa⁴⁸; todavia, ao explicitá-los, a Constituição

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 3.ª ed. ver. e amp. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42.

⁴⁸ Para Luigi Ferrajoli, o contraditório corresponde “...ao método de formação das provas e de verificação da verdade, fundado não no juízo potestativo, mas num conflito disciplinado e ritual entre as partes contrapostas: a acusação, expressão do interesse punitivo do Estado, e a defesa, expressão do interesse do imputado de ver-se livre de acusações infundadas e permanecer imune à aplicação de uma pena arbitrária. Tal conflituosidade, da qual depende a efetividade da presunção de inocência do imputado, é garantida normativamente não apenas pela separação entre juízo e acusação mas pelo controle pela participação do imputado na atividade de formação

Federal (art. 5.º, LV)⁴⁹ quis enfatizar a importância deles, tendo em vista que num Estado Democrático de Direito eles também representam garantias inarredáveis da pessoa humana contra eventual ação arbitrária do Estado.

O vocábulo contraditório encerra a idéia de contradição, oposição; logo, a garantia do contraditório no processo penal assegura um processo baseado em partes contrapostas, de maneira que nenhum ato é realizado por um dos interessados sem que seja dada oportunidade à parte contrária de refutá-los. Para tanto, exige-se que cada uma das partes tenha ciência dos atos praticados pela parte contrária. Só por meio da ciência bilateral dos atos e termos do processo é que se possibilita às partes intervirem no processo oportunamente, a fim de produzir suas respectivas provas e contraprovas, apresentar razões, recorrer das decisões etc⁵⁰.

Diante disso, é imprescindível que a acusação seja formulada em termos precisos, claros, unívocos, aptos a denotar exatamente o fato atribuído ao acusado, isto é, o acusado teve ter ciência do teor da acusação de maneira efetiva, não se admitindo asserções de significado indeterminado e que, portanto,

e discussão das provas que estão asseguradas pela sua defesa técnica (nulla probatio sine defensione) em qualquer grau de jurisdição ...". FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 589.

⁴⁹ "Art. 5.º. - ...LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

⁵⁰ Com relação à investigação policial, Antonio Magalhães Gomes Filho observa que "Faz-se necessária também uma referência à problemática do inquérito policial, pois, embora sendo procedimento meramente preparatório da ação penal, trata-se, na prática, do momento em que são colhidas as provas que decidem a sorte do acusado, pelo menos no que diz respeito ao recebimento da denúncia e decretação da prisão preventiva; assim, mesmo com a inquisitorialidade característica dessa fase preliminar do processo, é bem de ver que os elementos de informação ali produzidos precisam ser submetidos, para tais fins, a uma verificação contraditória a posteriori, sem o que sua utilização pelo juiz violaria os preceitos fundamentais do 'justo processo'". GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 49.

não possibilita contestação, ou seja, não se admite que haja mera ciência formal que impossibilite ou dificulte a defesa. Com a comunicação da acusação, que deve ser efetivada num lapso que possibilite a promoção da defesa do acusado, este deve ser esclarecido acerca das provas de que se pretende produzir contra ele⁵¹.

Além disso, os fatos descritos na acusação delimitam os debates e o julgamento a ser proferido (princípio da correlação entre acusação e a sentença), de maneira que o juiz não pode se utilizar, para fins de julgamento, de fatos acerca dos quais não tenha sido dada oportunidade ao acusado de conhecer. Representaria um contra-senso permitir decisões relativas a fatos não descritos na acusação e, portanto, desconhecidos do acusado.

Mas não basta o direito à informação dos atos e termos do processo e oportunidade para contrariá-los. É necessário que a contenda se desenvolva paritariamente, dotando o processo do conteúdo dialético que caracteriza o contraditório. O processo caminha necessariamente por meio das contradições que serão a final superadas pela atividade jurisdicional do juiz.

Para que o processo reflita os valores do Estado Democrático de Direito como o da dignidade da pessoa humana, com conseqüente respeito ao imputado, é necessário que se desenvolva com lealdade, paridade de armas e perfeita igualdade entre as partes. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos do

⁵¹ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso ...*, op. cit., p. 19.

Homem⁵², e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵³ (Pacto de San José da Costa Rica).

Normalmente a acusação incumbe ao Ministério Público, que conta com todo o aparato estatal para ampará-lo, enquanto o réu, além de suas próprias forças, conta apenas com o auxílio de seu defensor. Neste contexto é essencial que se dê o mesmo tratamento às partes, concedendo-lhes mesmos direitos, mesmos deveres e mesmos ônus. Destarte, insere-se aí a garantia do exercício da ampla defesa.

Assegurar plenamente a ampla defesa significa, em primeiro lugar, dotar a defesa dos mesmos poderes e da mesma capacidade da acusação, ou seja, igualdade de armas⁵⁴, garantindo ao acusado a possibilidade de trazer para o processo todos os elementos necessários ao esclarecimento da verdade.

Logo, garante-se ao acusado o direito de escolher um advogado dotado de capacidade profissional para exercer a defesa técnica, a fim de que se estabeleça

⁵² “Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”.

⁵³ “Art. 8.º - ...2 – Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; {...} f) direito da defesa de inquirir testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

⁵⁴ Antonio Magalhães Gomes Filho adverte que “A idéia de uma ‘igualdade de armas’ no processo penal, embora constitua um sonho de difícil realização, na medida em que no processo se refletem todas as desigualdades econômicas e sociais, não pode ser descartada desde logo, mas, ao contrário, deve servir de divisa na busca de uma concepção mais democrática da justiça penal”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 47.

o equilíbrio entre a acusação e a defesa. A simples condição de acusado, por si só, pode representar uma desvantagem⁵⁵, que resta minimizada quando o imputado se vê acompanhado de profissional habilitado, cuja formação é a mesma do órgão de acusação, acrescentado-se aqui a questão da assistência jurídica gratuita sempre que o acusado não puder pagar advogado e efetividade dessa assistência.

Assim, não se pode admitir defesa ampla sem defesa técnica, razão pela qual esta é indeclinável⁵⁶. Por óbvio, a obrigatoriedade de defesa técnica constitui direito do imputado, cabendo ao Estado a obrigação de assegurá-la ao acusado que não puder pagar⁵⁷.

À defesa, devidamente aparelhada com iguais possibilidades conferidas à acusação, cumpre contraditar, contradizer, contraproduzir etc. Pela sucessão de assertivas e negativas é que a verdade terá condições de exsurgir nos autos.

⁵⁵ Nesse sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho salienta que *“Se de um lado a própria existência da imputação caracteriza, por si só, uma condição de desvantagem do cidadão em face do poder punitivo estatal, a afirmação constitucional dos princípios da presunção de inocência e do ‘devido processo legal’ destina-se a contrabalançar essa carga negativa, indicando ao juiz não apenas uma atitude em face do acusado, ou uma regra de julgamento na hipótese de dúvida, mas o próprio modo pelo qual deve realizar-se a atividade processual, através da integração do direito ao processo com os direitos no processo”*. GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit. p. 48.

⁵⁶ Por esta razão, o Código de Processo Penal impõe a necessidade de defensor: *“Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”*. Cabe ao acusado o direito de constituir advogado de sua confiança; todavia, se não o fizer, o juiz nomear-lhe-á um defensor: *“Art. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se caso tenha habilitação”*.

⁵⁷ *“CF, Art. 5º. - ...LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”*.

Além disso, para que se garanta a ampla defesa é preciso que sua atividade seja admitida em toda e qualquer fase ou grau do procedimento, assegurando a intervenção do acusado, e seu defensor, nas atividades probatórias, das perícias ao reconhecimento, aos testemunhos, às acareações e ao interrogatório⁵⁸.

Assim, além da defesa técnica, tem-se como indispensável a autodefesa, que confere ao imputado o direito de audiência, o direito de presença e o direito de postular pessoalmente⁵⁹. Importante ressaltar que, ainda que não possa ser dispensada, a autodefesa é renunciável, isto é, o acusado não está obrigado a comparecer para o interrogatório ou para a realização de qualquer outro ato processual, da mesma maneira que não pode ser forçado a produzir prova contra si mesmo⁶⁰.

Enquanto o direito de audiência possibilita ao acusado, no momento do interrogatório, deduzir pessoalmente sua defesa perante o juiz da causa, apresentando-lhe sua versão dos fatos objeto da acusação, o direito de presença assegura seu comparecimento a todos os atos da instrução. Para tanto, deverá ser intimado de para os atos processuais, bem como de das decisões para que, se desejar, possa exercer seu direito de recorrer pessoalmente.

⁵⁸ Ver sobre o interrogatório as alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 10.792, de 1.º de dezembro de 2003 (art. 185 e ss.).

⁵⁹ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p.268.

⁶⁰ Princípio incorporado pelo nosso ordenamento jurídico que decorre da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que estabelece: "Art. 8.º - ...2 - {...} Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".

1.1.4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, introduzido pelo art. 5.º, LVII⁶¹, da Carta de 1988, é fruto da reforma da legislação penal empreendida pela revolução liberal do século XVIII.

A partir da idéia de que “*uma injustiça feita a um só é uma ameaça feita a todos*”, Montesquieu estabeleceu estreita correlação entre *liberdade e segurança* dos cidadãos: “*a liberdade política consiste na segurança, ou pelo menos na opinião que cada um tem de sua segurança*” e “*essa segurança nunca é mais atacada que nas acusações públicas e privadas*”; de maneira que, “*quando a inocência dos cidadãos não é assegurada, a liberdade também não o é*”⁶². Assim, não só delitos ameaçam os direitos dos cidadãos, mas estes também são ameaçados pelas penas arbitrárias.

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, desenvolveu essa idéia no livro *Dei delitti e delle pene*⁶³, levantando a questão acerca do encargo do acusado - tratado como não como suspeito, mas como culpado – de demonstrar sua inocência⁶⁴. Além disso, opunha-se à tortura e às restrições à liberdade pessoal, expressões mais importantes do sistema processual-repressivo da época.

⁶¹ “Art. 5º. - ...LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

⁶² MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 197.

⁶³ Apesar de voltada para as questões relacionadas à justiça criminal, a obra teve importante repercussão, pois sintetizava com maestria todo o sentimento reformista, transformando-se num marco do movimento de mudança do sistema processual inquisitivo da época.

⁶⁴ Já o Marquês de Beccaria afirmou que “*um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido*”.

Nesse contexto, a presunção de inocência teve importante valor simbólico no quadro das reformas penal e processual-penal que postulava rigorosa legalidade das punições, com a substituição do modelo inteiramente inquisitório e secreto, por um sistema acusatório e público, estruturado não só para garantir a separação das três funções que caracterizam a relação processual: acusar, defender e julgar, mas para propiciar a necessária igualdade entre a acusação e a defesa.

Partindo da verificação de que ao processo criminal estão sujeitos tanto culpados como inocentes, as teorias iluministas revelam a preocupação humanística com os direitos do homem, de modo que interessa à sociedade civilizada a proteção de todos os inocentes, mesmo que ao custo da impunidade de alguns culpados, pois quanto a estes basta que geralmente sejam punidos.

Nesse mesmo sentido, diversos textos internacionais de direitos humanos consagram a presunção de inocência. Dentre os direitos afirmados na Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, inclui-se disposição expressa relativa à presunção de inocência (art. 11.1)⁶⁵. O mesmo pode-se dizer com relação ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966 (art. 14.2)⁶⁶.

que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída". BONESANA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. de Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 63.

⁶⁵ *"toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa"*.

⁶⁶ *"toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei"*.

A fórmula adotada nos textos internacionais de direitos humanos permite associar duplo significado ao princípio da presunção da inocência: o primeiro diz respeito à “regra de tratamento do acusado”, que impede ou pelo menos reduz ao máximo a limitação da liberdade individual; o segundo refere-se à “regra de juízo”, que além de impor o ônus da prova à acusação determina a absolvição em caso de dúvida (*in dubio pro reo*).

No sentido de “regra de tratamento do acusado”, a presunção de inocência, além de dirigida diretamente ao imputado no curso do processo penal, impondo que se restrinja ao máximo medidas que limitem sua liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade (este é o significado da presunção da inocência no artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁶⁷), especifica critério de tratamento extra-processual em todos os aspectos, ou seja, é vista como garantia do *status* do cidadão, determinando que o imputado deve ser tratado como inocente pela própria sociedade.

Já nos textos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a presunção de inocência tem um sentido de “regra de juízo”⁶⁸, segundo a qual o acusado não está obrigado a produzir prova de sua inocência, uma vez que esta é presumida⁶⁹. Logo, cabe à acusação a prova da culpabilidade do imputado. Além disso, não estando suficientemente demonstrada a culpabilidade do imputado, ou seja,

⁶⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso ...*, op. cit., p. 31.

⁶⁸ *Ibid.*, mesma página.

restando alguma dúvida acerca da culpabilidade, a decisão final, necessariamente, deverá ser a absolvição. Sob esse prisma, confunde-se o princípio da presunção de inocência com o *in dubio pro reo*, que determina a absolvição do acusado quando não houver certeza da culpa, pois a condenação de inocentes, além de não trazer nenhum proveito, constitui ameaça aos direitos e à segurança dos cidadãos⁷⁰.

Os vários significados atribuídos à presunção de inocência, todos relacionados com o processo penal, revelam como última, maior e comum preocupação: a proteção de todos os inocentes, a fim de que nenhum deles seja condenado.

Tratando-se de norma constitucional, o princípio da presunção de inocência vincula todo o processo penal, impondo para responsabilização do acusado que sua culpabilidade tenha sido provada e demonstrada de acordo com a lei processual, razão pela qual não podem os juízos e tribunais penais impor decisões condenatórias mesmo que não tenha ficado demonstrada a inocência do imputado, sob pena de retrocesso ao arbítrio estatal.

⁶⁹ Conforme adverte Luigi Ferrajoli: “*A culpa, e não a inocência deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo*”. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 441.

⁷⁰ Sobre o tema Juan Montero Aroca assevera que o princípio segundo o qual “*na dúvida deve-se beneficiar ao réu*” não integra a garantia da presunção de inocência, devendo ser considerado na forma de critério de valoração de provas, que, em sendo insuficiente, conduzirá, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, à absolvição por “*não existir prova suficiente para a condenação*”. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal – Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1977, p. 155.

Importante salientar que a presunção de inocência não impede as providências investigatórias e mesmo coercitivas imprescindíveis para esclarecimento e apuração de delitos⁷¹; da mesma maneira, os veículos de comunicação podem informar a população sobre fatos criminosos, desde que não se fale em culpabilidade do acusado, que só estará configurada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na verdade, devido processo legal, juiz natural, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, porque são ínsitos ao Estado Democrático de Direito, são princípios que se complementam, e cuja interseção traduz a concepção básica de que para que seja reconhecida a culpabilidade do imputado não basta a existência de um processo, mas se exige, sobretudo, um processo “justo”⁷². Um processo acusatório que separe apropriadamente as três funções que caracterizam a relação processual: as funções de acusar, de defender e de julgar. A função de julgar exercida por órgão cuja competência tenha sido estabelecida segundo regras anteriores ao fato, estabelecidas de maneira geral e abstrata, impedindo qualquer interferência autoritária, ou mesmo discricionária, casuística; ainda, as atribuições do órgão judiciário de julgar devem decorrer da Constituição, tudo com o objetivo de lhe assegurar absoluta independência e imparcialidade. A defesa, exercida pelo próprio imputado e pelo advogado, dotada dos mesmos poderes e da mesma capacidade da acusação (paridade das armas), garantindo

⁷¹ Marco Antonio Marques da Silva adverte que “...pode-se dizer que existe até uma presunção de culpabilidade ou responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado, e, se não a destrói, põe-na em incerteza até a prolação da sentença definitiva. Não se impede assim, que, de maneira mais ou menos intensa, seja reforçada a presunção de culpabilidade com os elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado”. SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 50.

⁷² GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 47.

ao acusado a possibilidade de trazer para o processo todos os elementos necessários ao esclarecimento da verdade. Finalmente, a permanente preocupação com a proteção de todos os inocentes, a fim de que nenhum deles seja condenado.

1.1.5 A PUBLICIDADE

A fim de possibilitar o controle da aplicação dos princípios processuais até agora examinados faz-se necessário um segundo grupo de garantias: a publicidade, a motivação das decisões e o duplo grau de jurisdição. Trata-se, portanto, de *garantias de garantias*.

Somente através da publicidade da instrução probatória, com decisões devidamente motivadas, passíveis de revisão por órgãos de segundo grau, é que se pode ter a mínima segurança de que tenham sido observados os princípios primários que são os fundamentos de um processo “justo”, exigência do Estado Democrático de Direito.

A garantia da publicidade dos atos processuais foi erigida a preceito constitucional pela Carta de 1988 (art. 5.º, LX⁷³ e art. 93, IX⁷⁴). Antes, o tema era

⁷³ “Art. 5.º. - ...LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

⁷⁴ “Art. 5.º. - ...IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

tratado apenas pelo Código de Processo Penal (art. 792⁷⁵); todavia, como salienta Vicente Greco Filho, a garantia já havia sido incorporada à cultura do processo brasileiro⁷⁶.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷⁷, e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁷⁸ (Pacto de San José da Costa Rica) expressamente prevêm a garantia da publicidade do processo.

Uma das contribuições mais importantes do pensamento da Ilustração à reforma do sistema processual-repressivo, foi a oposição contra o segredo, com a reivindicação da publicidade de todos os atos e fases do processo como forma de obstáculo ao arbítrio. Afastando-se, assim, do método inquisitivo, trata-se, por certo, do requisito mais essencial e evidente do modelo acusatório.

Com base na publicidade, a averiguação da culpabilidade do imputado desenvolve-se sob o controle da opinião pública. Já Beccaria escreveu que os julgamentos devem ser públicos e públicas as provas do crime *“para que a opinião pública, que é talvez o único cimento da sociedade, imponha um freio à*

⁷⁵ “Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1.º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 113.

⁷⁷ “Art. 11. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

⁷⁸ “Art. 8.º - ...5 – O processo penal deve ser público, salvo nos que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

*força e às paixões, para que o povo diga, 'nós não somos escravos e estamos protegidos'*⁷⁹.

Nos dias de hoje é pacífico que a publicidade representa importante garantia que assegura a necessária transparência da atividade jurisdicional do Estado, permitindo a fiscalização popular não apenas sobre a atividade dos magistrados, mas dos membros do Ministério Público e dos advogados. Além disso, como garantia dos indivíduos contra os malefícios dos juízos secretos, propiciando a toda a sociedade a fiscalização da distribuição da justiça, através dela é que se evita eventuais excessos e arbitrariedades no desenvolver do processo.

A regra geral insculpida no sistema constitucional e processual é a da publicidade plena dos atos processuais; todavia, nos casos em que o decoro ou o interesse social exigem a não divulgação, a regra é excepcionada pelas hipóteses em que se autoriza a publicidade restrita: art. 5.º, LX, da CF (defesa da intimidade e interesse social) e art. 792, § 1.º, do CPP (escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, p. ex.: art. 483, do CPP), casos em que a publicidade dos atos processuais fica assegurada aos sujeitos da relação jurídica processual⁸⁰.

⁷⁹ BONESANA, Cesare, op.cit., p. 61.

⁸⁰ Também a Lei Antitóxicos (6.368/76), preocupou-se com o sigilo de registros, documentos ou peças de informação, bem como dos autos de prisão em flagrante e os de inquérito policial, tipificando como crime a violação desse sigilo – art. 17. O legislador preocupou-se ainda com o sigilo das diligências, gravações e transcrições obtidas com base em interceptação telefônica – art. 8.º, da Lei 9.296/96.

Importante ressaltar que o excesso de publicidade e sensacionalismo⁸¹ devem a todo o custo ser evitados; isto porque os meios de comunicação de massa expõem à constrangimento não apenas o acusado, a vítima e as testemunhas, mas também os juízes podem ser perturbados por uma curiosidade nociva, o que possibilita uma distorção do próprio funcionamento da Justiça⁸².

Por essa razão, no caso de julgamento por Tribunal do Júri, a votação na sala secreta foi preservada pela própria Lei Maior (art. 5.º, XXXVIII, b⁸³), a fim de evitar o comprometimento da imparcialidade dos jurados, que poderiam, com a presença do réu e de populares, sentirem-se intimidados; mas, a instrução, os debates e a leitura da sentença são públicos.

Por fim, quanto à fase de investigação, cumpre à autoridade policial, nos termos do art. 20, do Código de Processo Penal, assegurar, no inquérito policial, o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

⁸¹ Salienta Francesco Carnelutti que “O processo penal sempre interessou, porém na época atual interessa ainda em maior medida à opinião pública. É comum os jornais se ocuparem da crônica dos delitos e dos processos. Quem os lê tem a impressão de que, neste mundo, produzem-se mais delitos do que boas ações. O que ocorre, porém, é que os delitos se assemelham às papoulas, de que todos dão conta quando as observam no campo, ao passo que as boas ações se ocultam como as violetas, em meio às ervas do prado. Se os jornais se ocupam com tanta assiduidade dos delitos e processos penais é porque as pessoas se interessam por eles. A curiosidade do público incide de modo particular sobre os processos célebres. Esta é, também, uma forma de diversão. As pessoas se refugiam da própria vida, ocupando-se da vida uma das outras. E a ocupação nunca é tão intensa, como quando a vida dos outros assume o aspecto de um drama. O que há para se lamentar é o costume de se assistir ao processo da mesma maneira como se assiste a um espetáculo cinematográfico. A atitude do público para com os protagonistas do drama penal é a mesma da multidão de outros tempos, frente aos gladiadores, ou da multidão de nossos próprios dias, numa tourada. Por esse motivo, o processo penal não é mais que uma escola de incivildade”. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Trad. Luís Fernando Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002, p. 3.

⁸² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 70.

⁸³ “Art. 5º. - ...XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) {...}, b) o sigilo das votações”.

1.1.6 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

A garantia da motivação das decisões, princípio que informa a atividade judiciária em geral (art. 93, IX, da CF – v. nota 72), deve ser analisada sob dois aspectos. O primeiro, de valor endoprocessual, não só representa a garantia das partes de que as razões produzidas em contraditório serão examinadas e sopesadas por ocasião da decisão, como permite aos órgãos de segundo grau de jurisdição verificar a legalidade e justiça das decisões, ou seja, por meio da motivação as partes e os juízes de segundo grau têm condições de verificar eventual violação de lei ou defeito de interpretação, bem como insuficiência de provas ou inadequada argumentação do nexa entre convencimento e provas. Assim, além de permitir a fiscalização da legalidade e do nexa entre as provas produzidas e o convencimento do magistrado, constitui garantia de defesa⁸⁴.

É por meio da motivação que o magistrado faz conhecer os aspectos efetivamente levados em consideração no momento da decisão, permitindo aos interessados aferir sua imparcialidade, observância às leis e se as razões levantadas durante o processo foram de fato objeto de exame⁸⁵.

Mas há outro aspecto a ser analisado: a garantia da motivação como garantia de ordem política, como garantia da própria jurisdição⁸⁶.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 498.

⁸⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 80.

⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p.119.

Nesse aspecto, de valor extraprocessual, a obrigatoriedade da motivação das decisões, complementada pela a publicidade dos pronunciamentos e atos jurisdicionais, tem como destinatários não apenas as partes e os órgãos de segundo grau de jurisdição, mas também a comunidade, a fim de atribuir ao povo, fonte de todo o poder, o controle do exercício da atividade jurisdicional. Consiste, portanto, num dever imposto aos órgãos jurisdicionais que executam uma função delegada da soberania popular⁸⁷.

A exigência da motivação atinge todas as decisões do processo, quer as definitivas quer as interlocutórias, especialmente quando tiver relação com os direitos individuais, como ocorre com as decisões restritivas à liberdade individual (prisão preventiva e temporária), cuja motivação é imperativo também da legislação ordinária.

No caso de julgamento por Tribunal do Júri, as votações sem motivação dos jurados foi excepcionada pela própria Lei Maior (art. 5.º, XXXVIII, b – v. nota 79).

⁸⁷ Sobre a delegação da função jurisdicional Marco Antonio Marques da Silva observa que “O juiz natural é o nascido da lei. Recebe do Estado a delegação constitucional de exercer a função jurisdicional e nela é inserido com rigorosa obediência aos princípios fundamentais constantes da Carta Magna. O juiz natural não tem poder próprio. O que ele exerce é atribuição decorrente do povo de onde emana todo o poder, que lhe transmite pelo meio direto, enquanto ao Executivo e ao legislador tal transmissão se faz por representantes eleitos. É a aplicação integral da máxima democrática contida na Declaração de Direitos da Virgínia, de 16-6-1779, onde está dito: ‘Todo o poder reside no povo e, por consequência, deriva do povo; os magistrados são seus mandatários e servidores e responsáveis a todo o tempo perante a lei’. SILVA, Marco Antonio Marques da, *A Vinculação ...*, op. cit., p. 40.

1.1.7 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O último princípio processual que se pretende analisar no presente trabalho é o do duplo grau de jurisdição. No Brasil, a Constituição do Império garantia expressamente o duplo grau (art. 158, da Constituição de 1824); todavia, na Carta de 1998 o princípio não está explicitamente inserido.

O duplo grau de jurisdição, apesar de não estar assegurado por regra constitucional expressa, decorre da própria forma de estruturação do Poder Judiciário. A Constituição, reportando-se explicitamente aos tribunais como órgãos do Poder Judiciário de segundo grau, outorgou-lhes, entre outras, a competência recursal. Logo, pode-se afirmar que apesar de só implicitamente estar assegurado pela Constituição, o duplo grau de jurisdição é um princípio autônomo, decorrente da própria Carta Magna, que estrutura os órgãos da denominada *jurisdição superior*⁸⁸.

Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁸⁹ (Pacto de San José da Costa Rica) expressamente estabelece o duplo grau de jurisdição, razão pela qual, a partir de 1992, o princípio passou a integrar o direito positivo brasileiro em nível supra legal; ainda, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, inúmeras leis extravagantes

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 2.^a ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.

⁸⁹ “Art. 8.º - ...2 – Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: {...} h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

e as leis de organização judiciária prevêm e disciplinam o duplo grau de jurisdição, que se encontra inserido no Estado Democrático de Direito como uma imposição do princípio do devido processo legal.

Na verdade, a inserção do duplo grau de jurisdição no Estado Democrático de Direito revela o caráter político desse princípio, que exige o necessário controle de todos os atos do Poder Público, mesmo que, neste caso, realizado internamente, por órgãos da jurisdição diferentes do que decidiu em primeiro grau, com o escopo de aferir a legalidade e justiça da decisão prolatada.

Mas, não é só isto. É natural o inconformismo do vencido, sendo conveniente oferecer-lhe oportunidade de reexame da decisão que lhe foi contrária, a qual pode ser realmente injusta ou ilegal, de maneira que se deve propiciar sua revisão pelo órgão de segundo grau de jurisdição; ainda, os tribunais de segundo grau, normalmente composto por juízes mais experimentados e se constituindo em órgãos colegiados, propiciam maior segurança. Por fim, quando o juiz de primeiro grau sabe que poderá ter sua decisão reapreciada pelos tribunais da jurisdição superior, fica psicologicamente impelido a julgar melhor⁹⁰, procurando ser o mais justo possível.

Vale observar que este princípio só se efetiva se e quando o vencido, inconformado, recorrer da decisão de primeiro grau que lhe foi desfavorável, havendo, portanto, necessidade de nova provocação do órgão jurisdicional. Excepcionalmente, tendo em vista interesses públicos de maior relevo, é

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance, *Recursos...*, op. cit., p. 22.

possível, nos casos previstos em lei, a atuação da jurisdição superior sem a provocação da parte.

Por outro lado, há hipóteses, previstas na própria Constituição, de inexistência do duplo grau de jurisdição, como por exemplo, nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, (art. 102, I, da CF). Trata-se de exceção ao princípio estabelecida pela própria Lei Maior, que pode excepcionar as suas próprias regras.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Como já se disse, é dever do Estado a proteção da coletividade e de seus valores maiores. Para que o Estado possa atingir esses objetivos a Constituição lhe atribui, dentre outros, poderes para – com exclusividade – criar e aplicar o direito penal. Entretanto, tal poder não é ilimitado, mas definidos por meio dos princípios (também contidos na Lei Maior) que informam a Justiça Penal.

Esses princípios, desde a *Magna Carta*, depois desenvolvidos pelos pensamentos da iluminismo e reforçados pela Revolução Francesa, têm por função limitar e regulamentar a intervenção do Estado na vida das pessoas, delimitando os limites do *jus puniendi*, a fim de assegurar a verdadeira missão do direito penal que é a proteção dos mais relevantes bens jurídicos da sociedade.

1.2.1 A LEGALIDADE

No Estado Democrático de Direito, em que um dos fundamentos é a dignidade da pessoa humana, as leis penais tem a clareza e limites impostos pelo princípio da legalidade, a fim de assegurar a necessária segurança jurídica para proteção e desenvolvimento da pessoa humana. A prévia formulação normas incriminadoras representa uma garantia contra indevida intervenção do Estado na intimidade ou na vida privada dos cidadãos, que só poderá ocorrer com base numa lei previamente estipulada e diante de outros importantes elementos para o contexto social⁹¹.

No Brasil a Carta Magna de 1988 reflete a tradição constitucional de garantir a liberdade como direito inviolável da pessoa humana, razão pela qual o princípio da legalidade dos delitos e das penas é um corolário lógico que permite sustentar, por força de postulados constitucionais, que não há crime e não há pena sem lei atual, certa e prévia.

Nesse sentido tem-se a doutrina mais contemporânea, em que o princípio da legalidade pode ser desdobrado em três postulados: o primeiro, que diz respeito às fontes das normas penais incriminadoras, é o da reserva legal; o segundo postulado, que se refere ao alcance das normas penais no tempo, é o postulado da irretroatividade; o último, concernente à estrutura e enunciação

⁹¹ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso...*, op. cit., p. 7.

dessas normas, é o da taxatividade⁹². Dois destes postulados estão expressos no texto constitucional.

1.2.1.1 Da Reserva Legal

São divergentes as opiniões acerca da origem do postulado da reserva legal⁹³; todavia, foi a partir da propagação dos pensamentos do iluminismo de que “ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite⁹⁴” é que o princípio surge como máxima. Isto é: não é lícito apenas aquilo que a lei proíbe, idéia mais desenvolvida na célebre obra do Marquês de Beccaria, para quem “só as leis podem decretar as penas para os delitos⁹⁵”.

Portanto, o princípio da reserva legal, como forma de obstáculo ao arbítrio, constitui outra importante contribuição do iluminismo para a reforma do sistema penal; assim, nasce com a preocupação de limitar o poder do Estado, reagindo contra o absolutismo monárquico.

Com a queda das monarquias absolutas e conseqüente instauração das democracias, o postulado da reserva legal passou a fazer parte das Constituições

⁹² LUISI, Luiz, op. cit., p. 17.

⁹³ Adverte Luiz Luisi que “Ao contrário do que entendem alguns autores, o postulado em causa não tem sua origem nem no direito romano, nem na Cara Magna Inglesa de 1215 e nem no Direito Medieval Espanhol”. LUISI, Luiz, op. cit., p. 180.

⁹⁴ MONTESQUIEU, op. cit., p. 165.

⁹⁵ BONESANA, Cesare, op. cit., p.42.

e códigos penais, mas foi a partir da sua fixação na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1786, é que se iniciou o processo de universalização do postulado, conferindo-lhe importante destaque.

Foi em 1813 que Feuerbach, o fundador da moderna ciência penal alemã, introduziu o princípio em causa no âmbito do Direito Penal, sob a fórmula “*nullum crime e nulla poena sine previa lege*” pela qual o princípio é universalmente conhecido⁹⁶.

Hoje, além de estar inserto nos mais importantes documentos internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Art. XI, 2)⁹⁷, representa verdadeiro patrimônio da legislação penal de todos os povos civilizados⁹⁸. No Brasil o princípio da reserva legal sempre esteve previsto nas Constituições, desde a primeira, a de 1824, até a Constituição Federal vigente, em que o postulado está explicitamente inserido no art. 5.º, XXXIX⁹⁹.

Dentro desse contexto, o constituinte brasileiro, quando reiterou na Lei Maior o princípio da reserva legal, se aliou às Constituições e legislação penal de

⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 21-22, afirma que foi Ludwig Anselm vom Feuerbach quem construiu essa fórmula latina.

⁹⁷ “Art. XI...2 – Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

⁹⁸ LUISI, Luiz, op. cit., p. 21.

⁹⁹ “Art. 5º. - ...XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

quase a totalidade das Nações, além de assegurar o gabarito constitucional do postulado já incorporado ao ordenamento jurídico pátrio.

Assim sendo, o princípio da reserva legal confere ao direito penal a função garantidora da liberdade do cidadão em face de eventual arbitrariedade do Estado e do Juiz, pois, ao impor a determinação prévia do delito e da pena, assegura que as pessoas só poderão ser processadas e condenadas por fatos previamente definidos em normas incriminadoras; além disso, representa evidente limite ao poder normativo do Estado quando só admite a criação de tipos penais por meio do regular processo legislativo¹⁰⁰, não podendo o legislador transferir a outrem a atribuição de definir crime e de estipular pena. Logo, pode-se afirmar que o princípio em análise é garantia fundamental de liberdade e de objetiva justiça.

Finalmente, ainda em decorrência do postulado da reserva legal, há, como garantia, a exigência da *lex scripta* que impede a fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário, bem como a exigência da *lex stricta*, que se refere à impossibilidade da analogia como fonte do direito penal (*analogia in malam partem*); todavia, admite-se, desde que em benefício do réu (*in bonam parte*), a aplicação tanto da analogia como de normas costumeiras¹⁰¹.

¹⁰⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso...*, op. cit., p. 7.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 8.

1.2.1.2 Da Irretroatividade

Do mesmo modo que o princípio da reserva legal, a partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1786 o postulado da irretroatividade passou a ser consagrado nas Constituições e nos códigos penais de todos os povos civilizados. No Brasil o princípio da irretroatividade vem sendo previsto nas Constituições desde a Carta de julho de 1934, até a atual Constituição, em que o postulado está expressamente previsto no art. 5.º, XL¹⁰².

A proibição de edição de leis retroativas que possam fundamentar ou agravar a punibilidade constitui, sem sombra de dúvida, corolário lógico da reserva legal a exigir que as normas penais só podem alcançar fatos praticados depois do início de sua vigência, só incidindo sobre fatos anteriores se for para beneficiar o réu.

O constituinte brasileiro ao dispor expressamente a possibilidade de irretroatividade da norma penal para beneficiar o réu, na verdade determinou que a lei penal deve sempre retroagir em favor do acusado, mesmo no caso de sucessão de leis (em que deve ser aplicada dentre elas a mais benigna) ou no caso de ter transitado em julgado a condenação¹⁰³.

¹⁰² “Art. 5º. - ...XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

¹⁰³ LUISI, Luiz, op. cit. p. 29.

1.2.1.3 Da Taxatividade

O postulado da taxatividade, também corolário lógico do princípio da legalidade, determina que normas penais incriminadoras sejam claras, certas e precisas. Logo, endereçado ao legislador, impõe a este que, na elaboração de tipos penais, não se utilize de expressões ambíguas, isto é, que tenham mais de um sentido ou se prestem a mais de uma ou mesmo contraditória interpretação¹⁰⁴.

Assim, ao mesmo tempo que o princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito garante - para a segurança jurídica do cidadão - o predomínio do poder legislativo sobre os demais poderes do Estado para a formulação da lei penal, exige técnica do legislador no que se refere à clareza das normas penais, que só pode ser alcançada através do uso de uma linguagem correta e uniforme.

Sem a indispensável taxatividade da lei penal, que tem por objetivo reduzir o subjetivismo dos operadores do Direito penal, e principalmente dos juízes¹⁰⁵, de nada vale o princípio da legalidade. Mesmo que observados os postulados da anterioridade e da reserva legal, se a lei não for clara, e o mais possível certa e

¹⁰⁴ Ibid., p. 24.

¹⁰⁵ Miguel Reale Júnior pondera que “A grandeza do direito não está na sua certeza, como universalidade e previsibilidade, inalcançáveis, mas na busca incessante do justo, em uma tarefa sujeita a todas as contingências do conhecimento e dos juízos de valor, de ordem pessoal, cultural, social, pois, por mais solene que o Judiciário seja, ao se revestir de pompas e liturgias, sempre carrega a marca das fragilidades e das virtudes humanas”. REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: RT, 2004, vol. 0: p. 249.

precisa, pode propiciar diferenciadas, contraditórias e até mesmo arbitrárias formas de interpretação e aplicação. Este, aliás, é o principal fundamento do postulado em causa, pois a exigência de leis penais que comportem uma só forma de compreensão e interpretação tem o propósito de proteger a pessoa humana de eventual arbítrio do Estado-Juiz, já que a fixação precisa do ilícito penal restringe a discricionariedade do aplicador da lei.

Apesar de parecer evidente, não se pode deixar de dizer que postulado da taxatividade fundamenta-se, também, na necessidade de o próprio destinatário da lei compreender claramente seu conteúdo e alcance, a fim de que possa obedecer ao comando nela inserido, bem como experimentar a função intimidativa da norma penal incriminadora; portanto, o legislador deve traduzir de forma clara e precisa não apenas a proibição de determinado comportamento, mas principalmente os relevantes valores que pretende tutelar.

Desdobra-se ainda como postulado do princípio da legalidade a garantia de que a execução da pena deve ser procedida com base na Lei de Execuções Penais e fiel observância das normas concernentes ao cumprimento da pena estampadas na Lei Maior, especialmente no art. 5.º, XLVI que determina a individualização da pena, não apenas no que se refere à previsão e aplicação, mas especial e obrigatoriamente a individualização deve ser observada no momento da execução.

Os imperativos constitucionais estabelecidos nos incisos XLVIII¹⁰⁶, XLIX¹⁰⁷ e L¹⁰⁸ do artigo 5.º do texto constitucional vigente evidenciam que também a execução da pena está submetida ao princípio da reserva legal.

1.2.2 A NECESSIDADE

Como atributo da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, temos a *inviolabilidade* do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade etc., garantida expressamente no *caput* do artigo 5.º da Carta de 1988. Logo, só se admitem eventuais privações ou restrições dessa garantia constitucional quando estritamente necessárias.

Assim, o princípio da necessidade é imanente, isto é, apesar de não estar assegurado por regra constitucional expressa (como não se encontra explicitado nas legislações constitucionais e penais da maioria das Nações), decorre do seu vínculo com os outros princípios constitucionais, bem como da própria forma de estruturação do Estado Democrático de Direito, tratando-se de um postulado inequivocamente implícito, em que se limitou claramente os poderes públicos frente às garantias liberais do cidadão.

¹⁰⁶ “Art. 5.º. - ...XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

¹⁰⁷ “Art. 5.º. - ...XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

¹⁰⁸ “Art. 5.º - ...L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Enquanto o princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, o postulado da necessidade, ou da intervenção mínima, objetiva restringir, e até mesmo, se possível, suprimir o arbítrio do legislador no que se refere à criação de tipos penais iníquos ou à previsão de penas atentatórias à dignidade humana.

Foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que pela primeira vez enfrentou a questão dispondo em seu artigo 8.º que “A lei apenas deve estabelecer penas *estrita e evidentemente necessárias...*”, instituindo, assim, um princípio limitador e diretor do poder de criar figuras delitivas.

Por força do princípio da intervenção mínima, para a criação de novo tipo penal o legislador deve verificar se o fato que se pretende criminalizar viola valores fundamentais do homem, indispensáveis a sua realização social e ao bem comum. Nesse sentido, limitado à tutela de valores relevantíssimos, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, a ratio extrema, o último remédio, não podendo ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime.

Decorre do princípio em causa o caráter fragmentário do direito penal já que os ilícitos penais não abarcam todo o espectro de condutas ilícitas reguladas pelo Direito; constituem apenas um fragmento, um pequeno feixe de condutas que devem representar os casos de ofensas inaceitáveis àqueles bens ditos primários, indispensáveis à própria existência social.

Decorre ainda do princípio da necessidade a feição *subsidiária* do direito penal, pois só se justifica sua intervenção se e quando fracassarem outras formas de proteção do bem jurídico estabelecidas em outros ramos do direito, ou seja, só quando os outros tipos de sanções previstas no ordenamento jurídico se tiverem mostrado incapazes de tutelar determinado bem jurídico é que estará legitimada a criação e utilização da sanção penal. A necessidade da tutela penal só se apresenta quando não haja no ordenamento jurídico outro instrumento capaz de prevenir e reprimir ataques ao bem jurídico protegido com a mesma eficácia do direito penal. E já existe, para muitos casos, uma série de mecanismos disponíveis no campo extrapenal capazes de atingir esses objetivos.

O princípio da intervenção mínima reconhece que o esvaziamento da força intimidadora do direito penal decorre da criação excessiva e desregrada de tipos penais, razão pela qual propugna que a sanção penal seja destinada apenas a tutelar bens de grande relevância para o convívio social, estabelecendo pena adequada, que não pode ultrapassar o dano ou perigo causado pelo crime. Não apenas a liberdade individual, garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, é prestigiada com a utilização mínima do direito penal, mas, pela diminuição do aparato repressivo do Estado, poderão os recursos serem alocados para outros fins sociais.

Para a realização do Estado Democrático de Direito não basta a efetiva observância do cumprimento dos limites fixados na Constituição, mas estes devem ser mais estritos, e os critérios de escolha devem observar uma política

criminal ética-humanitária, que só é possível por meio da realização dos direitos humanos.

Não há dúvidas de que as criminalizações desnecessárias configuram umas das formas mais graves de atentar contra os direitos humanos, bem como de desrespeito à dignidade da pessoa humana, porque implicam na indevida privação da liberdade. Logo, um Estado fundado na dignidade da pessoa humana deve implementar uma política criminal voltada para um direito penal mínimo e garantidor de bens jurídicos, deixando a cargo do direito penal somente casos em que outros meios ou ramos do ordenamento jurídico se mostrem incapazes de tutelar relevantes bens jurídicos¹⁰⁹.

1.2.2.1 A Proporcionalidade

Como já foi dito, só se admite a privação e a restrição da *inviolabilidade* prevista no *caput* do artigo 5.º da Lei maior, quando estritamente necessárias para tutela de bens jurídicos relevantes. Mas, isto só não basta: eventual restrição à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade etc. deve ser proporcional à importância do bem protegido, à gravidade da ofensa e à intensidade de culpabilidade do agente. Não se pode cominar penas leves para fatos que ataquem bens jurídicos relevantes da mesma forma que não se deve estabelecer severas sanções para ações de pouca reprovação social.

¹⁰⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso...*, op. cit., p. 12

Também no processo penal deve-se observar o princípio da proporcionalidade, especialmente em temas de grande relevância, tais como: prisão e liberdade; produção de prova e proteção da intimidade e do sigilo. É o princípio em tela que no processo busca equilibrar as garantias individuais com a proteção da sociedade¹¹⁰.

1.2.3 A CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA

O postulado da centralidade da pessoa humana encontra seu fundamento no fato de o direito penal não poder desconhecer na tipificação e na cominação, imposição e na execução da pena que o acusado é uma pessoa humana. Tal princípio é essencial no Estado Democrático de Direito, pois tem a missão de orientar um direito penal respeitoso à dignidade do homem, que deve ser tratado como pessoa e não como simples objeto; ou seja, um direito penal em que a pessoa humana seja o fim primeiro e o fim último. Um direito penal da legalidade, da necessidade e, sobretudo, humanitário.

A liberdade, enquanto direito fundamental, deve ser assegurada pelo Estado, que só deve interferir quando necessário¹¹¹. E “*não há liberdade*”, disse Beccaria, “*toda vez que as leis permitem que em alguns eventos o homem deixe de ser pessoa e torne-se coisa*”¹¹².

¹¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 22.

¹¹¹ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso...*, op. cit., p. 13.

¹¹² BONESANA, Cesare, op. cit., p. 74.

Como tradução pragmática desse caráter humanitário do direito penal, principalmente no que se refere à cominação, aplicação e execução das penas, vamos encontrar na Lei Maior a disposição do inciso XLVII, do artigo 5.º, que proíbe as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis; do inciso XLIX que garante “aos presos o respeito à integridade física e moral”; do inciso L que assegura às presas “condições para que possam permanecer com seus filhos, durante o período da amamentação”.

Além disso, estão expressamente previstos no texto constitucional vigente os princípios da pessoalidade e da individualização da pena.

1.2.3.1 A Pessoalidade

O postulado da pessoalidade, conquista decorrente do iluminismo, passou a ser consagrado nas Constituições e nos códigos penais de todos os povos civilizados.

No Brasil o princípio da pessoalidade vem sendo consagrado nas Constituições desde a Carta 1924, até a atual Constituição, em que está expressamente previsto no art. 5.º, XLV¹¹³. Tal princípio determina que a pena só pode atingir a pessoa do condenado.

¹¹³ “Art. 5.º. - ...XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

1.2.3.2 A Individualização

O princípio da individualização da pena está expressado no inciso XLVI do artigo 5.º da Constituição quando dispõe que “*a lei regulará a individualização da pena*”, isto é, para a aplicação concreta da pena se deve considerar não só o fato e sua gravidade, mas as condições pessoais do condenado.

Sustenta-se que a individualização da pena se opera em três diferentes oportunidades: na cominação (momento em que ocorre a individualização legislativa); na aplicação (momento em que se dá a individualização judiciária); na execução (plano da individualização executória)¹¹⁴.

1.2.4 A CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade, ou da responsabilidade subjetiva, está consagrado em muitas Constituições e legislações penais¹¹⁵ contemporâneas. No Brasil o referido postulado também tem gabarito constitucional, bastando verificar o disposto no inciso XVII do artigo 5.º, da Carta de 1988: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, isto é, para que se possa condenar alguém é imperioso que seja provada e declarada a culpabilidade do autor do fato definido como crime.

¹¹⁴ LUISI, Luiz, op. cit., p. 182

¹¹⁵ A reforma do código penal de 1984, adotou o princípio da culpabilidade em toda a sua extensão. V. § 18 da Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro.

Também do inciso XLVI do artigo 5.º da Constituição Federal, que estabelece a individualização da pena, se depreende o postulado da culpabilidade, essencial para qualificação e quantificação na aplicação da pena ao réu.

O relevo constitucional do princípio em caso decorre da dignidade da pessoa humana¹¹⁶, ou seja, o homem, visto como um ser livre, é o fim primeiro e o fim último do direito, capaz de autodeterminar-se. Portanto, exige-se do agente o ataque voluntário, com plena consciência da ilicitude, ao bem jurídico tutelado pelo direito penal, razão pela qual só se admite sanção penal aos que entendem o caráter delituoso da conduta e que têm condições de determinarem-se de acordo com esse entendimento. Evidentemente, aos menores e aos doentes mentais não se pode impor punição penal.

¹¹⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso...*, op. cit., p. 15

2. A JUSTIÇA PENAL E A CRIMINALIDADE MODERNA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma aporia caracteriza o direito penal e processual do nosso tempo. De um lado, como decorrência da estrutura dos direitos e garantias individuais do Estado Democrático de Direito insculpidos na Constituição Federal de 1988, especialmente por força do princípio da intervenção mínima, impõe-se ao Estado que diante da gravidade das sanções que o direito penal reserva aos delinqüentes, este deve ser o último instrumento a ser utilizado no combate à criminalidade, ou seja, como visto anteriormente, o direito penal deve ser a *ultima ratio*. De outro lado, tendo em vista a necessidade de proteção de determinados bens e interesses coletivos fundamentais para a sobrevivência do homem e da sociedade, além de uma série de outros fatores, tais como: as concentrações humanas em grandes cidades, o desenvolvimento industrial, a revolução tecnológica dos últimos anos etc., está havendo novas e constantes criminalizações¹¹⁷.

Além disso, muitos fatos que tradicionalmente já integravam o rol dos delitos passaram a ter novas dimensões, com uma nocividade muito maior, cuja incidência já não respeita os limites territoriais, o que reclama novo tratamento, tanto no campo do direito penal com a exacerbação das penas, como no do processo penal com procedimentos mais céleres e eficientes, como ocorre com os crimes contra a propriedade intelectual, não só no Brasil, mas em todo o mundo.

¹¹⁷ LUISI, Luiz, op. cit. p. 192.

Dentro deste contexto está a criminalidade organizada, cuja atuação, que não respeita fronteiras, não pode ser alcançada pela tradicional tipificação do bando ou quadrilha (v. 3.4, *infra*).

Há, então, dois núcleos em nossa legislação: um fruto de uma Constituição Cidadã, em que estão estampados, além dos princípios de um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais de respeito à dignidade da pessoa humana; outro, resultante da realidade, atua como veículo de redução dessas mesmas garantias, em que se estabelece e procura empregar meios mais rigorosos para o enfrentamento não só da criminalidade clássica, mas também da criminalidade moderna, organizada e transnacional, que atinge o Estado, e não mais pessoas individualizadas.

É que no lugar de procurar novos caminhos, partindo-se da necessidade de assegurar os princípios fundamentais e a dignidade da pessoa humana, os Estados Democráticos da atualidade, adotando uma opção contrária, passaram a assumir medidas repressivas e nitidamente atentatórias às garantias individuais. Estas se fazem cada vez mais presentes nas legislações contemporâneas, sendo algumas veículos de graves violações da privacidade do cidadão; portanto, estão a conviver, de um lado, o Estado Democrático de Direito de respeito às liberdades, direitos e garantias individuais, e, de outro lado, o Estado policial legitimado pelo discurso de eficácia e segurança.

No Brasil essa neocriminalização vem sendo produzida em larga escala e de forma desvairada, podendo-se mencionar os seguintes exemplos: crimes

hediondos e assemelhados (Lei n.º 8.072, de 25/7/1990); Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11/9/1990); licitações e contratos administrativos (Lei n.º 8.666, de 21/6/1993); organizações criminosas (Lei 9.034, de 3/5/1995); crimes contra o meio ambiente (Lei n.º 9.605, de 12/2/1998); crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n.º 9.613, de 3/3/1998); tóxicos (Lei n.º 10.409, de 11/1/2002); Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741, de 1.º/10/2003); Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826, de 22/12/2003, entre outras.

Algumas dessas leis, de um ponto de vista dogmático, feitas pelo Parlamento de forma incompetente e irresponsável, transformam o processo penal em um negócio que se realiza entre a acusação e o acusado, em que são premiados os mais astutos, isto é, aqueles que se propõem a *colaborar* com o Estado a fim de furtarem-se da aplicação da lei penal¹¹⁸. Outras, como no Estado despótico, reincorporam a figura do juiz inquisidor, fazendo dele um autêntico agente secreto e conferindo-lhe poderes e atribuições de, por iniciativa própria, coletar a prova, como se fosse membro do Ministério Público para, ao final, julgar a mesma causa em que assim funcionou¹¹⁹. Outras, ainda, exacerbam as penas sem nenhum critério, necessidade ou proporcionalidade, como no caso da venda de cosméticos sem registro no órgão sanitário competente que pode implicar pena de 10 a 15 anos de reclusão¹²⁰.

¹¹⁸ Ver a respeito o parágrafo único do artigo 8.º da Lei 8.072, de 25/7/1990 e art. 6.º da Lei 9.034, de 3/5/1995.

¹¹⁹ Ver sobre o tema artigo 3.º e ss, da Lei 9.034, de 3/5/1995.

¹²⁰ Ver artigo 273, § 1.º-A, do Código Penal, acrescentado pela Lei 9.677/98.

Alguns desses novos *tipos* penais, como adverte Miguel Reale Júnior, apresentam ridículas conotações, como ocorre com aquele indivíduo que passa a ser um delinqüente ecológico ao pisar na begônia do jardim do vizinho por falta de atenção; do mesmo modo o será quem atrapalhar o sono de uma capivara deitada no leito de uma estrada, a fim de que esta seja simplesmente desobstruída para a passagem dos veículos¹²¹.

Mas o mais grave dessa conjuntura, que se caracteriza pela edição de uma série de leis, é que estas, a pretexto de enfrentar a clássica e a moderna criminalidade, como, por exemplo, crime organizado, meio ambiente, tráfico de entorpecentes, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, contrabando etc., acabam por invadir a esfera da intimidade do indivíduo suprimindo-lhe direitos e garantias individuais, e sua própria liberdade. Como acentua Filippo Sgubbi, “*o espaço de liberdade das pessoas se reduz progressivamente, sendo que atualmente é raro encontrar condutas que se possam dizer estranhas a área de uma sanção jurídica*”¹²².

Importante notar, neste aspecto, que essa democracia com facetas de caráter repressivo, cada vez mais presente no dia-a-dia do cidadão, encontra amparo na vontade popular. Mas *a vontade popular* é forjada sob a influência dos

¹²¹ REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 95, n.º 345, 1999, p. 126. Ver ainda arts. 29 e 49 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

¹²² SGUBBI, Filippo. *Il Reato Come Rischio Sociale*. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale. Bologna: Il Mulino, 1990, pág. 11.

órgãos de comunicação, que são os verdadeiros formadores e manipuladores da opinião pública¹²³.

Não se pode negar que os meios de comunicação, assim como os próprios órgãos públicos incumbidos de prevenir e reprimir a criminalidade, transmitem imagens distorcidas da realidade, que contribuem com a propagação sistemática da sensação de insegurança: o pânico constitui solo fértil onde germina a disposição da sociedade de subestimar os direitos constitucionalmente assegurados em favor de suposta tranqüilidade da população¹²⁴.

Dessa maneira, os meios de comunicação contribuem na difusão da idéia de que um direito penal excessivamente intervencionista, ainda que implique inúmeras arbitrariedades contra os direitos fundamentais, é a resposta adequada e eficaz para os graves problemas de segurança, capaz de devolver a almejada tranqüilidade social; assim, penas são agravadas, novos tipos são criados, princípios constitucionais são desrespeitados etc., com flagrante prejuízo da liberdade e privacidade do cidadão de bem.

¹²³ A propósito do papel da mídia, destaca José Luis Díez Ripollés: "Com efeito, a pontencialização do injuriado direito penal simbólico está diretamente relacionada a certas transformações sociais recentes que a Política Criminal não pode ignorar. Entre elas cabe mencionar o crescente papel dos meios de comunicação social em um duplo sentido: em primeiro lugar, enquanto foro no qual a partir de um princípio se desenvolve a discussão pública sobre os problemas sociais mais relevantes, sem que tal discussão chegue mediada por um prévio debate entre os especialistas, que em geral acontece de modo simultâneo. Em segundo lugar, pela configuração progressiva dos meios como um dos agentes mais significativos do controle social nas sociedades modernas, ao ter demonstrado com sobra sua capacidade para generalizar a assunção de pontos de vista e de atitudes". DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. O Direito Penal Simbólico e os Efeitos da Pena. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: RT, 2004, vol. 0, p. 25.

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 39.

Interessante salientar, nesse particular, que a tendência expansiva do direito penal decorre do desenvolvimento da sociedade moderna, cujo dinamismo e complexidade dos fatos sociais fizeram surgir vários problemas que exigem do legislador permanente atualização das normas penais. Do intérprete, por outro lado, constante revisão e atualização do âmbito de proteção das referidas regras. Isso não tem nada que ver com as tendências que, na década de 70 – e seguintes –, amparavam o movimento que se iniciou nos Estados Unidos denominado *law and order*¹²⁵.

O movimento *lei e ordem*, cujas propostas visavam conter os fenômenos de delinqüência de massa, da criminalidade das ruas, violenta e patrimonial, reclamava uma reação legal, judicial e policial mais contundente e efetiva. Nesse particular, Silva Sanches salienta que o movimento em questão representa o último exemplo da concepção convencional de direito penal como meio de redução das liberdades individuais, a cuja intensificação se opõem frontalmente não apenas os movimentos de direitos civis e políticos, mas também as classes ditas “emergentes”, que particularmente sofrem os efeitos das referidas restrições de direitos individuais¹²⁶. Nem as premissas ideológicas, nem os reclamos do movimento de *lei e de ordem* desapareceram, pelo contrário, podemos verificar que se amoldaram perfeitamente nessa nova realidade da expansão do direito penal.

¹²⁵ O movimento de lei e ordem sustenta uma “*punitivismo*”, ou seja, uma maior intensidade na reação contra o crime e o criminoso, o que não significa obrigatoriamente expansão do direito penal como instrumento de proteção do cidadão nos moldes do que se verifica atualmente.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 24.

Na verdade, com o grande e descontrolado aumento da criminalidade em nosso país, o legislador, por meio de uma perspectiva intervencionista, procurou tranquilizar a sociedade criando a falsa ilusão de que a resolução dos graves problemas sociais depende do agravamento das sanções penais, da criação de novos tipos penais, bem como com a redução das possibilidades da progressão na execução da pena¹²⁷.

Muitos contribuem na difusão da idéia de que a solução dos problemas sociais passa necessariamente pelo Direito Penal, além da imprensa, temos os demais meios de comunicação, tais como: seriados, novelas, filmes (cinematográficos ou televisivos) que têm, nos dramas do dia-a-dia e na criminalidade, um grande negócio¹²⁸.

Mas a propagação do conceito do endurecimento da lei penal como resposta apropriada para a segurança da coletividade, não só favorece a falsa ilusão da resolução dos problemas sociais, como acaba por desvirtuar todo o sistema constitucional vigente. Não há harmonia nem com os direitos e garantias assegurados pelo Estado Democrático de Direito (que se funda na dignidade da pessoa humana), nem com a moderna dogmática penal.

¹²⁷ Sobre o direito penal simbólico, José Luis Díez Ripollés destaca: "A crítica de que o legislador se utiliza ilegitimamente do direito penal para produzir efeitos simbólicos na sociedade tornou-se um argumento freqüente no debate político-criminal. Seu emprego serve para desqualificar tangente determinadas decisões legislativas, geralmente criminalizadoras, que não apenas carecem dos fundamentos materiais justificadores de sua adoção, mas também realizam um uso excessivo do direito penal para fins que não lhe são próprios." DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 24.

¹²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual. Interesses Difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 170.

Essa legislação simbólica, elaborada por um legislador inquieto, que a pretexto de resolver o problema rapidamente muitas vezes é levado à arbitrariedade contra as liberdades do cidadão, tem por objetivo apenas e tão somente a satisfação de necessidades de psicologia social, mas, até o momento, em que pese a ampla participação dos meios de comunicação responsáveis pela divulgação dessas idéias, não alcançou tais objetivos, que são pautados unicamente no caráter intimidativo da pena.

Como se sabe o Estado não tem condições de fiscalizar e reprimir todos os comportamentos que a lei penal define como crime e que, portanto, estão sujeitos à sanção penal. Daí decorre que a atuação estatal se dá não por meio de uma repressão generalizada, isto é, através da imediata e indiscriminada punição de todos os comportamentos ilícitos, mas por meio daqueles atos repressivos dotados de maior repercussão social. É o que Filippo Sggubi conceitua de "*lógica das vedetes*", por meio da qual a atuação simbólica do direito penal pode ser melhor explicada. O raciocínio é o seguinte, explica o autor: se os órgãos da administração e o direito penal não têm condições de alcançar a todos os comportamentos ilícitos, não resta outra alternativa senão atuar por meio de uma exemplaridade e repressão simbólica, ou seja, contra sujeitos de elevada representatividade social, a fim de que a eficácia intimidativa da sanção penal seja alcançada por meio de um procedimento estigmatizante dirigido contra os indivíduos de maior evidência na sociedade. Dessa maneira, e com a decisiva participação dos meios de comunicação de massa, é possível, além satisfazer a necessidade de penalização exigida pela opinião pública, impressionar o cidadão médio, inculcando-lhe a idéia de que, se alguém de prestígio e representatividade

social pode ser alcançado pelo Estado e punido por um crime, qualquer ato delituoso por ele praticado certamente também o será¹²⁹. Ledo engano.

Conclui-se, portanto, que essa política criminal, sob o pretexto de combate à criminalidade moderna, transnacional e organizada, voltada a uma investigação oculta (escutas telefônicas, violação do sigilo fiscal e bancário, agente infiltrado etc.), com abuso das prisões para averiguações e cautelares, inclusive para os delitos comuns, vem se transformando no maior instrumento de ataque aos direitos fundamentais.

Os meios de comunicação, por sua vez, ao propalar essa idéia, acabam, de certa forma, convertendo-se em instrumentos de difusão do medo generalizado da criminalidade, razão pela qual são, em certa medida, responsáveis por essa involução do nosso sistema punitivo que se revela na reedição, com colorido de legalidade e constitucionalidade, dos velhos métodos inquisitivos.

A fonte da legitimação deste modelo ultrapassado, cuja adoção implica na modificação dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito que disciplinam a função penal, outra coisa não é que senão a necessidade de combater a criminalidade violenta e organizada, além da proteção dos bens supraindividuais, indispensáveis à sobrevivência do homem.

¹²⁹ SGUBBI, Filippo, op. cit., p. 77.

Mas as críticas ao legislador não podem afastar a responsabilidade de parte do Poder Judiciário – ainda que constituída por pequena parcela de seus membros - que diante dessa legislação degradada alargam em demasia o poder jurisdicional¹³⁰, legitimando abusos e arbítrios que se caracterizam pela intervenção no âmbito da liberdade e dos direitos individuais do cidadão, justificada tão-só pelo pretexto de combater a violência e a criminalidade organizada presentes no Estado atual e que comprometem a segurança da comunidade¹³¹.

Diante dessa evidente crise de legitimação do sistema penal nacional, é imperativo, como medida de prevenção, a revisão desse direito penal simbólico para, a partir do texto constitucional, implantar uma política criminal que tenha por objetivo construir um modelo punitivo autorizado pelo Estado Democrático de Direito.

¹³⁰ Miguel Reale Júnior elucida a questão: “Com o crescimento da criminalidade violenta, em especial os crimes de roubo, roubo à mão armada e latrocínio, medidas legislativas foram adotadas, seja com a possibilidade de aumento da pena em até o triplo, na hipótese de continuação delituosa nos delitos praticados mediante violência grave ameaça, bem como com a edição da lei dos crimes hediondos. De outra parte, a jurisprudência revestiu-se de extremo rigor, de que se pode dar exemplo na adoção da analogia ao assemelhar a arma de brinquedo com arma na caracterização do roubo à mão armada; com a exigência da prova de unidade de desígnio para reconhecimento da continuidade delituosa, prova impossível, o que torna inaplicável o benefício do crime continuado... e outro (acórdão), sobre latrocínio, do STJ, que admite a configuração deste crime mesmo quando a morte da vítima ou até mesmo do comparsa decorre de ação culposa, acidente automobilístico na fuga da polícia.” REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit.. p. 243.

¹³¹ Alberto da Silva Franco leciona que: “No Estado de Direito, Juiz Penal não é policial de trânsito, não é vigia de esquina, não é zelador do patrimônio alheio, não é guarda do sossego da cada um. Não é sentinela do Estado. Ela não tem o encargo de bloquear a maré montante da violência ou de refrear a criminalidade, a criminalidade agressiva e ousada. O Estado verdadeiramente democrático reservou para tais fins outros órgãos da sua estrutura organizacional. A missão do juiz criminal é exercer a função criativa nas balizas da norma incriminadora. É infundir em relação a determinadas normas punitivas o sopro do social. É zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão. É garantir a ampla e efetiva defesa, o contraditório, e a isonomia de oportunidades favorecendo o concreto exercício da função da defesa. É invalidar as provas obtidas com a violação da autonomia ética da pessoa. É livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo seu contato para as ciências humanas e sociais”. E, prossegue: É compatibilizar o Estado de Direito com o Estado Social que lhe é subjacente. É em resumo, ser o

Importante que coloquemos em prática a tarefa de conciliar os núcleos de regras a que já nos referimos: um representado pelos princípios de um Estado Democrático de Direito; outro, resultante da realidade, que emprega meios mais rigorosos no combate à criminalidade clássica e moderna; ou seja, de um lado, temos de observar os tradicionais princípios do Estado de Direito que remonta ao pensamento da Ilustração, e de outro, as exigências que decorrem da própria realidade, isto é, além do enfrentamento da criminalidade moderna e organizada, a necessidade de proteção de vários bens e interesses coletivos indispensáveis para a sobrevivência humana, através de novas criminalizações e da busca de eficácia do sistema punitivo brasileiro.

A dificuldade dessa harmonização decorre do fato de que os dois núcleos de regras em questão têm natureza totalmente diferentes. Enquanto o núcleo de regras liberais exige um quadro jurídico de rigor constitucional e legal, o núcleo de regras sociais busca superar os desafios da violência, da fome, do desemprego, da proteção dos interesses coletivos, difusos, sob a perspectiva de um mundo globalizado.

Não resta dúvidas de que a Carta Política de 1988 traça o projeto do Estado Democrático de Direito pretendido, que tem por objetivo a transformação da sociedade brasileira, exigindo, para tanto, dentro do modelo de Estado de Direito, concebido como um Estado mínimo, com total submissão à soberania popular e aos direitos fundamentais, a realização das aspirações sociais através da democracia econômica, social e cultural. Na busca desta conjugação, em

garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo". FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90. 2.^a ed., São Paulo: RT, 1994, p. 15.

medida crescente, a segurança e a paz social se convertem numa pretensão social à qual se supõe que o Estado, em especial as ciências criminais, devem oferecer uma resposta adequada.

O texto da Constituição Federal parece evidenciar essa antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de novas criminalizações numa sociedade cada vez mais complexa, mas as atribuições conferidas ao Estado ensejam não só a expansão do direito penal, mas também sua modificação estrutural. Na verdade, o Estado, tendo em vista o modelo instituído pela Carta de 1988, é um instrumento de realização política, segundo um sistema de valores, com base nos quais a atividade legislativa e judicial, pela pressão popular, são forçadas a concretizar os princípios e programas contidos no texto constitucional.

Diante desse quadro, cumpre-nos questionar como devem ser o direito penal e processual penal inseridos dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito, em que os direitos e garantias individuais sejam assegurados, mas também as pretensões de segurança e paz social sejam satisfeitas, como uma necessidade para a realização da dignidade e cidadania dos cidadãos?

O projeto político proposto pela Constituição Federal está fundado na dignidade da pessoa humana, sendo que esta deve funcionar como paradigma de justiça política que se pretende. O Estado moderno (Democrático de Direito), além da divisão e independência de poderes, estruturada em um sistema de freios e contrapesos, deve assegurar as condições necessárias para que o *bem comum*

se realize com plenitude na sociedade, garantindo a dignidade de cada um de seus membros. Mas, nem sempre os que detêm o poder desenvolvem seus esforços nesse sentido, pelo contrário, sem conseguir estar imunes às suas paixões, no exercício de suas atribuições e competências acabam atendendo – abusivamente-, não raro, a seus próprios interesses.

O mesmo ocorre com a atuação dos titulares dos poderes no que se refere à atuação estatal penal. Apesar de receberem por delegação popular os seus poderes, a partir de processos democráticos de representação, não têm os detentores do poder adotado estratégias de interesse público, que visem garantir a dignidade humana.

Deve haver uma nova concepção de democracia, que se caracteriza não apenas pela liberdade da pessoa humana das formas de opressão, e que se limite ao reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente pela vigência de condições para a realização das aspirações sociais através da democracia econômica, social e cultural, razão pela qual todo o ordenamento jurídico, entendido como ferramenta, deve estar voltado à sua realização.

Algumas partes do ordenamento deverão contribuir mais, e outras terão menor participação. Como no caso do direito penal, pois diante das graves sanções que impõe deve ser a parte do ordenamento que menos deve ser utilizada para tal finalidade. É evidente que o incremento das normas penais implica – necessariamente - na diminuição dos direitos individuais que, sem

sombra de dúvida, representam a base do modelo de Estado constituído pela Lei Maior.

Logo, a atuação do sistema penal deve ser repensada, levando-se em consideração o modelo de sociedade, cujas regras foram estabelecidas pela Carta de 1988. Diante do novo pacto, que estabeleceu um novo modelo de sociedade, fundado na dignidade da pessoa humana, e em que se delimitou a atuação e abstenções dos poderes públicos em face das liberdades individuais dos cidadãos, bem como os deveres de atuação do Estado a fim de satisfazer os direitos sociais, econômicos e culturais de sua comunidade, o discurso jurídico-penal deve ser revisto. É chegado o momento de observar, efetivamente, as regras do jogo estipuladas para o Estado Democrático de Direito.

A partir desse momento histórico, exige-se, urgentemente, que nossos governantes se dêem conta da expansão dos direitos dos cidadãos e, correlativamente, dos deveres do Estado, o que significa, em outros termos, a maximização da liberdade e expectativas e a minimização dos poderes¹³².

Recorrendo-se ainda a Luigi Ferrajoli, as garantias (liberais ou sociais) estampadas na Constituição Federal, além dos direitos fundamentais do cidadão em face dos poderes do Estado, refletem os interesses dos mais fracos respectivamente aos dos fortes, a tutelas dos marginalizados, ou discrepantes, em relação aos integrados, as razões de baixo relativamente às razões do alto¹³³.

¹³² FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 694.

¹³³ Ibid., p. 692.

Neste sentido, para o mestre da Universidade de Camerino, não existe diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais: também os direitos sociais, sempre mais evidenciados nos países ricos, em que a miséria tende a se converter numa condição minoritária, são direitos individuais virtualmente contrapostos à vontade e aos interesses das maiorias.

Como conseqüência dessas exigências, começa a se desenhar a proposta de um ordenamento jurídico que represente um *Estado liberal mínimo* e ao mesmo um *Estado social máximo*, que implica Estado (e direito) mínimo no campo do direito penal, tendo em vista o rol de restrições constitucionais impostas à sua atividade repressiva; Estado (e direito) máximo no campo social, econômico e cultural, diante da maximização das expectativas materiais da população.

Com essa proposta, será possível resgatar uma concepção de Estado Democrático de Direito, com relação a certos conteúdos inspirados em ideais característicos da democracia, em especial: a igualdade, não só jurídica, mas também social e econômica, que se encontra pactuada em nossa Lei Maior, principalmente no que se refere ao campo penal, não apenas com a realização dos direitos fundamentais daqueles que se encontram envolvidos com o sistema penal pela prática de ações delituosas, mas principalmente do restante da população, verdadeira vítima das ações tidas como criminosas. A criminalidade e violência que afligem nossa sociedade somente serão reduzidas para níveis toleráveis com a implementação material de um Estado Democrático de Direito, que até hoje passa de solene declaração de intenção. Deve ser ultrapassada sua consideração dentro de um plano ideal, de esperanças ou postulados genéricos

intangíveis ou irrealizáveis, para concretizar os princípios liberais e sociais, cuja realização não depende exclusivamente da observância do princípio da maioria nos processos decisórios¹³⁴. Exige-se, para concretização do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, o estrito cumprimento da Constituição não apenas pela população, mas, principalmente, pelos poderes públicos, encarregados de sua proteção. Dessa maneira, estar-se-á realizando, no plano concreto, as pretensões dos cidadãos, destinatários dos direitos fundamentais, quer em relação aos demais cidadãos, quer em face dos poderes públicos.

É preciso, ao compatibilizar os princípios liberais e sociais, impedir que as funções sociais do Estado se transformem em excessiva intensificação do ordenamento jurídico penal e conseqüente restrição das liberdades individuais, ou seja, não se pode permitir que por meio de um direito penal exacerbado, ainda que voltado para a realização das legítimas aspirações da comunidade, as funções sociais do Estado se transformem em atos de dominação. Logo, deve-se reconhecer na proposta constitucional uma espécie de repúdio à excessiva intervenção na vida do cidadão, pois que caracteriza uma utilização desvirtuada da função social como instrumento de poder, desnaturando o Estado Democrático de Direito, que com isso perde seu contorno e base constitucionais.

¹³⁴ Sobre o tema Otfried Hoffe salienta que “*Os procedimentos democráticos de decisão dão determinados por regra de maioria, mas decisões de maioria são, quando muito, vantajosas, para a maioria e, de modo algum, para todos. Mas a maioria pode impor seus interesses à minoria, de modo que a democracia pode se tornar uma variante do ‘direito do mais forte’*”. HÖFFE, Otfried. *Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 414.

Mas, por outro lado, não se pode admitir uma interpretação individualista da Constituição. Assim, ela não deve ser submetida àquela interpretação liberal-individualista, pois estaríamos, dessa forma, impedindo a realização do Estado no campo social, econômico e cultural, que representa legítima aspiração da sociedade contemporânea. Portanto, o momento atual vivido pela experiência constitucional requer a superação das dificuldades de fazer a composição das garantias liberais e sociais sem desfigurar a proposta de um Estado Democrático de Direito.

As garantias individuais representam meio eficaz de proteção do cidadão em face de eventuais abusos e arbitrariedades dos poderes públicos. Mas, isso não significa que os princípios liberais sejam ilimitados. Para a realização dos direitos sociais contemplados na Magna Carta de 1988, tais como: direito à subsistência, ao trabalho, à alimentação, à saúde, à instrução, à habitação, à informação, à segurança etc., o Estado pode impor restrições aos indivíduos. O importante é que se estabeleça um equilíbrio entre essa aparente contradição.

A participação no processo decisório para traçar os caminhos que deverão ser trilhados pela sociedade é um privilégio de poucos, estes normalmente componentes das classes economicamente mais altas. A participação do grande contingente da população fica limitada ao processo de eleição de seus representantes, que formarão a vontade do Estado, sem que haja no um veículo de comunicação eficiente entre os eleitores e seus representantes. Diante disso, as necessidades de psicologia social são satisfeitas pelos meios de comunicação de massa, responsáveis pela formação e condução da denominada opinião pública.

Logo, podemos concluir que a regulação jurídica das relações sociais, responsável pela situação existencial dos cidadãos, é feita por uns poucos que, por manobras variadas, dominam os foros de discussão e decisão destas matérias, razão pela qual os indivíduos ainda não exercem plenamente sua cidadania com o objetivo de atingir uma qualidade de vida mínima, seja com relação a não implementação dos direitos sociais, seja desrespeitando as liberdades individuais.

Esse quadro evidencia a necessidade de garantias constitucionais contra intervenções abusivas e arbitrárias do Estado na vida privada do indivíduo; mas, por outro lado, a ameaça à liberdade já não pode ser vista sob o aspecto estritamente individual. Negar direitos sociais mínimos, constitucionalmente assegurados, representa constrangimento tão ou mais perigoso que eventual ataque à liberdade individual, que deve ser garantida dentro de uma concepção comunitária, em que a vinculação do indivíduo com o grupo prevaleça, já que existe uma relação de dependência recíproca.

Os direitos sociais exigem uma forçosa limitação das liberdades individuais, mas que, ao mesmo tempo, garanta espaço suficiente para a liberdade de cada um dos integrantes do grupo. Trata-se de uma compensação de interesses, que jamais poderá significar sobreposição dos direitos sociais aos individuais, pois, como já foi dito, não se pode permitir que as funções sociais do Estado se transformem em instrumento de dominação.

A concretização desse ideal é tarefa do Estado, e cabe ao direito conciliar, pôr em harmonia esses interesses antagônicos. Mas, afinal, como deve dar-se esta harmonização, e quais os instrumentos normativos de que o Estado deve se socorrer para implementar as limitações das liberdades individuais?

Mais uma vez é preciso esclarecer que, em sendo o direito penal, pela graves sanções que estabelece, o mais drástico instrumento de regulação social de que dispõe o Estado, principalmente por restringir, através da aplicação das penas privativas de liberdade, o direito individual de ir e vir, deve ser ele utilizado o menos possível. Logo, para solução dos conflitos e harmonização dos direitos individuais e sociais, deve-se priorizar todos os demais meios previstos no ordenamento jurídico, isto é, o direito penal só deve ser utilizado quando já não houver outra alternativa: é a atuação do princípio da *última ratio* que está ligado à função social do direito penal¹³⁵.

Antes de recorrer ao direito penal, todas as opções não-penais devem ser esgotadas; mas, isto não significa que o direito penal possa ser implementado da maneira que vem sendo feita, ou seja, paralelamente a outros instrumentos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como ocorre nos crimes econômicos e tributários.

Cumprido salientar, também, que a realização dos direitos sociais depende muito mais dos recursos que são destinados à sua implementação, do que da limitação dos direitos individuais. Assim, eventual restrição das liberdades, como

¹³⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso...*, op. cit., p. 8.

decorrência dos direitos sociais e econômicos, deve ocorrer, preferencialmente, em relação à propriedade, arrecadação de tributos, acumulação de riquezas, ou seja, de maneira a garantir as mínimas condições de subsistência, alimentação, saúde, instrução, habitação, informação etc., constitucionalmente a todos asseguradas. Para tal fim, vários são os mecanismos extrapenais capazes de garantir o que estes direitos sejam concretizados. Desnecessário afirmar que, no caso de o Estado não alcançar seus objetivos no campo não-penal, estará legitimado para, como *ultima ratio*, buscar a solução do conflito no direito penal.

Mas, quando novos problemas e desafios alcançam grande destaque nos meios de comunicação, assistimos, com frequência em nosso país, a uma imediata mobilização de nossos parlamentares e conseqüente produção de novas normas, que objetivam muito mais dar uma satisfação, uma resposta à chamada *opinião pública*, do que proporcionar o *bem comum*, verdadeiro objetivo da Justiça e do Direito, pois o Direito, na verdade, é um meio para a realização dos fins sociais da vida.

Não há dúvidas de que no processo de formação da ordem jurídica as correntes de opinião políticas, econômicas etc., as aspirações da coletividade, os estados de alma, - enfim, todas as forças sociais que se movimentam no interior do agrupamento - devem ser consideradas; contudo, estes não são os únicos elementos com que deve trabalhar o legislador.

Legislar é eleger, é dar preferência; portanto, o legislador deve avaliar os dados das realidades físicas, biológicas, psicológicas e psicossociológicas, para

incluir-los numa escala de valores, considerando determinada visão do Direito e do mundo. O Direito é muito mais do que simples resposta aos fenômenos sociais; não nasce alheio a toda e qualquer idéia ou princípio de valor.

A realidade do Direito está impregnada de valores cujo conteúdo é a Justiça, da mesma maneira que o conteúdo das normas éticas são o bem e a moral, razão pela qual não se pode compreender o Direito e diferenciá-lo das demais normas, sem condicioná-lo ao valor Justiça. O Direito está necessariamente condicionado ao valor Justiça.

Direito injusto não pode ser considerado Direito. A simples forma jurídica, decorrente da vontade popular, elaborada segundo a técnica jurídica, pode ser considerada convenção humana, mas jamais será Direito se não tiver conteúdo justo.

Só por meio da análise e inclusão dos fenômenos sociais numa escala de valores é que o legislador poderá verificar que a criminalidade e violência generalizadas que assolam nosso país, na verdade, têm como fundamentos a violência social, a agressividade competitiva do mundo moderno, o desprezo pelo próximo, o desamor, nessa sociedade que não se relaciona, não se interpenetra e que se vê reciprocamente com ódio.

É por esta razão que a turba, essa massa humana em desordem, movida por sentimentos de paga, de vingança, de desforra, não deve ser conselheira do legislador. É preciso também respeitar os denominados direitos naturais do ser

humano, inalienáveis e imprescritíveis. Há, sem nenhuma dúvida, normas jurídicas que nascem da própria natureza humana, e portanto estão situadas acima das leis dos homens.

Todo cidadão é testemunha de que a dureza, o agravamento das penas e a severidade na repressão propostas por leis como a *dos crimes hediondos* não fizeram com que os índices destas infrações diminuíssem; pelo contrário, de lá para cá, a criminalidade tomou conta de nossa sociedade.

Não será criando novos crimes, elevando as penas, suprimindo os direitos do réu, tornando a execução da pena mais rígida, que poderemos reduzir a criminalidade. Esta se reduz com a certeza da punição, por meio de um processo eficiente e célere.

O homem sempre praticou crimes e continuará cometendo delitos: faz parte da natureza humana, razão pela qual o crime é encontrado desde a camada mais carente da população, até a mais abastada. Assim, o crime é uma realidade com a qual sempre teremos de conviver. Aflige todos os países, ricos ou pobres, todos os recantos do planeta.

É indispensável, de fato, que haja repressão e punição das condutas nocivas à sociedade, mas o Direito, sobretudo, tem o papel maior de consolidar as conquistas do homem, razão pela qual não se pode admitir - a pretexto de restabelecer a paz e a tranquilidade social - o uso da lei penal para simples aplicação de sentimentos de paga, vingança, ou desforra.

É chegada a ora de enfrentar o problema da criminalidade com seriedade e respeito à população. A principal questão que merece ser debatida é a falta de política social, o desprezo pelo cidadão.

Prevenção, que se faz através de uma melhor distribuição da renda, proporcionando condições necessárias para que o *bem comum* se realize com maior plenitude na sociedade e assegurando que cada um de seus membros possa realizar seus próprios fins, é a verdadeira forma de combate à violência que precisa ser imediatamente implementada.

Além disso, diante da evidente falência dos órgãos encarregados da segurança pública, é preciso adotar, sem demora, políticas de valorização dos policiais – inclusive com revisão dos parcos salários-, aprimoramento e reaparelhamento das polícias¹³⁶ (especialmente das polícias científicas) e firme combate à corrupção que – infelizmente – aflige o setor.

Ao longo dos últimos anos, os principais órgãos responsáveis pela segurança pública, em razão de terem sido o braço direito da ditadura militar, foram relegados da Administração, tratados com absoluto desprezo,

¹³⁶ Segundo escreveu José Frederico Marques, “*Para atender aos reclamos da repressão criminal, e enfrentar dificuldades dessa espécie, deve a Justiça Penal ficar devidamente aparelhada, outorgando-se-lhe, funções que capacitem seus órgãos a exercer atuação profícua nas investigações e procedimentos preliminares, que antecedem à instauração do processo. Mas, não só tais atos de investigação e persecutórios não podem cair nos excessos do inquisitorialismo e tampouco postergar direitos fundamentais da pessoa humana, como também cumpre, ao depois, submeter a triagem rigorosa, no curso do processo, os resultados e elementos colhidos na fase preparatória. Onde deve-se organizar a Justiça Criminal, conferindo-se ao Estado poderes suficientes para investigar e apurar a prática de atos delituosos, e, simultaneamente, proteger e assegurar ao máximo, os direitos e o status libertatis do indivíduo.* MARQUES, José Frederico, *Tratado...*, op. cit., p. 87.

desrespeitados e desmoralizados perante toda a sociedade; em consequência, a violência generalizada e o crime organizado, aproveitando-se do abandono e desorganização do setor, tomaram conta de nossa comunidade; os meios de comunicação diariamente divulgam a falência da segurança pública; altos índices de criminalidade já não são privilégio das grandes metrópoles.

É importante que os membros do Congresso saibam que a população – verdadeira vítima da violência - já se deu conta de que o endurecimento da legislação penal como meio de garantir a ordem pública não passa de uma grande ilusão, pois que, na prática, sempre se mostrou ineficaz.

Sem o efetivo comprometimento de todos os setores da sociedade, inclusive dos membros da própria comunidade, de nada adianta agravar o rigor das normas, já que a impunidade reinante no Brasil não decorre da brandura das regras, mas da completa inaptidão do Estado para a aplicação da lei penal vigente, ou seja, absoluta incapacidade para identificar e punir eficazmente os infratores.

2.1 POLÍTICA CRIMINAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Dentro deste contexto encontram-se os delitos contra a propriedade imaterial, que diante do clamor da opinião pública, movida pelos meios de comunicação de massa, exigem uma resposta eficiente por parte do Estado para combater as organizações criminosas que atuam nessa área, e pôr fim à

desordem do setor, já que o potencial de dano à ordem econômica e social é a cada dia mais evidente¹³⁷.

Existe uma importante preocupação social com relação aos direitos de propriedade intelectual – considerados em sentido amplo, abarcando portanto os direitos sobre a propriedade industrial - que se manifesta em inúmeras notícias veiculadas pelos meios de comunicação. Quase que diariamente podemos encontrar na mídia notícias relacionadas com a lesão desses direitos, tais como a a pirataria de CDs de música, filmes, jogos eletrônicos, programas de computador, falsificação de marcas, em relógios, perfumes, roupas etc¹³⁸.

Além disso, há intenso debate social (e até mesmo doutrinário) de que se ocupam os meios de comunicação, no que diz respeito ao alcance, extensão e limitação dos direitos de propriedade intelectual.

Discute-se, de um lado, os elevados preços das cópias das obras artísticas, dos produtos de marca etc; a possibilidade de se obter, gratuitamente, muitas músicas, filmes e livros através da *Internet*; o direito das pessoas de ter livre acesso a esses bens. Por outro lado, fala-se do prejuízo dos consumidores no que se refere à qualidade, quantidade e procedência, devido a possíveis vícios

¹³⁷ Nesse sentido, José Luis Díez Ripollés: “...a opinião pública, movida pelos meios de comunicação social, submete os Poderes Públicos a uma pressão contínua para que se empreendam as reformas legislativas que permitam o direito; e para o direito penal em particular, refletir os consensos, compromissos ou estados de espírito produzidos nesses debates públicos sobre os problemas sociais relevantes. Em troca, os poderes públicos, conhecedores dos significativos efeitos socializadores, e principalmente sociopolíticos, que a admissão de tais demandas toleram, não só se mostram inclinados a atendê-las mas, com frequência, as fomentam”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., p. 26.

dos produtos; da atuação das “máfias”, com ramificação no estrangeiro e sua implicação com crimes mais graves, que introduzem no país grande quantidade de produtos obtidos com violação de direitos de propriedade intelectual; da questão social e dos altos índices de desemprego a favorecer a proliferação dos crimes contra a propriedade industrial, mas que, ao mesmo tempo, significa o meio de subsistência de boa parte da população mais pobre.

É muito fácil para todos compreender que os delitos contra a propriedade imaterial, como os outros ramos do crime organizado, estão direta e intimamente relacionados com os graves crimes de sonegação fiscal, corrupção, contrabando, descaminho, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, entre outros.

Além de suprimir os impostos que devem ser revertidos ao bem-estar da população brasileira, a violação do direito de propriedade imaterial acarreta prejuízos ao consumidor, bem como reduz, significativamente, a oferta de empregos na economia formal.

O mercado formal, em razão de grandes investimentos, respeito ao consumidor e uma boa dose de dedicação de todos os participantes de seu processo de desenvolvimento, garante a qualidade dos produtos. Além disso, têm por trás empresas regularmente constituídas que pagam impostos, geram empregos e contribuem para o desenvolvimento do País.

¹³⁸ VIEIRA MORANTE, Francisco J. *Delitos contra la propiedad intelectual e industrial*. In.: Cándido Conde-Pumpido Tourón (Dir.). *Derecho penal económico: Consejo General del Poder Judicial*, II-2003, p. 171.

Assim, no custo dos produtos originais estão embutidos, entre outros, os seguintes itens: alta qualidade da matéria prima utilizada, mão-de-obra especializada, garantia, tributos em geral, direitos autorais, investimento em propaganda e divulgação da marca etc. Qual desses itens pode ser encontrado no custo de artigos obtidos com violação da propriedade imaterial?

A concorrência que o mercado informal faz com as empresas regulares é desleal e aviltante: inexistem custos de pesquisa e desenvolvimento de produtos, de produção, de encargos sobre os salários, de tributos, de garantia etc.; logo, o baixíssimo custo de produção, diante da péssima qualidade do que se oferece ao público consumidor, o mercado informal tem, praticamente, todo o preço de sua mercadoria constituído em lucro.

Deste modo, na esteira do que vem ocorrendo com o direito penal como um todo, está sendo alardeada a necessidade de agravamento das penas privativas de liberdade cominadas para os delitos relacionados com a falsificação e adulteração de produtos, como forma de instituir um sistema de prevenção e de repressão aos delitos dessa natureza.

Ante a este quadro que se nos apresenta, e diante do forte incremento desse tipo de criminalidade, não resta dúvida de que a legislação brasileira é inadequada; todavia, não se pode perder de vista, na prevenção e na repressão desse tipo de criminalidade, que a maior parte desses delitos é praticada por indivíduos integrantes das classes economicamente menos favorecidas da população, que, diante dos altos índices de desemprego que assolam nosso país,

encontram no mercado informal e no comércio de produtos obtidos com violação da propriedade imaterial o único meio de alcançar o sustento da família.

Nos crimes contra a propriedade industrial, como no resto do direito penal, o grande problema que surge na elaboração de um novo e necessário diploma legal para um efetivo enfrentamento dos delitos contra a propriedade imaterial é seu ajustamento, de um lado, aos princípios constitucionais (liberais e sociais) do Estado Democrático de Direito, e de outro lado, com as exigências de uma disciplina normativa capaz de efetivar a prevenção e a repressão deste tipo de delinqüência.

O principal objetivo deve ser o combate a esse tipo de criminalidade, sem descuidar do respeito à dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais, especialmente o da intervenção mínima, ou seja, não devemos – como se tem feito sistematicamente – recorrer a um direito penal e processual penal de emergência, com sacrificio das garantias individuais.

O momento atual, além de passar por uma tendência de criminalização de condutas, propõe o agravamento das penas como resposta à população pelos índices de criminalidade. Mas esse direito penal simbólico, como já foi dito, além de ser prontamente percebido pela sociedade, não é a solução para os problemas decorrentes das violações dos direitos de propriedade imaterial.

Além disso, devemos aqui esclarecer - para efeito de tratamento penal – que não se pode estabelecer paralelo entre o comércio informal de produtos obtidos com

violação de direitos da propriedade imaterial (tolerado por parte da população que identifica nessa prática a oportunidade de satisfação de suas necessidades de consumo), com o comércio de outros produtos proibidos, tais como: entorpecentes, armas etc., numa clara alusão à noção econômica dos bens de Veblen¹³⁹.

Logo, entendemos ser possível conciliar a proteção da propriedade imaterial com um direito penal mínimo, que respeite as liberdades individuais, e com os demais postulados constitucionais em que se expressam as garantias dos cidadãos, mas que, ao mesmo tempo, represente um enfrentamento real, e não meramente simbólico deste tipo de delinquência.

O problema não está no aprimoramento da legislação penal para efetiva prevenção e repressão dessa modalidade de criminalidade, mas especificamente no simples agravamento das penas privativas de liberdade, como resposta à realidade atual. É este último que deve ser evitado.

O processo penal tem importante papel no enfrentamento dos crimes contra a propriedade imaterial, conferindo celeridade e eficiência na aplicação do direito material, mas sem torná-lo, por si mesmo, uma sanção penal atípica e, portanto, mais odiosa que as próprias penas tradicionais¹⁴⁰.

¹³⁹ Observe-se que os bens de Veblen, da mesma forma que os bens de Giffen mostram-se como exceção à lei de procura, tendo curvas de demanda com inclinação verdadeiramente positiva. Sua diferença, contudo, é conceitual. Enquanto os chamados bens de Giffen são bens de pequeno valor mas de grande importância no orçamento dos consumidores de baixa renda, os bens de Veblen mostram-se como aqueles bens de consumo ostentatório, os quais, inobstante seu valor, sempre são buscados e desejados. Interessante constatar que, no que toca à pirataria, muitas vezes se percebe a busca dos bens de Veblen, ou almenos um simulacro destes para satisfação dos desejos pessoais de consumo e do meio social.

¹⁴⁰ Conforme adverte Luigi Ferrajoli, *“A todas essas várias formas e mecanismos de diferenciação interna da pena e de multiplicação das sanções penais atípicas não retribuidoras deve-se, por fim, somar o desenvolvimento inflacional do processo penal, que na sociedade moderna de*

3. DELIMITAÇÃO DO TEMA PROPOSTO

Até aqui o presente trabalho foi desenvolvido dentro de um contexto geral do direito penal e processual penal, fundamentalmente com o propósito de posicionar adequadamente o tratamento dos direitos de propriedade industrial enquanto objeto de tutela pelas ciências criminais. A partir de agora procuraremos concentrar o estudo especificamente no tema da propriedade industrial, não nos limitando apenas à legislação em vigor, mas, principalmente, formulando propostas de regulação processual futura, razão pela qual serão analisados os diversos instrumentos de proteção reconhecidos por diversas normas do ordenamento jurídico vigente no que se refere à propriedade intelectual.

Para tanto, tendo em vista a grande confusão que se verifica no campo da propriedade imaterial, é preciso, desde logo, esclarecer e delimitar o tema de nosso trabalho.

Inicialmente, recorrendo ao direito civil, temos que os direitos subjetivos podem ser assim divididos¹⁴¹:

- a) o **Direito das Coisas**, referente às normas que conferem aos indivíduos prerrogativas sobre bens materiais ou imateriais (incorpóreos). Todavia,

comunicação de massa tende a se tornar, por si mesmo, uma sanção talvez mais odiosa que a própria pena tradicional". FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 587.

emprega-se a expressão direito das coisas mais para designar uma das divisões do direito civil. Ao se passar para o estudo individualizado dos vários institutos que compõem o direito das coisas, a doutrina dá preferência à expressão direito real: vínculo que liga uma coisa a uma pessoa, ou seja, existe um liame jurídico que subordina a coisa a seu titular, prescindindo da colaboração de outrem.

Nesse contexto, a propriedade (direito real por excelência) é o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos. Com efeito, o direito de propriedade, num certo sentido, é absoluto¹⁴², não apenas pelo fato de ser oponível a todos (*erga omnes*), mas porque, diante da plenitude de seu caráter, representa o mais amplo e o mais completo de todos os direitos reais¹⁴³. Cabe ao proprietário usar, obter rendimento ou dispor da coisa, como bem lhe aprouver.

Os direitos sobre determinados bens imateriais ou incorpóreos constituem direitos reais, objeto de um ramo do direito denominado de propriedade intelectual.

¹⁴¹ SILVEIRA, Newton. *O Que é a Propriedade Intelectual?* Anais do I Congresso Internacional da Propriedade Intelectual. São Paulo: Academia Paulista de Magistrados, 2003, p. 100, mas a idéia do autor encontra-se diluída em todo este item do trabalho.

¹⁴² O direito de propriedade pode sofrer limitações. Nesse sentido, "*Limitações ao direito de propriedade consistem nos condicionamentos que atingem os caracteres tradicionais desse direito, pelo que era tido como direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Absoluto, porque assegura ao proprietário a liberdade de dispor da coisa do modo que melhor lhe aprouver; exclusivo, porque imputado ao proprietário, e só a ele, em princípio, cabe; perpétuo, porque não desaparece com a vida do proprietário, porquanto passa a seus sucessores, significando que tem duração ilimitada (CC, art, 527), e não se perde pelo não uso simplesmente. Importa ter em mente esses caracteres, porque as limitações são classificadas em função deles. (...) As restrições limitam o caráter absoluto da propriedade; as servidões (e outras formas de utilização da propriedade alheia) limitam o caráter exclusivo; e a desapropriação, o caráter perpétuo.* SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 270.

- b) o **Direito da Personalidade**, é aquele que decorre da própria condição humana, ou seja, da própria pessoa, nele estando compreendidos o nome, a imagem, a voz, o próprio corpo, a honra, a privacidade, a intimidade etc. Como os direitos reais, os direitos de personalidade são absolutos, mas distinguem-se daqueles em razão das seguintes características: *intransmissibilidade* (são inerentes à própria pessoa); *inalienabilidade* (apenas a própria pessoa pode deles usufruir); *irrenunciabilidade* (o titular não pode renunciar-lhes, pois sem eles não há a própria personalidade); *inexpropriabilidade* (direitos constitucionalmente assegurados, e nem próprio o Estado pode suprimi-los); *imprescritibilidade* (não se extinguem, nem se adquirem pela inércia do titular)¹⁴⁴.

A personalidade do indivíduo surge com o nascimento com vida e desaparece com a sua morte; todavia, os direitos de personalidade estão assegurados desde a concepção¹⁴⁵ e se estendem além da morte¹⁴⁶.

- c) o **Direito das Obrigações**, decorre diretamente ou dos contratos (vontade humana); ou dos atos ilícitos (comportamento humano, que se constitui através de uma ação ou omissão culposa ou dolosa do agente),

¹⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 26.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 3, p. 89.

¹⁴⁴ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 23.

¹⁴⁵ CC - “Art. 2.º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. – Ver Código Penal – Crimes contra a vida.

¹⁴⁶ CC - “Art. 12 – Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. – Ver Código Penal – Crimes contra a honra e respeito aos mortos.

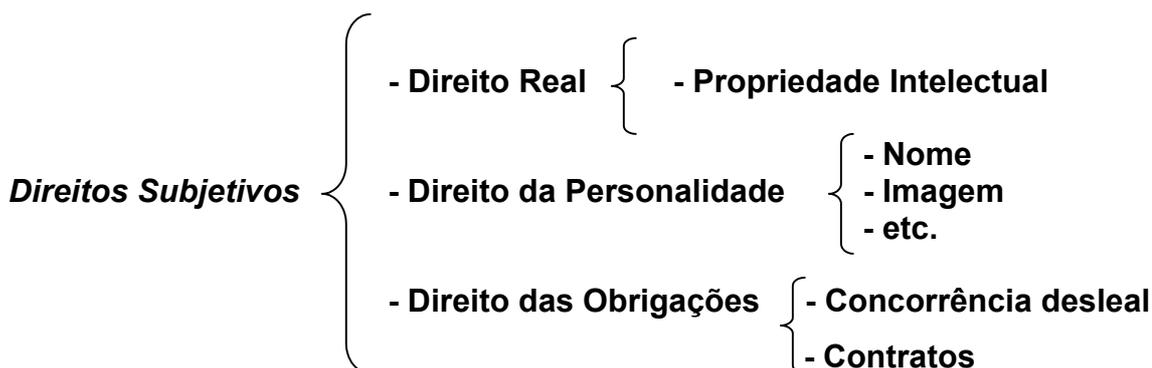
tornando um sujeito de direitos credor de uma prestação que deve ser satisfeita por parte de outro sujeito de direitos e obrigações: o devedor.

Enquanto no direito das coisas existe um liame jurídico direto entre uma pessoa e uma coisa, que deve ser respeitado por todos (razão pela qual é absoluto), no direito das obrigações o vínculo se estabelece apenas entre determinadas pessoas, não obrigando terceiros alheios à relação obrigacional – [razão pela qual é relativo, ou seja, oponível apenas a determinado(s) sujeito(s) passivo(s)].

Assim, o direito é absoluto quando obriga a todos indistintamente; é relativo quando obriga apenas determinada(s) pessoa(s). Os direitos reais e os da personalidade são desdobramentos dos direitos absolutos.

Feitas estas considerações iniciais, podemos assim visualizar a propriedade imaterial dentro dos direitos subjetivos regulamentados pelo Direito Civil:

Quadro I



A propriedade intelectual, enquanto direito real, é absoluto (oponível *erga omnes*), conferindo ao seu titular a possibilidade de usar, gozar e dispor do bem, mesmo que incorpóreo. Nos revela também que os direitos da personalidade, apesar de serem absolutos (obrigando a todos indistintamente), diferem dos direitos reais, tendo em vista serem *intransmissíveis* (apesar de alguns deles se transmitirem aos sucessores), *inalienáveis* (embora o uso de alguns deles possa ser autorizado pelo titular, p.ex.: o nome, a imagem), *irrenunciáveis*, *inexpropriáveis* e *imprescritíveis*, características que lhe são peculiares. Finalmente, determinados atos relacionados à propriedade intelectual, tais como: concorrência desleal e contratos de transferência de tecnologia, estão compreendidos no âmbito do direito das obrigações, de maneira que essas relações jurídicas, tendo em vista tratar-se de direitos relativos, obrigam apenas e tão-somente as partes envolvidas, não obrigando terceiros estranhos à relação.

Após o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio¹⁴⁷, mais conhecido por Acordo TRIPs, sigla incompleta da expressão “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, são consideradas obras intelectuais para fins da denominada proteção da propriedade intelectual, as obras literárias, artísticas ou científicas, os programas de computador, as bases de dados, as marcas, as patentes, o traçado de circuitos integrados e os desenhos industriais, ou seja, tudo o que, fruto do trabalho intelectual (individual ou coletivo), possa ser comercializado ou reproduzido como

¹⁴⁷ Promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

produto diferenciado, sobre o qual se exercem direitos de propriedade intelectual¹⁴⁸.

Os bens imateriais, objeto da propriedade intelectual, estão protegidos por quatro leis relativamente recentes que foram editadas em atendimento ao referido tratado internacional, a saber: a lei que regula os *direitos autorais* (Lei n.º 9.610¹⁴⁹, de 19 de fevereiro de 1998); a lei que regulamenta a proteção da propriedade intelectual de programa de computador – *software* (Lei n.º 9.609¹⁵⁰, de 19 de fevereiro de 1998); a lei de proteção de *cultivares* – uma espécie de propriedade intelectual no campo (Lei n.º 9.456¹⁵¹, de 25 de abril de 1997); a lei de *propriedade industrial* – objeto do presente trabalho (Lei n.º 9.279¹⁵², de 14 de maio de 1996). Assim, para atender completamente ao Acordo TRIPs, resta ao Brasil a edição de uma lei relativa ao traçado de circuitos integrados.

A lei de propriedade industrial regula duas categorias de direitos: em primeiro lugar, tutela as criações industriais, cujo fundamento é estimular, por meio da concessão pelo Estado de um monopólio temporário, novas criações, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; em segundo, a fim de assegurar legítima concorrência, protege os sinais

¹⁴⁸ ABRÃO, Eliane Yachouh, op. cit., p. 33.

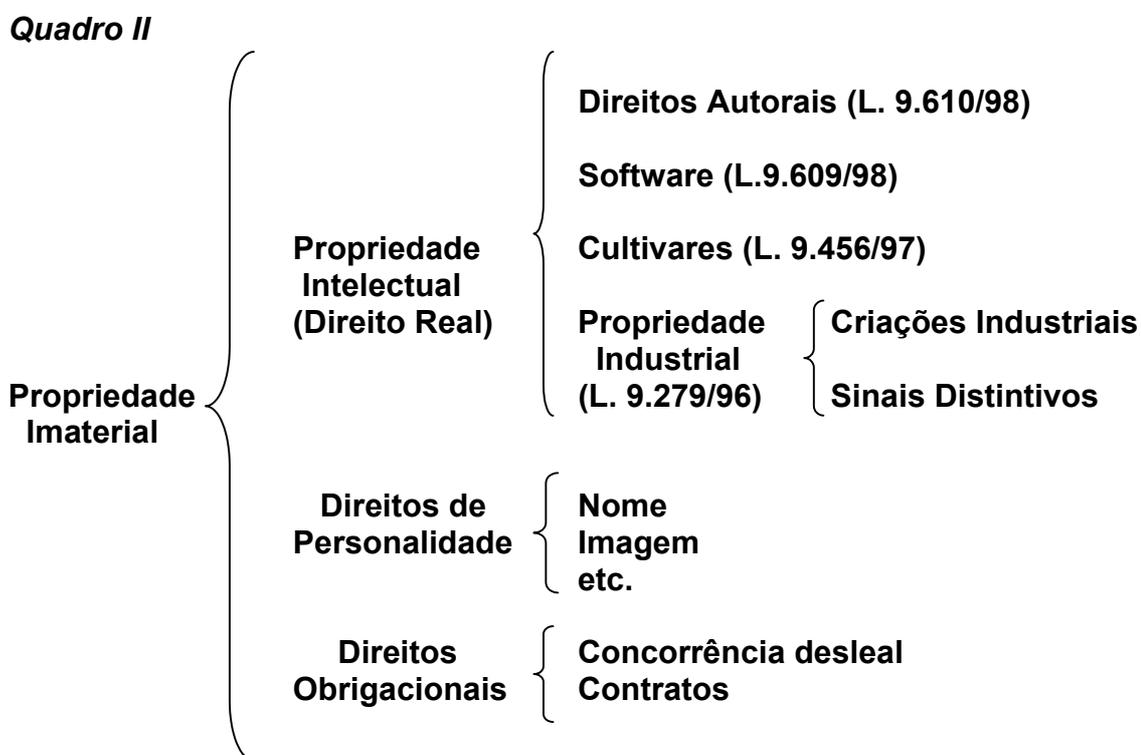
¹⁴⁹ “Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.”

¹⁵⁰ “Art. 1º 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.”

¹⁵¹ “Art. 1º Fica instituído o direito de Proteção de Cultivares, de acordo com o estabelecido nesta Lei.”

distintivos, tendo por fundamento evitar o uso indevido de marca, nome comercial, título do estabelecimento etc., já que isto cria confusão entre os produtos ou estabelecimentos.

O quadro abaixo indica como a propriedade industrial está inserida na propriedade intelectual :



Há três categorias de criações industriais tuteladas pela lei de propriedade industrial: a) *invenção*, que pode ser definida como a criação de uma coisa nova com utilidade industrial; b) *modelo de utilidade*: nada mais é do que o

¹⁵² “Art. 1º Esta Lei regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial”.

melhoramento e aperfeiçoamento em produtos já inventados que, em razão de novo engenho (modelo de utilidade), passa a ter mais eficiente utilidade ou melhor uso; c) *desenho industrial*, que a própria lei define como “*a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.*”¹⁵³, ou seja, não se leva em conta qualquer eficiência ou melhoria prática, mas simplesmente atribui forma (ornamental) aos produtos industriais.

Ao contrário do direito autoral, que é isento de formalidades, a propriedade industrial exige título aquisitivo que só pode ser emitido pela autarquia federal denominada INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial¹⁵⁴. A proteção das invenções e dos modelos de utilidade se faz através da concessão de uma patente (certificado expedido pelo INPI, após a devida verificação, por meio de exame técnico, de atendimento dos requisitos legais); para a proteção dos desenhos industriais basta um simples registro no referido órgão governamental. Logo, tanto as patentes (de invenção ou de modelo de utilidade), quanto os registros de desenhos industriais são objeto de concessão pelo mesmo órgão governamental denominado Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Quanto aos sinais distintivos, estes sempre foram utilizados pelos comerciantes desde que existe o comércio, razão pela qual alguns deles já eram protegidos independente da edição de legislação especial.

¹⁵³ Art. 95, da Lei 9.279/96.

¹⁵⁴ ABRÃO, Eliane Yachouh, op. cit., p. 20.

Todavia, a efetiva e eficiente proteção dos sinais distintivos das organizações jurídicas, tais como: o nome comercial, as marcas, o título do estabelecimento, os nomes de domínios na Internet, é de extrema relevância na atualidade, tendo em vista intensa concorrência. Ademais, não há dúvidas de que esses sinais que distinguem e individualizam a empresa no meio comercial representam, em muitos casos, um dos mais valiosos bens da sociedade comercial, razão pela qual merecem especial proteção. As marcas distinguem produtos, ou seja, produtos e serviços, dos demais idênticos ou similares; o nome comercial distingue os estabelecimentos comerciais. No que se refere às marcas, aplica-se o mesmo sistema das patentes, isto é, o INPI, após a realização de um exame que conclua que os requisitos legais foram atendidos, concede um certificado de registro de marca. A concessão de um registro de marca pelo INPI assegura, dentro do ramo de atividade do titular, o seu uso exclusivo, exceção feita às marcas famosas, denominadas de alto renome, que possuem ampla proteção.

Finalmente, feitas essas breves considerações acerca da propriedade industrial, podemos elaborar um último quadro que tem por objetivo sintetizar tudo o que foi exposto acerca da propriedade imaterial.

Quadro III

Quadro III

Quadro III

Quadro III

Importante destacar que, para delimitação do tema deste estudo, parte-se do parágrafo segundo do artigo 1.º da Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, de 1883, que estabelece que: *“a proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, dos modelos de utilidade, os modelos ou desenhos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial, as indicações de procedência e as denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal”*.

Portanto, será objeto deste estudo a proteção, no âmbito do processo penal, das patentes de invenção ou de modelo de utilidade, dos desenhos industriais, das marcas de produtos ou serviços e, ainda, do nome comercial, do título de estabelecimento, das insígnias, expressão ou sinal de propaganda.

Por outro lado, a repressão à concorrência desleal, em que pese estar disciplinada na mesma lei 9.279/96, que tipifica os crimes que caracterizam esse tipo de concorrência, tais como: publicação de falsa afirmação em detrimento de concorrente, divulgação de falsa informação acerca de concorrente, desvio de clientela etc., por dizer respeito ao direito obrigacional, não será tratada no presente trabalho¹⁵⁵.

¹⁵⁵ *“No podemos negar que si del ámbito de la propiedad industrial excluirmos la normativa sobre la competencia desleal, puede constatarse que las distintas modalidades de aquella y los derechos de autor tienen un dato sustancial en común: en todos ellos el ordenamiento jurídico otorga al autor de una obra literaria, artística o científica, al autor de una invención, al creador de un modelo o dibujo industrial, al titular de un signo distintivo, el derecho exclusivo sobre un bien inmaterial. En todos los casos el derecho conferido por el ordenamiento jurídico recae sobre una creación de la mente humana”*. LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. *Temas de propiedad Industrial*. Madrid: La Ley, 2002, p. 28.

3.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL

Sobre o papel fundamental da Constituição Federal de 1988 na proteção da propriedade intelectual é preciso uma breve análise do que se convencionou chamar de *Constituição econômica*, já que também neste setor da Constituição é que se deve investigar a questão da *objetividade jurídica* dos delitos relativos à propriedade intelectual, a fim de se consignar que os direitos que constituem a denominada propriedade intelectual constituem valores constitucionalmente protegidos no atual ordenamento jurídico brasileiro.

A *ordem econômica* só adquiriu importância jurídica a partir do momento em que passou a ser disciplinada pelas constituições, o que se verificou, pela primeira vez, na Constituição mexicana de 1917. Sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o Brasil passou a estabelecer princípios e normas sobre a ordem econômica já na Constituição de 1934¹⁵⁶.

Dá-se o nome de *Constituição econômica* ao conjunto de fundamentos constitucionais, de conteúdo especificamente socioeconômico, através dos quais se estabelecem os princípios que regem a atividade econômica desenvolvida não apenas pelos indivíduos, mas também pelo Estado. Além disso, referidos fundamentos, disciplinam as liberdades, direitos, deveres e responsabilidades no exercício da atividade econômica, quer seja exercida pelo Estado, quer pelos particulares. A constitucionalização da ordem econômica constitui o marco

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 718.

fundamental de proteção da disciplina de que se ocupa o presente estudo: a livre iniciativa e, mais especificamente, a propriedade industrial, em seu aspecto de proteção penal¹⁵⁷.

Nos artigos 170 a 192 da Constituição de 1988 é que se encontram as bases constitucionais do sistema econômico, compreendidos em quatro capítulos: o primeiro sobre os princípios da atividade econômica; outro sobre a política urbana; outro que trata da política agrícola e fundiária e sobre a reforma agrária; e, por último, um sobre o sistema financeiro nacional¹⁵⁸.

Já no artigo 1.º a Carta de 1988 se pronuncia sobre a *livre iniciativa* – um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito - que envolve a liberdade de indústria e comércio, assegurando a todos o *livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei*¹⁵⁹. Com efeito, o artigo 170 da Constituição retoma o reconhecimento da *livre iniciativa*, obrigando os poderes públicos a proporcionar a garantias para seu exercício e desenvolvimento, levando-se sempre em conta o contexto de uma Constituição que se preocupa com a justiça social e o bem comum.

Logo, a *livre iniciativa* pode sofrer uma série de limitações fruto, em muitos casos, do intervencionismo político em matéria econômica. A intervenção se

¹⁵⁷ SEGURA GARCÍA, María José. Derecho Penal y Propiedad Industrial. Madrid: Civitas, 1995, p. 216.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 717.

¹⁵⁹ Art. 170 e § ú da CF.

justifica no fato de que a *livre iniciativa* está constitucionalmente assegurada para a satisfação dos objetivos econômicos, ou seja, eventual conflito entre a liberdade de iniciativa e as exigências socioeconômicas deve ser solucionado em favor destas últimas, formal ou materialmente constitucionalizadas, com o objetivo de promoção da justiça, da liberdade e do bem estas de todos os integrantes da nação brasileira¹⁶⁰.

A *livre concorrência*, princípio da ordem econômica proclamado constitucionalmente, é uma manifestação da livre iniciativa, que tem por objetivo realizar também uma função político-social, e, para assegurá-la a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 173, § 4º, que *a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*. Assim, em consequência do mandamento constitucional contido no princípio da livre concorrência, cumpre aos poderes públicos elaborar regras jurídicas destinadas à proteção da livre participação dos agentes econômicos no mercado, a fim de manter o exercício e a defesa da produtividade¹⁶¹.

Ao Estado compete a edição da regras necessárias para garantir e proteger a livre concorrência, inclusive removendo eventuais obstáculos que impedem seu desenvolvimento. Surge, para tanto, no ordenamento jurídico

¹⁶⁰ José Afonso da Silva esclarece que: “*Cumprido, então, observar que a liberdade de iniciativa econômica não sofre compreensão só do Poder Público. Este efetivamente o faz legitimamente nos termos da lei, quer regulando a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto à fixação de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens.*” SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 726.

¹⁶¹ Ver art. 174, da CF.

nacional, um importante conjunto de normas constituído pelos denominados direitos sobre bens imateriais, entre os quais se encontram, precisamente, os direitos da propriedade industrial.

Os direitos sobre a propriedade industrial constituem exceções ao princípio da livre concorrência, criados normativamente, cuja finalidade consiste em garantir que a concorrência se estabeleça em nível elevado. A tutela dos direitos de propriedade industrial, que se constituem como um *valor* constitucionalmente proclamado, torna-se indispensável para que se garanta o exercício da livre iniciativa, tendo em vista que tanto os sinais distintivos da empresa (o nome comercial, as marcas, o título do estabelecimento, os nomes de domínios na Internet), como as criações inventivas (invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais) são elementos fundamentais da própria empresa, de maneira que, protegendo-os estar-se-á protegendo a própria capacidade competitiva do empresário¹⁶².

A forma concreta de proteção do conjunto de interesses e relações que envolvem a livre concorrência fica condicionada à própria natureza e especial transcendência de seu objeto: no caso dos sinais distintivos e das patentes, o legislador, conferindo ao titular um direito de exclusividade de exploração, retira-os do livre comércio, proibindo que terceiros, não autorizados, explorem o bem e dele obtenham proveito econômico.

¹⁶² SEGURA GARCÍA, Maria José, op. cit., p. 219.

Além disso, a Carta Magna de 1988 protege expressamente os direitos de propriedade industrial, em seu artigo 5.^o¹⁶³ (ou seja, no capítulo que trata dos direitos individuais), inciso XXIX, quando declara que *“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros dignos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.”*

Também os direitos de autor são reconhecidos no at. 5.^o, inserto no capítulo da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias individuais. O inciso XXVII proclama que: *“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*

Logo, diante das referidas disposições constitucionais, inclusive no que se refere ao tópico em que estão inseridas, não resta dúvida de que a *propriedade imaterial* como um todo, que, como ficou explicado no item anterior, compreende tanto os direitos de autor como os direitos sobre a propriedade industrial, é um *valor* constitucionalmente protegido.

Importante salientar, não obstante o que foi dito, que os direitos sobre a propriedade industrial também estão sujeitos a uma série de limitações, recaindo

¹⁶³ José Afonso da Silva, ao tratar do tema da propriedade imaterial esclarece que: *“O dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. **Caberia entre as normas da ordem econômica**”*. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 269 – grifo nosso

várias obrigações sobre seus titulares, já que tais direitos também estão subordinados ao interesse geral, razão pela qual, como todo e qualquer direito, não são absolutos.

3.2 TRATADOS INTERNACIONAIS RELATIVOS À PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Para que possamos desenvolver o tema proposto é necessário, ainda que de maneira muito breve, alertar para a importância e destaque que alcançou o direito internacional na atualidade.

Apenas para ilustrar, durante o Império, que foi de 1822 a 1889, ou seja, um período de 68 anos, o Brasil concluiu 183 tratados internacionais; na Primeira República, período compreendido entre 1889 a 1930, isto é, 41 anos, foram concluídos outros 200 atos. Fernando Henrique Cardoso, somente durante os primeiros quatro anos de seu governo, concluiu 392 acordos bilaterais e 143 multilaterais, totalizando 535 atos internacionais¹⁶⁴.

Além disso, é preciso observar que a concepção do direito internacional, que o define como sendo o conjunto de regras que disciplinam reciprocamente os direitos e os deveres entre os Estados nas suas relações recíprocas, dá lugar a

¹⁶⁴ Fonte: Sítio do Ministério das Relações Exteriores (www.mre.gov.br).

um conceito muito mais abrangente, tendo em vista a relação dos Estados com os organismos internacionais, assim como com as pessoas naturais ou jurídicas¹⁶⁵.

O histórico vínculo que se verifica entre o Direito Internacional e os direitos de propriedade intelectual nasceu da importante interação entre o movimento de proteção dos direitos de propriedade intelectual e Direito Internacional¹⁶⁶.

As Convenções da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886) desempenharam papel essencial para evolução desses direitos, quer no âmbito dos direitos internos, quer no âmbito do Direito Internacional. Importante notar que a Convenção de Paris é um dos mais antigos acordos internacionais de caráter econômico multilateral que existe no mundo: resistiu a duas guerras mundiais, e até hoje permanece com sua importância política crescendo dia-a-dia. O Brasil foi um dos primeiros países do mundo a assinar a Convenção de Paris, isto em 1882, posteriormente revisada, em 1967, pelo Decreto 1.163, de 10 de outubro de 1994.

A Convenção de Paris, sem falar da sua importância econômica e política, tem uma enorme importância histórica; não se pode conceber a evolução e

¹⁶⁵ Vicente Ráo conceitua o direito internacional como: “*um sistema de princípios e normas que, imposto pela consciência geral, ou por força de convenções ou tratados, e sancionado pelas organizações constituídas entre os povos livres, regula as relações entre as nações, entre estas e as pessoas de nacionalidade diversa, ou entre estas pessoas, atribuindo-lhes uma reciprocidade de direitos e de obrigações e estabelecendo, por este modo, os meios existenciais e evolucionais da comunhão universal, baseada no reconhecimento dos direitos fundamentais do homem e na segurança da paz*”. RÃO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 3.^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, v. 1, p. 42.

¹⁶⁶ BASSO, Maristela. *Os fundamentos Atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n.º 21, abr./jun., 2003, p.17.

difusão dos direitos de propriedade industrial no âmbito dos direitos interno e internacional, sem considerar o seu papel¹⁶⁷.

A Convenção de Paris para a proteção da Propriedade Industrial já foi revista várias vezes: Roma, em 1885; Madri, 1891; Bruxelas, em 1897; Washington, em 1911; Haia, 1925; Londres, em 1934; Lisboa, em 1958; Estocolmo, em 1967.

Durante mais de cinco décadas, os sistemas das duas Uniões (Paris e Berna), reunidas, formalmente, em novembro de 1892, nos BIRPI – *Bureaux internationaux reunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*, não sofreu alterações; todavia, vale dizer que nesse período algumas reorganizações foram introduzidas.

Com o passar do tempo, especialmente em razão das transformações ocorridas após a Segunda Guerra Mundial que determinou o aparecimento das organizações internacionais, o regime das duas Uniões mostrou-se insuficiente e ultrapassado, exigindo da comunidade internacional a implementação de mecanismos apropriados de proteção e redução das desigualdades crescentes

¹⁶⁷ Para Miguel Reale, a *Convenção de Paris não representa um direito uniforme, ela marca uma diretriz no sentido de um direito uniforme. Eu diria numa expressão filosófico-matemática que a internacionalização das normas de direito industrial é o infinito de uma constante exigência jurídica. Nós marchamos cada vez mais para a uniformização das regras que disciplinam a matéria de direito industrial, mas não podemos pretender que isso se realize já. Complementa o conceituado professor: a disparidade entre os diversos países leva a muitas incompreensões, a reclamações reiteradas, perturbando o campo das relações internacionais.* REALE, Miguel. *Aplicação da Convenção de Paris no Brasil*. Revista da ABPI – Anais do II Seminário Nacional de Propriedade Industrial, 1982, p. 20.

entre os países industrializados e em desenvolvimento, através da criação de uma organização que se ocupasse dessa tarefa.

Por meio da Convenção de Estocolmo, de 14 de julho de 1967¹⁶⁸, foi criada a OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, com sede em Genebra, que, posteriormente, em 17 de dezembro de 1974, iria adquirir o *status* de Organismo Especializado na ONU.

Com o advento da Convenção de Estocolmo, cuja função precípua é à proteção da propriedade intelectual, aboliu-se a tradicional divisão que separava os direitos dos autores e dos inventores em duas diferentes categorias: direitos autorais e propriedade industrial, unificando-se os conceitos. Assim, nos termos do inciso VII, do artigo 2.º da Convenção, a propriedade intelectual inclui os 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 em 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;

¹⁶⁸ Promulgada pelo Decreto n.º 75.541, de 31 de março de 1975, publicada no DOU de 2/4/1975.

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

Assim, fica patente a unificação dos conceitos introduzida pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Mais tarde, em especial nas décadas de setenta e oitenta, começa a florescer a percepção da vinculação entre a propriedade intelectual e o comércio internacional, evidenciando os benefícios da proteção da propriedade industrial como fator de estímulo ao desenvolvimento tecnológico, bem como do incremento dos investimentos diretos do exterior.

Reconhece-se, portanto, que o aumento do comércio mundial está íntima e diretamente relacionado com a proteção da propriedade intelectual, tendo em vista que os bens imateriais se tornaram cada vez mais imprescindíveis para a sobrevivência e desenvolvimento das indústrias.

As estratégias de desenvolvimento industrial devem levar em conta os bens imateriais, razão pela qual os direitos que os tutelam passam a ostentar um grau de especial destaque no contexto jurídico interno e internacional.

Diante das pressões dos setores privados nacionais e transnacionais, já não se admite que os Estados possam optar por implementar ou não políticas de proteção à propriedade intelectual. As pressões das indústrias nos países

desenvolvidos, em especial nos Estados Unidos, com o objetivo de assegurar maior proteção aos direitos de propriedade intelectual, levaram o tema para o campo do comércio internacional, cujas discussões ocorreram na elaboração do Acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*)¹⁶⁹, que integra o “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC”, assinado pelo Brasil no âmbito da Rodada do Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs na Trade*).

As duas principais razões para inclusão do TRIPS no GATT foram as seguintes: a primeira, diz respeito ao interesse da vinculação do tema da propriedade intelectual ao comércio internacional; a segunda, à necessidade de completar as deficiências do regime de proteção da propriedade intelectual da OMPI. Nesse sentido, o TRIPS tem por objetivos: “*reduzir as distorções e obstáculos ao comércio internacional, considerando a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e a necessidade de assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo*¹⁷⁰.”

É que a OMPI, enquanto organização de preponderante caráter técnico, tem a atribuição de harmonização das normas sobre a propriedade intelectual. Além disso, no que se refere aos aspectos administrativos, está encarregada da aplicação das normas que se destinam a conferir efeitos internacionais aos

¹⁶⁹ TRIPS - *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* integra o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio. A OMC é um acordo maior que se compõe de quatro Anexos e o TRIPS é o seu ANEXO 1C. O TRIPS, nos países de língua latina, é conhecido como ADIPIC – Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio.

¹⁷⁰ Preâmbulo do TRIPS.

registros que são feitos tanto no seu secretariado, como nos realizados em órgão próprios internos dos Estados-membros. Entretanto, falta-lhe não só ferramentas eficazes de controle e verificação do cumprimento dos deveres e obrigações dos Estados, mas também, e principalmente, mecanismos tradicionais de solução de conflitos, tais como: mediação, negociação, conciliação e arbitragem, além da possibilidade de recurso à Corte Internacional de Justiça de Haia.

Em suma, as fortes pressões das indústrias dos países desenvolvidos que buscavam conferir maior proteção aos direitos de propriedade intelectual atrelando tais direitos ao comércio internacional aliadas à falta de um sistema eficiente de proteção no âmbito internacional, acabaram por levar o tema para o âmbito de discussões do GATT.

O TRIPS, agregando-se aos instrumentos internacionais preexistentes sobre a matéria, atribuiu à legislação internacional elaborada pela OMPI mecanismos de defesa e ataque com vistas à proteção da propriedade intelectual, isto é, as ferramentas que faltavam para uma melhor proteção desses direitos foram assim introduzidas, estabelecendo mecanismos de consulta, fiscalização e solução de controvérsias acerca dos padrões mínimos que passaram a ser exigidos dos Estados-partes¹⁷¹.

O artigo 2.º (Convenções sobre Propriedade Intelectual¹⁷²) enfatiza o fato de o TRIPS não ter o propósito de inutilizar todas as regras introduzidas por

¹⁷¹ BASSO, Maristela Basso, op. cit., p. 26.

¹⁷² “Art. 2.º - 1. Com relação às Partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 12 e 19, da Convenção de Paris (1967). 2. Nada nas Partes I a IV deste Acordo

instrumentos internacionais que anteriormente dispunham sobre a matéria, mas apenas acrescenta-lhes novos dados e mecanismos de fiscalização e controle.

Vale esclarecer que enquanto o TRIPS tem por objeto o relacionamento dos direitos de propriedade intelectual com o comércio internacional, a OMPI continua se ocupando da harmonização legislativa do direito da propriedade intelectual.

Em 22 de dezembro de 1995, foi celebrado, em Genebra, “Acordo Entre a OMPI e a OMC”, cujo objetivo foi assentar um relacionamento de apoio recíproco entre as duas Organizações, estabelecendo os princípios básicos da assistência técnico-jurídica e cooperação técnica.

Vale destacar que o TRIPS não veio para consagrar um conceito *absoluto* de propriedade intelectual, em que se busca assegurar apenas e tão-somente os direitos do titular. Muito pelo contrário. Resultante da composição dos vários interesses que se mostraram conflitantes durante toda a negociação, o Acordo resultou numa pauta de compromissos assumidos de parte a parte, baseados no equilíbrio entre o encorajamento e o estímulo à criação e à inovação e da difusão da tecnologia mediante mecanismos de transferência¹⁷³.

derrogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado Sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados”.

¹⁷³ O Preâmbulo do Acordo reflete o consenso a que chegaram as partes, que se comprometeram: (a) a aplicar os princípios básicos do GATT 1994 e os acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual; (b) a estabelecer padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio; (c) a estabelecer méis eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais; (d) a estabelecer

Cada um dos Estados-partes, com liberdade de determinar a forma mais adequada para introduzir as regras vigentes do Acordo, assumiu o compromisso de implementar, no âmbito de seus respectivos sistemas e práticas jurídicos, os padrões mínimos de proteção fixados pelo TRIPS.

Em cumprimento às obrigações assumidas no TRIPS, e em conformidade com a tradição do sistema brasileiro de aprovação e implementação interna dos tratados internacionais, o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n.º 30, de 15 de dezembro de 1994, aprovou o Acordo Constitutivo da OMC, que com a promulgação do Decreto Presidencial n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994, e respectiva publicação no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1994, passou a vigorar na ordem interna de nosso país.

Logo em seguida, a fim de não caracterizar violação ou descumprimento do Acordo, verifica-se no Brasil importante movimento de revisão de toda a legislação de tutela dos direitos de propriedade intelectual que, com pequenas exceções, observam os padrões mínimos de proteção exigidos pelo TRIPS

procedimentos eficazes e expeditos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre Governos; (...) Para tanto, os Estados reconhecem: (a) a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio internacional de produtos contrafeitos; (b) os direitos de propriedade intelectual são direitos privados; (c) os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento de tecnologia; (d) as necessidades especiais dos países de menos desenvolvimento relativo, no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos, com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável; (e) a importância de reduzir tensões mediante a obtenção de compromissos firmes para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais. O art. 7.º do Acordo TRIPS fixa os seguintes objetivos, além dos que acima já se tratou: A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

Vale destacar o cenário legislativo nacional vigente, que decorre diretamente das obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional:

- a) **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996**: regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial (Publicada no Diário Oficial da União de 15/5/1996);
- b) **Lei n.º 9.456, de 25 de abril de 1997**: disciplina a proteção de cultivares (Publicada no Diário Oficial da União de 28/4/1997);
- c) **Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**: dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no país (Publicada no Diário Oficial da União de 20/2/1998);
- d) **Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**: altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais (Publicada no Diário Oficial da União de 20/2/1998);

3.3 GLOBALIZAÇÃO E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

De uma maneira geral, o Direito Internacional, a partir do momento que passa a ter uma concepção mais abrangente, que o define não só como o conjunto de regras que disciplinam reciprocamente os direitos e os deveres entre os Estados nas suas relações recíprocas, mas regula também a relação dos Estados com os organismos internacionais, assim como com as pessoas naturais ou jurídicas, insere-se na idéia de globalização da justiça.

No século XIX, com a Revolução Industrial, as inovações tecnológicas nas indústrias e nos transportes deram ao mundo novos contornos, novas definições e até mesmo novas dimensões, proporcionando maior integração entre as nações. Assim, com a intensificação do comércio internacional e do incremento de investimentos no estrangeiro, ocorre uma acelerada expansão das empresas multinacionais e conglomerados financeiros. É a globalização já em franca caminhada.

O fenômeno da globalização, um dos aspectos mais debatidos e controvertidos da ordem mundial da atualidade, pode ser definido como uma intensificação dos fluxos de capitais, tecnologias, mercadorias, serviços, informações, pessoas etc.; logo, envolve não só aspectos sociais e econômicos, mas políticos, culturais, religiosos e até mesmo jurídicos.

Interessa-nos o estudo dos efeitos ocasionados pelo fenômeno da globalização no que tange à criminalidade¹⁷⁴ em geral e, principalmente, à propriedade intelectual.

¹⁷⁴ Com relação à globalização: *Los efectos positivos, pero sobre todo los negativos de la globalización han dado lugar a muchas nuevas oportunidades, en los diferentes planos de la sociedad, para que se cometan todo tipo de crímenes. Desde el punto de vista económico, la globalización ha creado nuevas posibilidades para que se desarrollen economías informales e ilegales y para que se perpetren crímenes económicos y financieros a partir de la economía legal. Desde el punto de vista ecológico, la globalización conduce a un nuevo aumento de los delitos contra el medio ambiente (a mayor escala). Desde el punto de vista político, la globalización ha reforzado la extrema derecha, el terrorismo, la corrupción y el fraude. Desde el punto de vista social, los efectos de la globalización que causan inseguridad han llevado a un aumento de la violencia intrafamiliar (sobre todo, contra mujeres e niños), de los delitos contra bienes y contra personas y de la delincuencia callejera. Y desde el punto de vista cultural, los efectos negativos de la globalización tienen como consecuencia un mayor uso y abuso del alcohol y de las drogas ilegales, de los delitos de agresión y del racismo.* HEBBERECHT, Patrick. *Sociedad de Riesgos y política de Seguridad*. In.: Cândido da Agra et al. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Atelier, 2004, p. 359.

É preciso observar que a globalização, da forma como vem sendo estabelecida, além de acarretar uma crescente marginalização de grupos sociais, intensificando as desigualdades, tem por consequência e intensa criminalização das camadas do subproletariado¹⁷⁵.

Ademais, há, inegavelmente, um caráter imperialista¹⁷⁶ escondido sob as várias denominações dessa doutrina colonizadora: globalização, mercados comuns, abertura comercial, entre outras. Por isto, quando se pensa em globalização, é preciso refletir, antes de tudo, sobre independência e soberania. Sem se dar conta, passa-se por um retrocesso histórico.

A globalizada opção política pelo proibicionismo¹⁷⁷ faz recair o processo de criminalização sobre condutas relacionadas à pirataria – termo empregado para descrever a usurpação ou violação de obra protegida pelo direito autoral - e à contrafação – termo que, em sentido amplo, é utilizado para descrever todo e qualquer atentado contra a propriedade intelectual.

¹⁷⁵ Jesús-María Silva Sanches assinala que: “*Como resulta evidente, essa criminalidade não se diferencia substancialmente da criminalidade tradicional. Mas sua intensidade e sua extensão se vêm incrementadas pela marginalidade a que estão relegados aqueles que, dentro das sociedades pós-industriais, vivem à margem de relações laborativas estáveis.* SILVA SANCHES, Jesús-Maria, op. cit., p. 100.

¹⁷⁶ “*O império americano tem muitas faces. Uma delas, ao mesmo tempo polida e ameaçadora, foi exposta no Brasil por Peter Allgeier, o secretário adjunto de Comércio dos Estados Unidos. O diplomata americano esteve em São Paulo e Brasília na semana passada com a missão de arrancar do governo ações contra a pirataria. Veio, falou grosso e foi embora...*”. O enviado do Império veio gritar. Isto é Dinheiro. São Paulo, 29/9/2004.

¹⁷⁷ Na concepção de Eugenio Raúl Zaffaroni, na globalização se impõe um controle social punitivo que se “*orienta fundamentalmente na direção dos marginalizados dos benefícios da economia globalizada*”. O conceituado autor esclarece que o colonialismo controlou os colonizados e escravizados; o neocolonialismo os proletarizados: a globalização deve controlar os excluídos. Neste sentido, verifica-se, explicitamente, a presença da exclusão e da marginalização social. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 406.

Há hoje um forte apelo divulgado pelos meios de comunicação que propugna o sistema penal como um produto-serviço que se destina a conter uma exageradamente temida circulação daqueles produtos fabricados com violação dos direitos de propriedade imaterial.

Não se nega a conduta profundamente reprovável do contrafator, que se apropria inescrupulosamente da criação desenvolvida por outrem, fruto esta, em muitos casos, de uma vida inteira de intenso trabalho; todavia, temos de considerar que a gravidade da situação, no que se refere às violações dos direitos de propriedade imaterial, decorre, principalmente, do modelo de desenvolvimento adotado, em que se verifica profundo desequilíbrio econômico entre os países ricos e pobres. A pobreza, hoje espalhada por todas as regiões e inúmeros países, constitui patente violação dos direitos econômicos e sociais de grande parte da humanidade e uma das principais causas de conflitos sociais e da criminalidade.

Além disso, enquanto a pobreza cresce dia-a-dia em todo o mundo as disparidades entre o Norte e o Sul alcançam dimensões assustadoras. A desigualdade mais que dobrou nas últimas três décadas. A acentuada polarização entre os países ricos e pobres está colocando em risco as bases éticas duramente construídas pela humanidade para possibilitar a pacífica convivência dos povos. A própria ONU admite que a globalização centraliza as riquezas, tornando os países ricos, mais ricos e os pobres, mais miseráveis.

Se não houver integração e cooperação entre todos os países (do Norte e do Sul, ricos e pobres) a fim de promover ações conjuntas para combater os mais

sérios problemas da comunidade internacional, quais sejam: a pobreza, a fome, o analfabetismo, o esgotamento de recursos não renováveis, por certo que o mundo não poderá estar seguro, penalizando o futuro das próximas gerações. Nesse processo de integração e cooperação devem participar não só os Estados, mas todas as organizações e a própria sociedade civil, que, em última análise, é a vítima do caos vigente.

Portanto, o mal consiste em globalizar produtos, tecnologias, preços etc., sem globalizar a renda. Para que os benefícios da globalização se tornem realidade é preciso investimentos no desenvolvimento de recursos humanos, na criação de infraestrutura física, no incremento do setor agrícola, na capacitação tecnológica e administrativa, com o objetivo de integrar a população com a economia mundial, em termos de padrões de consumo ou de condições de vida.

O grande oceano criado por estas desigualdades internacionais é o oxigênio que alimenta a proliferação do comércio clandestino de produtos falsificados. Neste sentido, negado o acesso às conquistas (bens e produtos) da civilização contemporânea a uma larga parcela marginalizada da população, esta se vê compelida a buscar alternativas de adaptação e convívio social. O sonho de consumo que lhe é imposto diariamente pelas propagandas veiculadas pelos meios de comunicação só pode ser satisfeito através do comércio ilegal de produtos contrafeitos. O cidadão comum encontra na banca do camelô a única opção de consumo viável para sua adequação aos padrões impostos pela sociedade globalizada, isto porque a massificação da publicidade torna indispensável o exercício do consumo.

Nesse cenário é que as feiras e camelódromos encontram seus espaços garantidos em todo o mundo. Nelas pode-se encontrar desde CDs e *softwares*, até relógios, perfumes, bolsas, carteiras, sapatos, produtos eletrônicos, enfim, todo o tipo de falsificação, da mais grosseira e rudimentar à mais sofisticada e desenvolvida. Hoje, quase tudo é passível de sofrer a ação dos piratas e contrafatores.

A criminalidade, sem limites ou fronteiras, agora está dotada de grande aparato tecnológico, adquirindo inovações sofisticadas. Os delitos podem ser praticados em determinado país enquanto os criminosos que os comandam se escondem em outro. O dinheiro ilegal obtido pelas condutas criminosas é transferido de um país para outro até chegar a *paraísos fiscais*, onde já não pode ser alcançado.

Com a globalização novas formas de violência e de criminalidade se verificam. Ademais, crescem não só a pirataria e a contrafação, mas os *hackers*, os crimes ambientais, o contrabando, a evasão de divisas, além do grande crescimento do tráfico de entorpecentes.

É nesse contexto que se discute a criação de uma legislação penal internacional, a fim de uniformizar o tratamento jurídico dado a essa criminalidade, com o objetivo de implementar uma redução nas dificuldades enfrentadas atualmente no combate à criminalidade globalizada¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Conforme assinala Jesús-María Silva Sanches, “*Ante a natureza política dos fenômenos da globalização e da integração, o Direito Penal é, obviamente, um produto político e, em particular, um produto dos Estados nacionais do século XIX, que adquire sua última conformação nas codificações respectivas. Dessa forma, assistimos à caracterização da maneira pela qual, de um*

Mas é preciso observar que a delinqüência é um fenômeno social complexo que surge num meio sócio-cultural determinado, razão pela qual não pode ser combatido com regras gerais. Devido à história, à cultura, à economia, etc., a criminalidade adquire características próprias em cada nação. Logo, cada região tem suas próprias identidades que devem ser consideradas no tratamento da criminalidade.

Na conjuntura atual, é imprescindível refletir acerca da crescente criminalização das camadas inferiores da sociedade levada a efeito principalmente por esse abuso do poder econômico internacional que, ao mesmo tempo, é responsável pelo quadro dramático por que passa o país, em que se constata o aumento da fome, da miséria e do desemprego, em profunda contradição com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito estruturado pela Carta de 1988. Eis a principal contradição e o desafio da nação para o futuro próximo. É preciso que os direitos, quer civis e políticos, quer econômicos, culturais e sociais, sejam estendidos para todos os cidadãos.

Para que se tenha um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, que promova a pacificação social e o bem comum, é imprescindível assegurar

Direito nacional, que aparece como último bastião da soberania nacional, afronta um problema transnacional. Com maior evidência, os Direitos nacionais somente em algumas ocasiões apresentam semelhanças, e no mais das vezes expressam importantes divergências culturais ou de tradições jurídicas. Isso situa qualquer abordagem conjunta do problema da criminalidade da globalização ante importantes dificuldades adicionais... O objetivo fundamental do Direito Penal da globalização é, como indicado no princípio, eminentemente prático. Trata-se de proporcionar uma resposta uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinqüência transnacional, que evite a conformação de 'paraísos jurídico-penais'. A existência de tais 'paraísos' resulta problemática, especialmente quando se trata de combater uma modalidade de delinqüência na qual a intervenção dos principais responsáveis das organizações pode estar significativamente distanciada do lugar e momento dos atos de execução". SILVA SANCHES, Jesús-Maria, op. cit., p. 81.

efetiva participação e cidadania a todos os cidadãos; logo, eventuais reformas legislativas, políticas, econômicas, no judiciário, na segurança pública, para que tenham sucesso exigem, por primeiro, que tanto a violência estrutural, como a do desrespeito dos direitos sociais, econômicos e humanos, sejam debeladas.

3.4 PROPRIEDADE INDUSTRIAL E CRIME ORGANIZADO

A partir da década de 1990, diante da idéia de uma nova espécie criminalidade, decorrente do incremento das atividades criminosas de grupos de delinqüentes organizados, com atuação globalizada e transnacional, surgem e se consolidam as expressões “crime organizado” e “criminalidade organizada”, cuja definição tem sido objeto de muitos debates e reflexões; todavia, em que pese os esforços para oferecer um conceito que compreenda todas as suas implicações multidisciplinares (jurídica, sociológica, criminológica etc.)¹⁷⁹, sua definição tem sido um dos principais problemas que se verificam no estudo dessa forma de criminalidade; busca-se identificar e indicar suas características, tais como: estrutura piramidal¹⁸⁰ e empresarial, infiltrações nos aparelhos dos poderes

¹⁷⁹ PLANET ROBLES, Silvia. *Políticas de seguridad y prevención en el Estado español en materia de delincuencia organizada*. In.: Cândido da Agra et al. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 164.

¹⁸⁰ “(...) No topo da pirâmide encontram-se os todo-poderosos mandantes que jamais são molestados, simplesmente porque desconhecidos, anônimos ou ‘cidadãos acima de qualquer suspeitas’. Em degrau inferior e distinto, situam-se os cérebros da organização que representam um elevado percentual dentre os afazeres e as atividades empresariais ilícitas. Desses planejadores exigem-se dotes excepcionais de inteligência, contração ao trabalho, discrição laboral e uma aguçada lógica indutiva capacitada a prever um universo de hipóteses e suas soluções correspondentes. No último degrau da pirâmide estão os executores que se constituem no braço armado da entidade e, na maioria das vezes, são delinqüentes contumazes, plurirreincidentes e que, no jargão penitenciário, são classificados como ‘cadeeiros’ segundo o feliz achado de Augusto Thompson. Funcionam como ‘iscas’ em relação à repressão policial

executivo, legislativo e judiciário, etc., mas não se consegue chegar a uma definição desta modalidade de atuação criminosa.

Por outro lado, é importante destacar que o fenômeno da delinquência organizada, apesar de configurar uma das grandes questões de que se ocupa a sociedade atual, não pode ser considerada um novo risco social, ou seja, trata-se de um fenômeno criminal que sempre existiu, não obstante, na atualidade, seu elevado crescimento em decorrência dos contínuos avanços tecnológicos, as novas tecnologias em informática e comunicações, a globalização, a abertura dos mercados etc.

Na verdade, toda ação ou omissão, definida como crime ou não, que não esteja circunscrita a uma simples reação momentânea ou instintiva a determinada situação, tem um componente de organização. Mas, mais do que isso, se determinada conduta realiza-se por mais de uma pessoa, com uma finalidade comum, o que pode acontecer tanto no campo das condutas lícitas como no das ilícitas, o componente da organização manifesta-se de maneira mais evidente.

No que se refere ao presente estudo, há cada vez mais intensa vinculação entre o fenômeno da criminalidade organizada e os delitos contra a propriedade intelectual e industrial.

porque ajudam os aparelhos estatais perante as exigências da opinião pública já que, presos, dão a falsa noção de que o crime está plenamente esclarecido, obrigando os órgãos oficiais à criação de fatos, ajustes de circunstâncias, artificialização de condições ambientais etc., a fim de produzir uma falsa versão fática que possa travestir-se de crível diante da sociedade revoltada. Mais uma vez, os órgãos de comunicação social prestam-se à sanha estatal encarregada do engodo produzido contra a sociedade debilitada."DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues. *Princípio vitimológico e*

A aplicação dos avanços tecnológicos no campo da propriedade intelectual e industrial proporcionou uma evidente fragilidade e vulnerabilidade desses direitos¹⁸¹. A obtenção de lucro em grande quantidade, associada à facilidade da prática de condutas violadoras desses direitos, atraiu a atenção e o interesse de muitos daqueles que procuram *lucro fácil* e, dentre estes, encontram-se inúmeras organizações criminosas com importante ramificação internacional¹⁸² cuja atuação se dá em escala industrial, razão pela qual os delitos contra a propriedade intelectual experimentaram grande crescimento nas últimas décadas.

Além disso, muitas organizações criminosas, tendo em vista os já mencionados grandes lucros que podem ser auferidos por meio da violação dos direitos, quer de propriedade intelectual, quer de propriedade industrial, têm concentrado uma considerável parte de seus esforços nesse *novo* campo de delinqüência, já que este tem se mostrado tão ou mais lucrativo que as tradicionais atividades tidas como tradicionais do crime organizado, tais como: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, contrabando, etc.

criminalidade organizada. In.: André Copetti (org.). *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: Estudos em homenagem ao Professor Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 34.

¹⁸¹ TIRADO ESTRADA, Jesus J. *Delincuencia organizada y tráfico ilícito de productos de marca. Perspectivas de acción internacional en el ámbito del tercer pilar*. In.: Juan Manuel Fernández López (Dir.). *Propiedad Industrial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 49, 2003, p. 250.

¹⁸² “(...) *El fenómeno del crimen organizado de carácter transnacional...rompe el circuito de validez y eficacia de las normas, puesto que se establece fuera de su alcance. Normalmente, este tipo de delitos no sólo traspasa las fronteras nacionales, sino que las utiliza, precisa y deliberadamente, para sus fines, ya que las autoridades, como el Derecho Penal al cual sirven, están delimitadas por el principio de territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad, y toda intromisión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano. Mientras el dinero sucio viaja electrónicamente alrededor del mundo e las órdenes de un operador, la acción judicial se enfrenta en estos casos con problemas específicos, tanto en terreno de los hechos como en el jurídico, pues las diferencias que a menudo existen entre las legislaciones de los distintos países contribuyen a acentuar el problema.*” CERVINI, Raul. *Criminalidad organizada y lavado de dinero*. In.: André

O envolvimento de organizações criminosas nos delitos contra a propriedade intelectual e industrial exige e autoriza que o combate dessa modalidade de delinqüência deve se dar sob a ótica própria do enfrentamento de uma atividade organizada e pluriofensiva.

Importante esclarecer, desde logo, que o fato de os delitos contra a propriedade intelectual e industrial hoje fazerem parte do rol de atividades ilegais praticadas por organizações criminosas não autoriza tratá-los, desde que praticados sem tais características de delinqüência transnacional e organizada, como crimes de especial gravidade.

A legislação referente aos crimes contra a propriedade industrial apresenta deficiências que é preciso corrigir; aperfeiçoando-se a lei nos aspectos penais, e, principalmente, no que se refere aos aspectos processuais, será possível estabelecer um conjunto normativo capaz dar a necessária proteção aos titulares dos direitos de propriedade industrial e sancionar de maneira adequada os infratores. Vale repisar que, com isto, não se está propugnando agravamento das penas para os crimes contra a propriedade industrial.

Voltando ao crime organizado, este, tendo em vista o fenômeno da globalização, tem-se mostrado praticamente sempre transnacional, razão pela qual seu enfrentamento se deve dar não com base em reações nacionais individuais: mostra-se imprescindível a cooperação e a atuação internacional conjunta, pois só assim será possível um eficaz combate às máfias internacionais

que atuam em todo o mundo, não só com delitos de grande potencial ofensivo como o tráfico de drogas, o contrabando de armas e munições, mas também com os delitos relativos à propriedade industrial.

Importante esclarecer que ainda que surpreendidas na prática de infrações penais de menor potencial ofensivo, como no caso dos delitos contra a propriedade industrial, essas organizações criminosas internacionais podem ser alcançadas e punidas pela prática de delitos graves que lhe são comuns e que sempre estão presentes em suas atividades criminosas.

Qualquer pessoa que caminha pelas ruas dos grandes centros pode observar que a maior parte das mercadorias obtidas com violação de direitos de propriedade intelectual e industrial, oferecidas pelos camelôs, são contrabandeadas; e sempre que falamos em contrabando temos de pensar na evasão de nossas divisas.

Além disso, há necessidade de se *lavar* o grande volume de dinheiro movimentado com os crimes contra a propriedade intelectual e industrial.

Logo, não é o fato de os delitos contra a propriedade industrial estarem incluídos no rol das infrações penais de menor potencial ofensivo que impedem um eficaz combate e punição dos integrantes das organizações criminosas que se dedicam a essa prática delituosa.

Não há dúvida, todavia, de que para melhor enfrentar essa criminalidade organizada e transnacional é preciso, dentre outras medidas, uma maior cooperação entre as autoridades policiais, judiciais e aduaneiras dos vários países envolvidos; facilitação e aproximação das normas referentes à abertura e troca de informações entre os Estados visando melhorar a referida cooperação; adoção progressiva de normas que possam melhor definir os elementos mínimos caracterizadores da delinqüência organizada, com conseqüente agravamento das penas para crimes praticados por integrantes de organizações criminosas, etc¹⁸³.

Isto porque, como já se disse, enquanto a delinqüência organizada, despida de todo e qualquer condicionamento territorial, navega num oceano de liberdade sem limites, isto é, em que não existem barreiras ou fronteiras, o Estado é dependente de inúmeros obstáculos que parecem intransponíveis diante das questões que envolvem o relacionamento entre os países interessados em combater com eficiência esse grande mal que aflige a sociedade contemporânea.

Mas, além disso, o crime organizado tem à sua disposição os mais modernos recursos tecnológicos enquanto o Estado está sempre condicionado a poucos investimentos financeiros, sujeitos a um sem-número de regras e procedimentos para sua utilização; tal disparidade faz com que o crime

¹⁸³ “(...) *La afeción de material sensible de la soberanía, las diferencias entre los diversos sistemas procesales nacionales, el atasco judicial con asuntos domésticos, la insuficiencia de medios, el desconocimiento y la desconfianza mutuas, las barreras idiomáticas, la deficiente utilización de instrumentos internacionales ya de por sí complejos e insuficientes, la carencia de mecanismos nacionales de coordinación y de relación entre los agentes encargados de velar por el cumplimiento de la legalidad, son todos ellos factores que han venido contribuyendo a dibujar un escenario de fracaso generalizado de la cooperación judicial internacional.* TIRADO ESTRADA, Jesus J., op. cit., p. 252.

organizado ocupe uma posição bastante privilegiada em relação ao Estado, dificultando sua atuação.

Portanto, apesar da forte vinculação entre o fenômeno da criminalidade organizada e os delitos contra a propriedade industrial, a solução do grave problema não está no agravamento, no direito interno, das penas dos tipos penais relativos à propriedade industrial, como defendem alguns.

4. A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO PENAL DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Ao longo da história o Brasil sempre ocupou lugar de destaque na proteção dos direitos de propriedade industrial. Esteve entre os países que primeiro firmaram a Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial e, no âmbito constitucional¹⁸⁴, tem mantido normas garantidoras desses direitos.

Com relação à proteção penal da propriedade industrial, muito antes do Decreto-Lei 7.903/45, antigo Código da Propriedade Industrial, já se encontravam no ordenamento brasileiro normas penais referentes aos crimes contra a propriedade industrial¹⁸⁵.

Se a proteção penal dos direitos de propriedade industrial foi sempre necessária, no panorama atual de grande crescimento desses delitos a intervenção penal mostra-se imprescindível diante das características que se revelam nesse novo cenário.

¹⁸⁴ No que se refere ao aspecto histórico de nossa legislação, José Henrique Pierangeli esclarece que: *“Proclamada a independência, a Carta Constitucional de 1824, entre as garantias dos direitos civis, incluiu o privilégio exclusivo e temporário das descobertas, dispondo o art. 179, inc. XXVI: ‘Os inventores terão a propriedade das suas descobertas ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização’. Com tal providência (...) a nossa legislação constitucional proclamava o direito do inventor como direito de propriedade, princípio que viria, depois de mais de cinqüenta anos, ser proclamado no Congresso da Propriedade Industrial de Paris, ou seja, em 1878.”* PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 52.

¹⁸⁵ *“O Código Penal de 1890, sem apresentar qualquer discrepância com as normas constitucionais que lhes foram posteriores, cuidava dos crimes contra os ‘direitos de patentes de invenção e descobertas’ (arts. 351 e 352, com seus muitos parágrafos) e ‘violação dos direitos de marcas de fábrica e de comércio’ (arts. 353, 354 e 355 e seus vários parágrafos).”* PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 54.

Todavia, a vigência no Direito Penal do princípio da intervenção mínima nos obriga a discutir a questão da necessidade de proteção penal dos direitos de propriedade industrial. Como já se disse, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, a razão extrema, o último remédio, não podendo ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime.

O princípio da intervenção mínima constitui um limite ao *ius puniendi* estatal, cuja consequência, de um lado, é o caráter *fragmentário* do direito penal. Isto porque os ilícitos penais não abrangem toda a gama de condutas ilícitas reguladas pelo Direito; revelam apenas um fragmento, um pequeno conjunto de condutas que devem representar os casos de ofensas inaceitáveis àqueles bens ditos primários, indispensáveis à própria existência social. Mas, mais do que isso, a feição *subsidiária* do direito penal, apenas admite sua intervenção se e quando fracassarem outras formas de proteção do bem jurídico estabelecidas em outros ramos do direito, ou seja, só quando os outros tipos de sanções previstas no ordenamento jurídico tiverem-se revelado incapazes de tutelar determinado bem jurídico é que estará legitimada a criação e utilização da sanção penal. A exigência da tutela penal só se apresenta quando não haja no ordenamento jurídico outro instrumento capaz de prevenir e reprimir ataques ao bem jurídico protegido com a mesma eficácia do direito penal.

A necessidade de manutenção da proteção penal e a garantia insculpida no princípio da intervenção mínima ganha maior importância em relação à matéria da propriedade industrial, diante da existência de um sistema de proteção no âmbito do direito civil, que confere ao titular desses direitos uma série de

mecanismos voltados ao enfrentamento de violações dos respectivos direitos, sistema esse que convive, na atualidade, com uma regulamentação penal e respectivas ações¹⁸⁶.

Os direitos de propriedade industrial, bem jurídicos de natureza preponderantemente individual, possuem uma transcendência econômica que ultrapassa a simples afetação dos interesses do titular do direito de propriedade industrial para proteger outros interesses, como, por exemplo, a livre iniciativa. Ao se proteger os direitos de propriedade industrial se está protegendo, em especial, a própria capacidade competitiva do empresário, garantindo o correto funcionamento do mercado.

Há uma transcendência para alcançar os interesses dos consumidores, que de maneira indireta são protegidos pelas regras garantidoras da propriedade industrial. É evidente que eventuais ataques aos direitos de propriedade industrial, a par de constituírem lesão ao direito de exclusividade de uso, na maior parte dos casos acabam por evidenciar um ataque aos consumidores no que se refere à autenticidade do produto, à certeza sobre sua qualidade e procedência, razão pela qual um grande número de pessoas pode ser prejudicado.

Podemos afirmar que a exploração ou utilização de um direito de propriedade industrial sem o consentimento do titular constitui sempre um ato ilícito, que supera um mero ilícito civil para constituir, de fato, um ilícito penal. A aplicação de sanção unicamente na esfera civil revela-se insuficiente para garantir

¹⁸⁶ SEGURA GARCÍA, Maria José, op. cit., p. 250.

a integridade dos direitos dos titulares e, ao mesmo tempo, assegurar a realização das funções do Estado no que se refere a ordem econômica¹⁸⁷, razão pela qual se justifica a necessidade de proteção penal.

As diferentes proteções, isto é, a civil e a penal¹⁸⁸, tutelam o mesmo objeto: os direitos de propriedade industrial; todavia, têm diferentes finalidades: enquanto a sanção civil objetiva reparar o dano causado pelo ato ilícito praticado, compensando o prejuízo causado ao titular do direito lesado, a sanção penal tem funções de prevenção geral e especial, que, através da imposição de pena ao autor do crime, objetiva evitar que futuras lesões de mesma natureza ocorram.

Diante do quadro de crescimento desenfreado da violação de direitos de propriedade industrial, em que se verifica a adulteração e falsificação de todos os tipos de produtos em larga escala, sem dúvida justifica-se a necessidade de proteção penal dos direitos de propriedade industrial. São incalculáveis os prejuízos. Não apenas para os titulares desses direitos, mas também ao Estado ante a desordem que atinge a economia, com significativos danos para a arrecadação de tributos, além de evidentes ofensas aos consumidores.

¹⁸⁷ SEGURA GARCÍA, María José. *Los delitos contra la propiedad industrial en el código penal español de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 36.

¹⁸⁸ “(...) Esta diversidad de finalidades proporciona, a cada uno de dichos instrumentos de tutela jurídica, el propio del Derecho civil y el del Derecho penal, sus propias peculiaridades, que vienen a traducirse, desde el punto de vista práctico, en determinadas características, importantes de conocer a la hora de optar por uno u otro. Sin duda alguna, la ventaja principal de la opción jurídico-penal es la de su, a priori, mayor eficacia preventiva. Aunque se podría discutir mucho al respecto, es criterio generalmente aceptado que la protección jurídico-penal, por tener un mayor carácter coactivo y represivo, puede resultar más eficaz, especialmente, desde el punto de vista de la prevención general, entendida ésta como intimidación al cuerpo social por al amenaza de la pena.” SEGURA GARCÍA, María José. *Los delitos ...*, op. cit., p. 36.

A grande preocupação, todavia, refere-se às últimas propostas de reforma da legislação penal que não observam o princípio da intervenção mínima, chegando uma delas ao absurdo de propor a *"majoração das penas atualmente previstas em detenção de três meses a um ano ou multa para detenção de dois anos e dois meses a quatro anos e multa."*

Segundo proposta de alteração legislativa, obstaculizar os benefícios introduzidos pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), além do próprio *sursis*, "*justificaria*" a fixação de "**dois anos e dois meses**" para o limite mínimo da reprimenda¹⁸⁹. Logo, projetos como esse propugnam que a pena privativa de liberdade seja significativamente elevada, objetivando suprimir importantes conquistas dos cidadãos frente ao Estado no que se refere a infrações penais de menor potencial ofensivo, com flagrante descumprimento do princípio da necessidade, bem como ao *princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão*¹⁹⁰, que determina o mínimo de proporcionalidade da pena com o grau da lesão que o delito tenha provocado.

É que o princípio do direito penal mínimo, ao presidir o momento da elaboração da lei penal, impõe limites ao *ius puniendi* estatal não apenas no que se refere à possibilidade de determinar quais os ataques aos bens jurídicos necessitam de proteção penal, mas também quais os meios penais devem ser

¹⁸⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pirataria*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004, p. 331.

¹⁹⁰ Conforma salienta ZAFFARONI, "*As teorias preventivas da pena induzem ao desconhecimento desse princípio porque as agências políticas, invocando indemonstráveis efeitos preventivos,*

utilizados para garantir uma eficaz proteção do ordenamento jurídico¹⁹¹. Na atualidade, é critério já largamente aceito que a privação da liberdade só deve ser imposta aos criminosos perigosos, cujos crimes eventualmente praticados exijam tal reprimenda.

A realidade econômica propicia expansão dos mercados de produtos obtidos com violação de direitos de propriedade industrial, pois, obedecendo à lógica das relações econômicas capitalistas, abre novas oportunidades de empregos e, assim, suprindo as limitadas oportunidades oferecidas pelas atividades econômicas lícitas.

Esta lógica econômica já permite antever a inevitável ineficácia de uma política de controle fundada exclusivamente na intervenção do sistema penal: os empresários – grandes ou pequenos – e os empregados das empresas produtoras e distribuidoras dos produtos falsificados, ainda que presos, poderão ser facilmente substituídos por outros igualmente desejosos de oportunidades de emprego, necessidade que, por maior que seja a repressão, subsistirá enquanto estiverem presentes as circunstâncias socioeconômicas favorecedoras da demanda criadora e incentivadora do mercado. Onde houver demanda, haverá oferta.

atribuem a si mesmas a faculdade de estabelecer penas de modo arbitrário, ignorando qualquer hierarquia dos bens jurídicos afetados.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al, op. cit., p. 231.

¹⁹¹ SILVA SANCHES salienta que “...certamente, o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve ser realmente contida. Com efeito, a diminuição de garantias de ‘rigor’ dogmático poderia ser explicada (e inclusive legitimada) no Direito Penal contemporâneo se isso fosse o elemento correspondente a generalização de sanções pecuniárias ou privativas de direitos, ou – mais ainda – de ‘reparação penal’ (nos casos em que essa fosse concebível) em lugar das penas privativas de liberdade.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit., p. 139.

Além disso, não se pode olvidar que *princípio da proporcionalidade* que em matéria de quantidade¹⁹² da pena vem exteriorizado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto*, tem por fundamento lógico e axiológico o princípio da legalidade.

A resolução dos graves problemas relativos à violação dos direitos de propriedade industrial por certo não depende da criação de novos tipos penais, ou da redução das possibilidades de obtenção dos benefícios legais introduzidos pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), ou mesmo do agravamento das sanções penais. O simples endurecimento da lei penal não apenas favorece a falsa ilusão da resolução desses problemas, como acaba por desvirtuar todo o sistema constitucional vigente¹⁹³.

¹⁹² Luigi Ferrajoli assinala que, “Num livro recente, intitulado *La commisurazione della pena, porém dedicado exclusivamente ao problema da determinação de pena por parte do juiz, Emilio Dolcini lamenta a escassez de literatura penal sobre o tema. Mas se é escassa a literatura em matéria de determinação judicial, no que se refere à predefinição legislativa as qualidade e da quantidade da pena é quase inexistente. Depois de ter comprometido e envolvido o debate iluminista, este difícil problema da ciência da legislação parecer ter desaparecido do horizonte teórico da cultura penalista, confirmando o já apontado abandono do ponto de vista externo por parte desta e sua atitude contemplativa em relação ao direito vigente.*” FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 320.

¹⁹³ Nada justifica a imposição de uma pena desproporcional à lesão causada pela infração penal, assim, conforme adverte Eugenio Raúl Zaffaroni, “ *Tudo isso implica hierarquizar as lesões e estabelecer um grau de coerência mínima quanto à magnitude das penas vinculadas a cada conflito criminalizado, não sendo possível, por exemplo, tolerar que as ofensas à propriedade recebam pena maior que aquelas causadas à vida, como ocorre na legislação penal brasileira.*” ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al, op. cit., p. 231.

4.1 O BEM JURÍDICO TUTELADO

Atualmente, a doutrina entende que a missão do direito penal é a proteção aos bens jurídicos¹⁹⁴, isto é, o direito penal é um mecanismo tutelador, protetor e conservador de bens e interesses constituídos.

Sem adentrar no estudo da evolução histórica do conceito de bem jurídico, pode-se afirmar que se encontra hoje pacificado o entendimento segundo o qual cabe ao legislador definir os bens que, em dado momento histórico, merecem a proteção penal¹⁹⁵.

A seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos deve ser realizada partindo-se da premissa de que não se admite mais restrições de direitos que aquelas que se mostrem absolutamente indispensáveis para a manutenção da segurança e do bem-estar da sociedade, observando-se os valores supremos da liberdade, da justiça e da igualdade delineados no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

É necessário determinar, então, qual seja o concreto bem jurídico protegido pelos tipos penais de tutela da propriedade industrial, para verificar se é

¹⁹⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, op. cit., p.125.

¹⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit., p.35.

realmente imprescindível a existência do delito, bem como identificar qual é o *valor*¹⁹⁶ protegido pela norma penal.

A matéria dos delitos contra a propriedade industrial conta com uma importante tradição em nosso direito penal, com a particularidade de não apenas ter figurado no texto do Código penal, mas também por ser objeto de legislação penal especial, de maneira que após uma primeira concepção de caráter exclusivamente patrimonialista dos direitos de propriedade industrial, a evolução posterior e a realidade atual revelam uma maior preocupação com a proteção dos interesses coletivos que são afetados quando são infringidos tais direitos.

Na verdade, o bem jurídico imediata ou diretamente protegido pela norma penal relativa aos delitos contra a propriedade industrial, é a exclusividade de propriedade dos respectivos direitos (das patentes de invenção ou de modelo de utilidade, dos desenhos industriais, dos sinais distintivos: das marcas de produtos ou serviços e, ainda, do nome comercial, do título de estabelecimento, das insígnias, expressão ou sinal de propaganda), que se concede como consequência da inscrição registral, ou seja, a exclusividade de exploração das

¹⁹⁶ *“Considerando a missão do Direito penal como proteção ao bem jurídico, há necessidade de esclarecer-se no que constitui esta, num sistema aberto, onde se tem no agir comunicativo a base de uma teoria consensual, sendo o crime ou delito um dissenso deste agir, que violenta os valores vigentes e, portanto, a reprovação, através da sanção penal, e reafirma o conceito e validade desses valores, num determinado momento da existência do grupo social. De fato, a proteção ao bem jurídico, como missão do Direito Penal, implica o reconhecimento de uma sociedade aberta, onde os valores se pautam no mundo de vida de cada um, onde os partícipes da comunicação se movem no horizonte de possibilidades irrestritas de entendimento, que permite uma auto-realização social.”* CAMARGO, Antonio Luís Chaves, op. cit., p.126.

patentes e demais invenções ou criações de forma; e a exclusividade de uso dos sinais distintivos¹⁹⁷.

A exclusividade de exploração decorre da natureza incorpórea, imaterial, desses bens, que se materializam em coisas tangíveis para serem percebidos pelos sentidos, portanto, suscetíveis de serem reproduzidos ilimitadamente e de modo simultâneo em diversos lugares¹⁹⁸.

Observe-se que, recorrendo à máxima de Claus Roxin, segundo a qual não se pode ir, com o Direito Penal, além do que estabelece o bem jurídico, parece clarificada sua importância e a necessidade de sua delimitação¹⁹⁹, para

¹⁹⁷ Nesse sentido, entre outros, José Henrique Pierangeli, op. cit., p. 188: “*Por conseguinte, o bem jurídico penalmente tutelado é a propriedade industrial, como parte integrante da propriedade intelectual, concretizada aqui, na patente que outorga ao seu titular (pessoa natural ou jurídica), um direito exclusivo de exploração sobre a invenção, que constitui o seu objeto.*”; SEGURA GARCÍA, María José, *Derecho...*, op. cit., p. 229: “*Se le concede, entonces, a estos derechos de exclusiva de explotación, una protección más intensa y de carácter público, la protección penal, contra determinados ataques que, por sus características, los lesionan gravemente, constituyéndose los mismos, y sólo ellos, como ya hemos indicado anteriormente, en los bienes jurídicos protegidos....*”; MORENO CÁNOVES, Antonio e RUIZ MARCO, Francisco. *Delitos Socioeconómicos: Comentario a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*. Zaragoza: Editorial EDIJUS, 1996, p. 81: “*Se pretende, pues, la protección, a modo de última ratio, de la exclusividad de explotación, en los supuestos de patentes y demás invenciones o creaciones de forma (modelos y dibujos industriales, etc.); y la exclusividad del uso, en los supuestos relativos a los signos distintivos (marcas, nombres comerciales, etc.)*”; MORENO Y BRAVO, Emilio. *Delitos contra la Propiedad Industrial*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 44: “*La doctrina mayoritariamente ha considerado que el bien jurídico inmediato o directamente tutelado en los delitos contra la propiedad industrial está configurado por los derechos de exclusividad de propiedad industrial...*”; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 30: “*lo cierto es que el objeto jurídico **inmediatamente tutelado** en los diferentes preceptos que vamos estudiar es de naturaleza individual(...) cabe afirmar que el bien jurídico que se preserva en ellas puede reconducirse a la idea del ‘monopolio legal o derecho de exclusividad que constituye el contenido jurídico de todas y cada una de las modalidades de propiedad industrial’*”.

¹⁹⁸ SEGURA GARCÍA, María José, *Los delitos...*, op. cit., p.31.

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 63.

reconhecer a correspondência do bem jurídico tutelado dos direitos autorais com os da propriedade industrial²⁰⁰.

Não obstante a proteção de interesses particulares, é preciso reconhecer a existência de um bem jurídico mediato que está vinculado à *ratio legis*, ou finalidade objetiva da norma e que constituem as razões que levaram o legislador a penalizar determinadas condutas. Deduz-se, portanto, que nem sempre existe coincidência entre o bem jurídico tutelado e a *ratio legis*, tendo em vista que as razões que orientam o legislador a tipificar determinadas condutas não são, necessariamente, coincidentes com o bem jurídico tutelado²⁰¹.

Precisamente nessas infrações penais, não obstante a proteção do interesse particular do titular do direito de propriedade industrial, é indubitosa a dimensão socioeconômica que dimana das normas penais, pois quando se retira do livre comércio os sinais distintivos e as invenções patenteáveis, conferindo titular a exclusividade do direito de uso, exploração e aproveitamento econômico, impedindo que terceiros não autorizados se utilizem desses bens, se pretende,

²⁰⁰ Nesse sentido, entre outros, MIRÓ LLINARES, Fernando. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 233: “Descartados los derechos morales como parte del objeto jurídico de protección, al igual que los intereses jurídicos colectivos relacionados con el desarrollo cultural o el orden económico, podemos concluir que el bien jurídico protegido por el artículo 270 y siguientes del Código Penal, reguladores de los delitos relativos a la propiedad intelectual, está integrado por los intereses económicos individuales derivados de los derechos de exploración exclusiva de propiedad intelectual.”; GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual*. In: José Cerezo Mir, Rodrigo F. Suárez Montes, Antonio Beristain Ipiña, Carlos M. Romeo Casabona. *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos – Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada, 1999, p. 762/769: “Por el derecho de explotación se le reconoce al autor el monopolio en la percepción de los beneficios económicos derivados de la utilización de su obra. El aprovechamiento de los mismos corresponde en exclusiva al autor, por lo que no pueden ser ejercitados por terceros sin su autorización, salvo en los casos previsto por la ley... Con todo, el sentido real de estos delitos, es, a mi juicio, eminentemente patrimonial, sin que el art. 270 ofrezca elementos que permitan ver en su contenido una orientación a la tutela de intereses generales o una naturaleza predominantemente socioeconómica.”

em última análise, assegurar a livre concorrência, não só no interesse dos empresários concorrentes, mas, principalmente, para salvaguardar os interesses gerais do mercado e, especialmente, dos consumidores com relação à autenticidade dos símbolos que distinguem os produtos²⁰².

Como concordam vários autores, uma das características fundamentais dos chamados bens supra-individuais, está na indeterminação das vítimas. De fato, *in casu*, num primeiro momento se pode identificar o detentor dos direitos de propriedade industrial como ofendido imediato. Em segunda hora, contudo, toda a sociedade de forma genérica, também é prejudicada, assim como a própria ordem econômica²⁰³.

Ademais, a tutela dos direitos de propriedade industrial, que se constituem como um *valor* constitucionalmente proclamado²⁰⁴, torna-se indispensável para que se garanta o exercício da livre iniciativa, tendo em vista que tanto os sinais distintivos da empresa, como as criações inventivas, são elementos fundamentais

²⁰¹ MORENO Y BRAVO, Emilio, op. cit., p. 46.

²⁰² SEGURA GARCÍA, María José, *Los delitos...*, op. cit., p.28.

²⁰³ Em favor dessa opinião uma das primeiras manifestações foi de BERDUGO GÓMES DE LA TORRE, para quem os comportamentos que atentam contra os direitos de propriedade industrial *“lesionan la norma de intervención del Estado en la vida económica, que concede este monopolio y el interés individual que de ella emana, pero no como en otros momentos se sostuvo, el derecho de propiedad sobre un invento, que debía ser tutelado por el Estado.”* BERUGO GOMES DE LA TORRE, Ignacio. *La reforma de los delitos contra la propiedad industrial*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, vol. 2, núms.. 37/40, enero-diciembre 1983, p. 740 s, *apud* GUINARTE CABADA, Gumersindo. *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*. Madrid: Edersa, 1988, p.159.

²⁰⁴ CF, art. 5.º, XXIX - *“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros dignos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.”*

da própria empresa, de maneira que, protegendo-os estar-se-á protegendo a própria capacidade competitiva do empresário²⁰⁵.

O agravamento dos ataques a estes direitos pode chegar a afetar, em última análise, o bom funcionamento do sistema econômico e os interesses dos consumidores²⁰⁶.

A *livre iniciativa* – um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que envolve a liberdade de indústria e comércio – vem tratada de forma expressa no artigo 170 da Constituição²⁰⁷ obrigando os poderes públicos a proporcionar a garantias para seu exercício e desenvolvimento, sem olvidar que a Carta de 1988 se preocupa com a justiça social e o bem comum.

No mesmo sentido, a *livre concorrência*, enquanto princípio da ordem econômica proclamado constitucionalmente, é uma manifestação da livre iniciativa, cujo objetivo é realizar também uma função político-social, razão pela qual compete ao Estado a edição das regras necessárias para garantir e proteger

²⁰⁵ SEGURA GARCÍA, Maria José, *Derecho...*, op. cit., p. 216.

²⁰⁶ Nesse sentido, entre outros, PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 218: “Por conseguinte, a marca no mundo dos negócios, adquire uma dupla finalidade: a) para o seu titular, porque quanto maior for o êxito de suas atividades, sejam elas remuneradas ou não, maior importância adquirirá a marca que as distingue ao aumentar sua clientela; b) para o consumidor, porque a marca lhe serve de garantia acerca da origem ou procedência dos produtos que consome ou dos serviços que recebe. É por tal razão que incluímos como sujeito passivo o consumidor.”; SEGURA GARCÍA, Maria José, *Derecho...*, op. cit., p. 28: “A mayor abundamiento, el ataque penalmente relevante a estos derechos puede llegar a afectar, en última instancia, al buen funcionamiento del sistema económico y a los intereses de los consumidores.”

²⁰⁷ CF – “Art. 170, parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei”.

a livre concorrência, inclusive afastando eventuais obstáculos que impedem ou dificultam seu crescimento²⁰⁸.

Para tanto, surge no ordenamento jurídico nacional, um importante conjunto de normas constituído pelos chamados direitos sobre bens imateriais, entre os quais se encontram, precisamente, os direitos da propriedade industrial.

Assim, a articulação jurídica de proteção específica e direta do particular, que detém o direito de uso e exploração exclusivos, constitui o autêntico *bem jurídico* tutelado pela norma penal; todavia, podemos afirmar que a finalidade última é a proteção do sistema econômico que se funda na livre iniciativa e na livre concorrência.

Logo, não só no interesse patrimonial dos empresários competidores é que o legislador se propõe a outorgar direitos de propriedade industrial, mas também, e principalmente, no interesse coletivo consubstanciado no proveito dos consumidores, que não podem ser enganados sobre determinadas características dos produtos, além do interesse do próprio Estado na proteção da ordem econômica, imprescindível para o desenvolvimento do país²⁰⁹.

²⁰⁸ Nesse sentido, “*Existen razones para creer que se está protegiendo el cumplimiento de unas normas de competencia, o, si se prefiere, la competencia conforme a unas reglas, sin que ello impida que, indirectamente, resulten protegidos los derechos de exclusividad de los titulares.* CASTINEIRA PALOU, María Teresa. *Sobre el alcance de la protección penal de la propiedad industrial.* In: Jesús-María Silva Sanches. *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 267.

²⁰⁹ “*Por tanto, podemos afirmar que el bien jurídico protegido por las infracciones penales que ahora analizamos es el derecho del titular registral a explotar de forma exclusiva el objeto del mismo (signo distintivo, invención patentable, etc.), aunque mediante esta protección penal se logra, en última instancia (ratio legis o fin de la norma), tanto la protección de los intereses de los consumidores, como el refuerzo del cumplimiento de las reglas que rigen y disciplinan la actividad mercantil e industrial, contribuyendo así al buen funcionamiento del mercado en general, especialmente las que desarrollan el principio de libre competencia. Desde otro punto de vista, y*

Importante lembrar que a matéria referente à tutela penal da propriedade industrial era regulada pelos artigos 187 a 191, do Código Penal, que foram revogados pelos artigos 169 a 174, do Código da Propriedade Industrial (Decreto-Lei n.º 7.903/45). Este decreto foi revogado pelos artigos 183 a 195, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, editada em decorrência de compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, especialmente da ratificação da Convenção de Paris para proteção da Propriedade Industrial, de 1883, e no já mencionado Acordo TRIPS (*Trade Related Intellectual Property Rights*), da Organização Mundial do Comércio.

Não há como deixar de reconhecer a ordem econômica como bem jurídico mediato, tendo em vista as razões de política criminal que levaram o legislador a criminalizar determinadas condutas atentatórias aos direitos de propriedade industrial, de acordo com os princípios constitucionais garantidores da livre iniciativa e da livre concorrência. Assim, a finalidade da norma é, em última análise, proteger a ordem econômica do país, protegendo a capacidade competitiva das empresas, com a manutenção de uma ordem concorrencial devidamente saneada²¹⁰.

Alem disso, é fundamental perceber que está deve ser uma opção político-criminal do legislador. Este acaba tendo, principalmente em uma sociedade

utilizando otra terminología, se podrías decir que estos son delitos con bienes jurídicos intermedios o espiritualizados, delitos de naturaleza mixta, patrimonial y socio-económica, que se ubican entre los intereses del Estado y los intereses de un modo que, a través de los delitos contra la propiedad industrial no sólo se pretenderían tutelar los intereses patrimoniales de los titulares de los derechos de propiedad industrial sino, igualmente, el interés general o el de los consumidores a un funcionamiento correcto y leal de la competencia en el mercado. SEGURA GARCÍA, Maria José, *Los delitos...*, op. cit., p. 32.

²¹⁰ MORENO Y BRAVO, Emilio, op. cit., p. 46.

capitalista e pós-industrial como a atual, um amplíssimo campo para estabelecer os critérios penais. Se não há, plenamente, correspondência das condutas com o bem jurídico tutelado, a justificativa última deve ser tida na política criminal²¹¹.

Do mesmo modo, é fundamental esclarecer que, a propriedade industrial, enquanto parte integrante da propriedade intelectual, deve, em verdade, estar sujeita a mesma opção político-criminal que recentemente orientou o legislador na alteração do tratamento das violações dos direitos autorais (Lei 10.695, de 1.º de julho de 2003), especialmente no tocante ao procedimento destinado à apuração dessas infrações penais²¹².

²¹¹ Por ocasião da elaboração de sua tese de doutoramento defendida na Universidade de São Paulo, relativa ao Direito penal supra-individual: interesses difusos, assim se manifestou Renato de Mello Jorge Silveira: “(...) *A Política Criminal despontaria, como pretendem alguns autores nacionais, como uma espécie de ‘ciência da esperança’, na medida de seu compromisso com as questões atinentes aos fundamentos e fins do Direito Penal, bem como à origem e à natureza do crime. O Direito Penal, lembre-se é reflexo da política do Estado que o reveste. Liberal ou autoritário, irá ele espelhar, politicamente, os anseios governamentais. Não se está a dizer que ele é tendencialmente orientado para fins políticos (v.g., de regimes de força), mas, sim, que ele e a própria Política Criminal que o orienta vão denotar o Estado de que fazem parte. Sempre presente é o cuidado para que, em terreno tão fértil quanto o dos interesses difusos, não se caia na tentação de mera criminalização. Também aqui, a Política Criminal, em sua faceta científica, deve demonstrar a situação paradoxal de uma expansão do Direito Penal divorciada da sua estrutura sistêmica. Em outras palavras, na expansão penal percebida na seara dos interesses difusos pode ser aceita e justificada as bases dogmático-jurídicas da atualidade. A Política Criminal de hoje não mais pode ser comparada com a do passado, mesmo um passado recente. Os problemas da moderna criminalidade, bem como as alterações por que tem passado o mundo nos últimos anos, impõem uma reflexão profunda. As criminalidades econômica e ecológica, o contrabando de drogas, as lesões constatadas em diversos consumidores por falhas em produtos industrializados são apenas algumas facetas da nova criminalidade relativa aos interesses difusos, a qual necessita de respostas outras, que não somente as tradicionais.*” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit., p.168.

²¹² “*La referencia a los delitos socioeconómicos no sirve, por tanto, para determinar en sentido estricto y de modo concreto cuál es el bien jurídico protegido en los mismos. Es más ajustado afirmar que de esta denominación se desprende una referencia criminológica, que expresa el campo en el que se producen estos delitos, sus repercusiones colectivas y la finalidad político-criminal que se persigue con las mismas. De hecho, el orden económico que se trata de salvaguardar integra intereses sociales de muy diversa índole (competencia leal, exigencias colectivas de limitación de la propiedad privada, sociedades mercantiles, propiedad industrial e intelectual...).*” CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Granada, 2002, p. 241.

Importante esclarecer, ainda que de modo perfunctório, que o mesmo não se pode concluir em relação aos crimes de concorrência desleal. Apesar de alguns pontos de conexão mútua e estarem todos os tipos penais definidos no art. 195, da Lei 9.279/96, que explicita em quatorze incisos e dois parágrafos as condutas penalmente relevantes, estas devem receber tratamento processual diferenciado, razão pela qual deve ser objeto de estudo separado.

Deve-se ressaltar que, tendo em vista a quantidade de delitos tipificados no referido artigo, há pluralidade de bens jurídicos protegidos, os quais não correspondem com o bem jurídico protegido nos crimes contra a propriedade industrial.

Na Itália, por exemplo, enquanto no código penal anterior o crime de concorrência desleal vinha tratado entre os delitos contra a fé pública, no código vigente está disciplinado no capítulo concernente aos delitos contra a indústria e o comércio²¹³.

Como assinala José Henrique Pierangeli, essa pluralidade de bens jurídicos protegidos, no fundo, se pode confundir com alguns protegidos em passagens do Código Penal, tais como: o estelionato, a difamação, o abuso de confiança, a violação de segredos, a fraude no comércio, os crimes contra o

²¹³ *“Anche in relazione a tale collocazione sistematica se è osservato che il bene giuridico tutelato dalla norma è rappresentato dalla pubblica funzione dello Stato di assicurare l’onesto svolgimento del commercio, e non già dagli interesse patrimoniali dei singoli acquirenti.”* LEME, Fabrizio. *La repressione penale della concorrenza sleale*. In: Trattato di diritto penale dell’impresa: il diritto penale industriale. Padova: Cedam, 1993, p. 43.

consumidor etc²¹⁴. Desse modo, há grande dificuldade na indicação de um único bem jurídico tutelado para o delito de concorrência desleal, até porque não é caso de um mesmo crime que pode ser praticado mediante ações alternativas.

4.2 OS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, no Título V – Dos Crimes contra Propriedade Industrial -, define as condutas de relevância penal que o legislador optou por tipificar. Assim, a propriedade industrial, que pode ser definida como o conjunto de regras que se referem às criações intelectuais de caráter industrial, tais como: invenções patenteadas, modelos de utilidade e desenhos industriais, bem como às relativas aos sinais distintivos das empresas, de suas origens e seus produtos, como por exemplo: nomes comerciais, marcas de fábrica e de comércio etc.²¹⁵, vem penalmente tutelada pela Lei da Propriedade Industrial em seus artigos 183 *usque* 194.

As normas penais que definem os crimes contra a propriedade industrial, e estabelecem as respectivas sanções penais estão divididas em cinco grupos, que correspondem aos seguintes Capítulos: I – Dos crimes contra as patentes (arts. 183, 184, 185 e 186); II – Dos crimes contra os desenhos industriais (arts. 187 e 188); III – Dos crimes contra as marcas (arts. 189 e 190); IV – Dos crimes

²¹⁴ PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, p. 275.

²¹⁵ SEGURA GARCÍA, Maria José, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 144.

cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda (art. 191); V - Dos crimes contra indicações geográficas e demais indicações.

A seguir, far-se-á uma análise, ainda que superficial, dos aspectos materiais relativos à propriedade industrial.

4.2.1 DOS CRIMES CONTRA AS PATENTES²¹⁶

O artigo 183, da Lei 9.279/96, pune, com pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, quem fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular. Com a mesma pena pune àquele que, sem autorização do titular, usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção.

A proteção de ambos os tipos de invenção é de vital importância para o desenvolvimento econômico e social do país, tendo em vista que através da

²¹⁶ “Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem: I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou II - usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem: I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 185. Fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 186. Os crimes deste Capítulo caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.”

concessão de um direito de exclusividade, ou monopólio temporal de exploração sobre invenções industriais, se estimula as atividades de invenção e inovação, bem como contribui-se para a elevação do conhecimento humano. Além disso, assegura-se ao inventor o ressarcimento do investimento empregado na investigação e desenvolvimento realizados, permitindo-lhe que se aproveite dos benefícios decorrentes da invenção realizada²¹⁷.

Assim, nos termos do disposto no artigo 8.º da Lei de Propriedade Industrial, é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de *novidade, atividade inventiva e aplicação industrial*. A própria lei se incumbem de esclarecer o significado dos referidos termos. Considera-se nova a invenção quando não está compreendida no *estado da técnica* (art. 11, LPI)²¹⁸, isto é, *tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior* (art. 11, § 1.º, LPI). A invenção é dotada de *atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica* (art. 14, LPI). Finalmente, é suscetível de aplicação industrial a invenção *quando possa ser utilizada ou produzida em qualquer tipo de indústria* (art. 15, LPI).

Os *modelos de utilidade* são invenções para as quais a lei exige, igualmente, os requisitos da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial. A Lei de Propriedade Industrial assinala que modelo de utilidade

²¹⁷ SEGURA GARCÍA, Maria José, *Los delitos...*, op. cit., p. 49.

²¹⁸ LPI – Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 - Lei da Propriedade Industrial.

consiste em dar a *um objeto, ou a parte deste, uma nova forma ou disposição, envolvendo um ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação* (art. 9.º , LPI).

Com relação a questão do registro, se depreende a exigência de que o direito de propriedade industrial esteja validamente registrado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI-, como pressuposto da infração penal²¹⁹. Isto significa que não é possível retroagir ao momento da apresentação da solicitação da patente, nem tampouco ao momento da publicação da referida solicitação²²⁰. Vale salientar que a Lei de Propriedade Industrial apenas concede uma proteção, de caráter provisório, que assegura ao titular, uma vez publicada a solicitação, o direito de exigir indenização a qualquer um que utilize a invenção até a concessão definitiva da patente²²¹.

De maneira expressa, o tipo penal exige a *falta de autorização do titular* da patente, elemento típico este que se define, pois, de maneira negativa. Logo, havendo consentimento do titular da patente, haverá irrelevância penal na conduta do sujeito ativo. Importante considerar que o titular tem a disponibilidade desses bens jurídicos, razão pela qual eventual utilização do objeto da patente

²¹⁹ “LPI - Art. 205. Poderá constituir matéria de defesa na ação penal a alegação de nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar. A absolvição do réu, entretanto, não importará a nulidade da patente ou do registro, que só poderá ser demandada pela ação competente.”

²²⁰ “LPI - Art. 38, § 3.º Reputa-se concedida a patente da data de publicação do respectivo ato.”

²²¹ SEGURA GARCÍA, Maria José, *Los delitos...*, op. cit., p. 52.

com a concordância do titular retira a lesão ao bem juridicamente protegido provocando, dessa forma, a atipicidade da conduta²²².

O artigo 184, da Lei 9.279/96, pune, com pena de detenção de um a três meses, ou multa, quem exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos²²³, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado. Trata-se de um tipo de múltipla ação (isto é, a conduta típica pode realizar-se por qualquer dos meios comissivos previstos)²²⁴, de maneira que se pratica um único delito ainda que se realizem várias das condutas descritas.

Portanto, pune-se o uso ilícito de produto contrafeito, isto é, fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado (bem como o uso dos produtos ilicitamente obtidos através do procedimento patenteado) definindo-se as condutas típicas mediante os verbos típicos exportar, vender, expor ou oferecer à venda, ter em estoque, ocultar ou receber, com fins econômicos.

²²² SEGURA GARCÍA, Maria José, *Derecho...*, op. cit., p. 79. Nesse mesmo sentido, entre outros, MORENO Y BRAVO, Emilio, op. cit., p. 53: “*Em cuanto al consentimiento, su concurrencia excluye el tipo por atipicidad de la conducta.*” MORENO CÁNOVES, Antonio e RUIZ MARCO, Francisco, op. cit., p. 87: “*Todas las modalidades de conducta presentan un requisito común: el sujeto activo debe actuar sin consentimiento del titular de los respectivos derechos de propiedad industrial. Se trata, pues, de un elemento negativo del injusto típico.*”; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 193: “*O consentimento do ofendido, ou do interessado, no caso o titular da patente ou modelo de utilidade, pessoa física ou jurídica, exclui a tipicidade. Alertamos, todavia, que a maioria da doutrina nacional optaria pela exclusão da antijuridicidade.*”

²²³ “*...los usos en actividades meramente privadas o experimentales, dará lugar a um supuesto de ausencia de tipo, tanto porque, desde el punto de vista fáctico, faltan los requisitos que delimitan la conducta típica.*” SEGURA GARCÍA, Maria José, *Derecho...*, op. cit., p. 89.

²²⁴ “*Se trata de comportamientos activos (fabricar, importar, etc.), por lo que no parece admisible la comisión por omisión.*” MORENO CÁNOVES, Antonio e RUIZ MARCO, Francisco, op. cit., p. 88.

Observe-se, pois, que além da invenção e do modelo de utilidade, o artigo 184 abrange também a violação de *meio ou processo patentado*, ou seja, o direito se refere a prática de uma das condutas catalogadas nos incisos I e II, que recaiam sobre um procedimento patentado.

O inciso II, tipifica a *importação* de produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patentado no País, para os fins previstos no inciso anterior²²⁵, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento²²⁶.

Da mesma maneira que ocorre com o tipo penal do artigo 183, para existência do delito exige-se a vigência e validade da patente, bem como a falta de autorização do titular desta. Em todas as modalidades de conduta, o sujeito ativo deve atuar sem o consentimento do titular da patente. Como já se disse, trata-se de um elemento negativo do injusto típico.

O artigo 185, da Lei da Propriedade Industrial, pune, com as mesmas penas de detenção, de um a três meses, ou multa, quem fornecer componente de um produto patentado, ou material ou equipamento para realizar um processo patentado; todavia, estabelece a exigência de que “a aplicação final do

²²⁵ Trata-se dos mesmos fins econômicos referidos no inciso I, já que os direitos conferidos pela patente não se estendem aos atos realizados no âmbito privado sem fins econômicos ou comerciais. Todavia, PIERANGELI, com relação à necessidade de fins econômicos também na figura do inciso II, do artigo 184, entende que: “*Aqui a lei não faz qualquer menção a fins econômicos.*” PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 197.

²²⁶ Há que se considerar que o âmbito da patente é restrito aos limites do país. Assim, por exemplo, fabrica-se o objeto da patente em determinado país onde a invenção não está protegida, para depois introduzi-la no Brasil, onde goza de proteção.

componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.” Assim, além das invenções inteiramente novas, tutela-se também o aperfeiçoamento ou melhoramento delas²²⁷.

Conforme adverte José Henrique Pierangeli, a complexidade da redação do tipo penal em análise pode levar o intérprete a equívocos. O objetivo da norma é reprimir todos os meios que possam, de qualquer forma, ameaçar os direitos de propriedade industrial assegurados pela patente²²⁸.

Indispensável aqui os esclarecimentos de José Carlos Tinoco Soares, no sentido de que há situações em que, para realização da patente, um ou mais de seus elementos se apresente de maneira essencial ao conjunto patentado, isto é, de seu todo. O fornecimento de tal componente, ainda que este não constitua sua parte fundamental, constituirá crime de violação de patente, desde que - ressalva a lei - induza, necessariamente, à exploração da patente²²⁹.

²²⁷ Aqui, importante a observação de Tinoco Soares de que, “...na maioria das vezes, contudo, a patente, o aperfeiçoamento, o melhoramento é o resultado de tudo que já foi descoberto antes e muitas vezes até objeto de outras patentes; por isso que e todo o preâmbulo dos memoriais de patentes há a necessidade primordial de demonstrar o estado da técnica e da menção, se for o caso, das patentes já existentes vencidas ou ainda vigentes”. SOARES, José Carlos Tinoco. *Processo civil nos crimes contra a propriedade industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 44. SEGURA GARCÍA esclarece que: “Se la patente se refiere a una mejora, perfeccionamiento o invención sobre una patente en vigor, es decir, la nueva invención, objeto de la patente dependiente, mejora o tiene como base otra invención protegida por otra patente en vigor, el titular de la mejora deberá abstenerse de tal explotación mientras esté en vigor la patente primitiva, si carece del consentimiento para la utilización por parte del titular de ésta última. Debe tenerse em cuenta, a estos efectos, que el contenido del derecho de patente, es decir, las facultades concedidas al titular del derecho de exclusiva, tienen un sentido básicamente negativo, pues, consisten en la facultad de impedir a terceros la realización de determinados actos referidos al invento objeto de la patente...” SEGURA GARCÍA, Maria José, *Derecho ...*, op. cit., p. 65.

²²⁸ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 201.

²²⁹ SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de patentes, marcas e direitos conexos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 215.

Também com relação a este delito, muito embora aqui a lei não faça menção expressa, o consentimento do titular da patente exclui a tipicidade²³⁰; além disso, para sua configuração, há necessidade da vigência e validade da patente.

Finalmente, o artigo 186 estabelece que haverá delito nos crimes do Capítulo I, mesmo que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente, ou seja, ainda que parcial (isto quando a violação atinge apenas uma ou algumas das reivindicações, mas não todas) a contrafação será punida²³¹. No caso de contrafação parcial, essencialmente para que não haja dúvidas, há que se examinar e estabelecer os limites da invenção, por meio de análise de todos os seus pontos característicos²³².

²³⁰ Mais uma vez, José Henrique Pierangeli adverte que, “...para muitos autores, principalmente nacionais, na hipótese ocorre uma causa exclusão da antijuridicidade”. PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 203.

²³¹ “...em toda a patente de invenção ou modelo de utilidade um todo, normalmente constituído por inúmeros característicos, conclui-se ab initio que o delito se verificará quando houver a infração desse todo. Acontece, porém, que não só nas patentes de origem estrangeira, em predominância, como também nas nacionais, existe um, alguns ou muitos pontos característicos e/ou reivindicações. A contrafação total, por assim o ser, é a que mais se realiza; contudo, e para evitar quaisquer dúvidas no que diz respeito à infração de um ou de alguns pontos característicos, a lei vigente delimita a infração a todas ou a uma ou algumas reivindicações.” SOARES, José Carlos Tinoco, *Lei de patentes...*, op. cit., p. 204.

²³² Dispõe o artigo 41, da LPI, que a extensão da proteção conferida pela patente será determinada pelo teor das reivindicações, interpretado com base no relatório descritivo e nos desenhos. Assim, esclarece SEGURA GARCÍA que: “En relación con el primero de los elementos (grado de similitud entre el bien inmaterial producido al amparo de la patente y el realizado fraudulentamente), el juicio de valoración deberá realizar-se, según se desprende de la propia LP, a partir del contenido de la reivindicaciones, interpretadas com solicitud, documentos todos ellos que acompañan a la propia encuentra em que es en las reivindicaciones donde el inventos determina lo que, a su criterio, constituye el derecho de exclusiva. SEGURA GARCÍA, María José, *Derecho...*, op. cit., p. 63.

O teor do dispositivo em questão, esclarece José Henrique Pierangeli, evita eventual confusão entre crime consumado e tentativa, já que a própria lei declara que estará consumado o delito nas situações mencionadas, isto é, ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente²³³.

4.2.2 DOS CRIMES CONTRA OS DESENHOS INDUSTRIAIS ²³⁴

O artigo 187, da Lei da Propriedade Industrial, pune com detenção, de três meses a um ano, ou multa, quem, sem autorização do titular, fabricar produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão.

A primeira observação a ser feita é que os desenhos industriais estão submetidos a simples registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial e não a patente como ocorre com as invenções e modelos de utilidade; mas, tal como ocorre com os delitos antes examinados, podemos afirmar que para a

²³³ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 205.

²³⁴ “Art. 187. Fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

Art. 188. Comete crime contra registro de desenho industrial quem: I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão; ou II - importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.”

existência do crime em tela, indispensável, além da vigência e da validade do referido registro²³⁵, a falta de autorização do titular deste.

Com relação à contrafação de desenho industrial, esta pode se dar tanto através da reprodução total como por meio da reprodução parcial, desde que, neste último caso, tenha por objeto um dos seus elementos característicos. Ademais, a *imitação* a que se refere o tipo penal consiste na reprodução parcial do desenho industrial.

O conceito de desenho industrial nos é dado pela própria Lei da Propriedade Industrial que o define como *“a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”*²³⁶.

Logo, além da exigência expressa contida no artigo 96, da Lei da Propriedade Industrial, depreende-se do referido conceito que, como ocorre com as invenções e modelos de utilidade, se exige o requisito da novidade para que o desenho industrial seja passível de registro²³⁷.

Ainda no Capítulo dos crimes contra os desenhos industriais, o artigo 188, inciso I, da Lei 9.279/96, pune, com penas de detenção de um a três meses, ou

²³⁵ “LPI - Art. 109. A propriedade do desenho industrial adquire-se pelo registro validamente concedido”.

²³⁶ LPI, Art. 95.

multa, quem exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão. O inciso II tipifica a conduta de importar produto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão.

Com relação a tais condutas, *mutatis mutandis*, válidas as observações feitas com relação a violação do direito patente e de modelo de utilidade, especialmente as referentes ao artigo 184, da Lei da Propriedade Industrial.

4.2.3 DOS CRIMES CONTRA AS MARCAS ²³⁸

O artigo 189, da Lei da Propriedade Industrial, pune, com pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, quem, sem autorização do titular, reproduz, no todo ou em parte, marca²³⁹ registrada²⁴⁰, ou imita-a de modo que

²³⁷ LPI – “Art. 96. O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica”.

²³⁸ “Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque: I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.”

²³⁹ “La marca es ‘todo signo distintivo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona’...” MORENO Y BRAVO, Emilio, op. cit., p. 58.

possa induzir confusão. O inciso II tipifica a conduta de alterar marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.

Diferentemente do que havia nas legislações anteriores, a Lei 9.279/96 não limita a proteção às marcas de indústria e comércio, mas, além destas, tutela penalmente a marca de produto, de serviço, a coletiva, a de certificação etc.²⁴¹, seja ela de forma nominativa, figurativa ou mista. Assim, tutela-se o sinal distintivo de determinado produto ou serviço, que permite individualizá-lo e diferenciá-lo de outros de mesma espécie, a fim proteger seu titular, bem como atestar ao consumidor a origem e procedência do produto ou serviço assinalado com a marca registrada²⁴².

As condutas típicas previstas no artigo 189 são: a) *reproduzir* (inserir sinal idêntico para distinguir produtos ou serviços idêntico ou similar quando a semelhança entre os sinais distintivos e a similaridade entre os produtos ou serviços possa criar confusão); b) *imitar* (utilizar sinal distintivo assemelhado ao original registrado por outrem que possa criar confusão, induzindo em erro os consumidores); c) *alterar* (modificar o sinal distintivo original sobre o produto ou serviço que distingue).

²⁴⁰ LPI - “Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.”

²⁴¹ LPI - “Art. 123. Para efeitos desta Lei, considera-se: I – marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa; II – marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e III – marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.”

Com relação à reprodução, esta pode ser total ou parcial. Assim, a reprodução total consiste na cópia fiel da marca de outrem, enquanto a reprodução parcial se dá com a cópia de alguns, mas não de todos, elementos característicos, via de regra aqueles considerados essenciais, ou seja, aqueles que chamam mais a atenção e por esta razão permanecem gravados na mente do consumidor²⁴³.

Enquanto a reprodução é a repetição, a cópia da marca registrada, a imitação é a reprodução dissimulada e insidiosa de modo a criar a possibilidade de confusão e engano por parte do consumidor, tendo em vista a semelhança entre os sinais distintivos, ou seja, o original e a imitação²⁴⁴.

Conforme adverte José Henrique Pierangeli, a aquisição de um produto geralmente é feita sem que o comprador verifique se está, de fato, adquirindo a mercadoria da marca desejada, isto porque o ato da aquisição se dá, muitas vezes, como que por impulso, motivado por uma visão de conjunto. Dessa

²⁴³ Com relação ao tema, José Carlos Tinoco Soares esclarece que a reprodução total ocorre “quando houver as mesmas inscrições latinas, algarismos arábicos e/ou romanos, compreendendo as palavras, combinações de letras e/ou algarismos. Vale dizer, portanto, que neste caso a reprodução total será da marca em sua forma nominativa, pois, a maneira de apresentação da marca violada e da contrafeita. A reprodução será também total quando se tratar de cópia fiel dos elementos característicos, ou seja, de sua parte figurativa, não importando para tal efeito a parte nominativa”. SOARES, José Carlos Tinoco. *Marcas vs. nome comercial - conflitos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000, p.243.

²⁴⁴ “Essa semelhança é projetada na marca quase sempre de forma ardilosa, eis que o fim visado é a confusão. Exatamente pela confusão gerada no espírito do consumidor é que o concorrente vê coroado de êxito o seu fim ilícito. Na figura da imitação há um encadeamento de idéias que norteiam a engenhosa mente humana. Estas idéias são concatenadas de forma tal que impossível seria uma definição precisa das várias, inúmeras e infundáveis maneiras pelas quais a figura da imitação se realiza”. SOARES, José Carlos Tinoco, *Lei de patentes...*, op. cit., p.284.

maneira, é primordial que juízes, bem como os peritos, despindo-se de suas funções, se coloquem na posição de consumidores e/ou usuários²⁴⁵.

Finalmente, por *alterar* deve entender-se tanto algo diverso de imitar, como de suprimir a verdadeira marca do produto; todavia, *alterar* não pode significar, simplesmente, acrescentar, conservando a marca original, sinais distintivos próprios dos comerciantes e distribuidores, já que tal conduta se encontra dentre aquelas que não pode proibir o titular da marca²⁴⁶.

O artigo 190, da Lei da Propriedade Industrial, ainda no Capítulo dos crimes contra as marcas, pune, com penas de detenção de um a três meses, ou multa, quem importa, exporta, vende, expõe ou oferece à venda, oculta ou tem

²⁴⁵ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 220. Por outro lado, “...conviene aclarar que la confusión no debe circunscribirse al referente consumidor, pues éste puede comprar un producto de marca falsificada, conscientemente de tal extremo en atención al aprecio y demás circunstancias; lo relevante es que se agreda el productor, distribuidor o titular legítimo, que ve lesionado su derecho de uso exclusivo, con los consiguientes perjuicios económicos, cuando el prestigio de su signo distintivo lo usufructúan otros, mermando los potenciales beneficios derivados de ese uso exclusivo o, o mermando o no tales beneficios, consiguiendo un enriquecimiento injusto merced al uso ilegítimo de esse signo distintivo ajeno. RODRIGUES RAMOS, Luis. *Protección Penal de la Propiedad Industrial*. In: O’Callaghan Muñoz, Xavier et al.. *Propiedad Industrial. Teoría y práctica*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S/A, 2001, p.380. No mesmo sentido, “La determinación de cuál sea el grado de semejanza capaz de causar confusión (juicio de confundibilidad) exige la realización de un juicio de hecho en el que se valore la capacidad global del producto o servicio para inducir a error al consumidor. Este juicio se realizará en base a un examen breve, no solo sobre las marcas (en especial, sobre los elementos de la marca que más resalten y, por tanto, los que más quedan en la memoria) y sobre los productos o servicio sobre los que se impone, sino también sobre la situación en su conjunto. Todo ello teniendo en cuenta que el consumidor ni suele ser un experto en la materia ni suele contemplar simultáneamente la marca auténtica y la falsificada. Además, el tiempo que se dedica a individualizar la marca suele ser muy breve LOPES BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Los delitos contra la propiedad intelectual. In: Miguel Bajo Fernández (dir.). *Empresa y derecho Penal II*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 43.

²⁴⁶ LPI - “Art. 132. O titular da marca não poderá: I – impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhas são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização; ...” Em razão disso, “También se há puesto en tela de juicio la idoneidad de la conducta de ‘modificar,’ puesto que, concebida como una alteración del signo original sobre el producto o servicio que distingue, es una modalidad que ni siquiera aparece contemplada entre las prohibiciones específicas derivadas del derecho de exclusiva, ni parece que posea una singular relevancia o interés que justifique su expresa mención”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, op. cit., p. 42.

em estoque, produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte. O inciso II refere-se a produto de indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Este tipo se caracteriza por punir as condutas atentatórias aos direitos de propriedade industrial referentes ao registro de marca, elencadas nos incisos I e II do artigo 190, tipificando a importação, exportação, venda, oferecimento ou exposição à venda, ocultação e manutenção em estoque de produto ilicitamente assinalado, ou contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem. Logo, a tutela jurídica incide não apenas sobre a aposição de marca, por qualquer forma, no produto, mas também no produto em si.

Ao proteger as marcas, e com elas a atividades econômicas, o alcance de proteção da lei é muito maior, estendendo-se a tudo que possa resultar de um trabalho relacionado à indústria, ao comércio e à prestação de serviços, de maneira que tutela a honestidade no exercício dessas atividades, bem como o consumidor em geral diante da possível confusão que pode gerar o uso indevido da marca²⁴⁷.

Os artigos 189 e 190, da Lei 9.279/96, apresentam pontos comuns com os crimes contra as patentes e contra os desenhos industriais: a) a violação do direito à marca pressupõe a existência de registro válido e vigente junto ao

²⁴⁷ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 226.

Instituto Nacional da Propriedade Industrial²⁴⁸; b) falta de consentimento do titular da marca. Assim, com relação a estas questões, válidas as observações feitas quando tratamos dos crimes previstos no Capítulo I.

4.2.4 DOS CRIMES COMETIDOS POR MEIO DE MARCA, TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E SINAL DE PROPAGANDA²⁴⁹

O artigo 191, da Lei da Propriedade Industrial tipifica as condutas de reproduzir ou imitar, no todo ou em parte, armas, brasões ou distintivos oficiais, nacionais ou estrangeiros, sem a necessária autorização, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, assim como o uso das reproduções ou imitações com fins econômicos. Da forma que está estruturada, a conduta típica exige a aposição da reprodução ou da imitação em “marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda”, cumprindo o agente, através destas condutas, o proveito econômico exigido²⁵⁰.

²⁴⁸ LPI - “Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148”.

²⁴⁹ “Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas.”

²⁵⁰ Com relação ao tema, José Carlos Tinoco Soares assevera que: “Tal seria se o industrial, comerciante ou prestador de serviço passasse a se utilizar das ‘armas’, dos ‘brasões’ e dos distintivos de nosso Exército, Marinha, Aeronáutica, da República, do conhecido brasão identificativo da Cidade de São Paulo, com a expressão non ducor duco, ou do símbolo universal

Em primeiro lugar, objetiva-se a proteção dos símbolos ou emblemas oficiais. Mas não é só. O dispositivo visa proteger o público em geral, já que o próprio tipo penal faz referência à possibilidade da utilização indevida induzir alguém em erro ou confusão. Finalmente, conforme assevera PIERANGELI, devido à facilidade de assimilação da marca elaborada com tais sinais distintivos, pois que muito conhecidos e já gravados na memória do consumidor, haveria uma espécie de concorrência desleal²⁵¹.

O parágrafo único do artigo em questão prevê as mesmas penas do *caput*, quais sejam: detenção de um a três meses, ou multa, para quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com marcas elaboradas com *armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais*.

Para que seja de interesse do direito penal, a *arma, brasão ou distintivo*, indevidamente inserido em *marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda*, devem ser *oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais*.

A autorização para reprodução, imitação ou uso desses símbolos oficiais torna atípica a conduta.

da Cruz Vermelha, para qualquer outra finalidade que não seja a prestação de serviços de assistência médica". SOARES, José Carlos Tinoco, *Marcas vs...*, op. cit., p.258.

²⁵¹ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 237.

Diferentemente do que ocorre com todos os outros delitos previstos na Lei da Propriedade Industrial, que se processam mediante ação penal privada, nas hipóteses do artigo 191 a ação penal é pública incondicionada.

4.2.5 DOS CRIMES CONTRA INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E DEMAIS INDICAÇÕES ²⁵²

O artigo 192, da Lei 9.279/96, pune, com detenção de um a três meses a fabricação, importação, exportação, venda, exposição ou oferta à venda ou manutenção em estoque de produto que apresente falsa indicação geográfica²⁵³, ou, por outras palavras, que dele conste origem diversa da verdadeira.

O dispositivo ora em estudo interessa não apenas às empresas que concorrem num determinado âmbito de atividade, já que protege fabricantes, comerciantes ou prestadores de serviço do lugar, mas, principalmente, tutela aos

²⁵² “Art. 192. Fabricar, importar, exportar, vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhante”, “sucedâneo”, “idêntico”, ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do produto. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 194. Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.”

²⁵³ A própria Lei da Propriedade Industrial define indicação geográfica no seu “Art. 176. Constitui indicação geográfica a indicação de procedência ou denominação de origem.” Tal disposição vem complementada pelos artigos 177 e 178. O primeiro dispõe que: “Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço”. O segundo tem a seguinte redação: “Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cuja qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos”.

consumidores contra indicações enganosas no que se refere à indicação de procedência.

Assim, ao mesmo tempo em que a falsa indicação geográfica atenta contra a lealdade na prática industrial, comercial e da prestação de serviços, que interessa a coletividade como um todo, é inegável que o público consumidor tem na indicação de procedência ou na denominação de origem um dado de grande importância já que estes lhe atestam e recomendam o produto ou serviço²⁵⁴.

No mesmo sentido o Código de Defesa do Consumidor assinala, entre os direitos básicos do consumidor, a necessidade de informação adequada com relação às características do produto (art. 6º, III). No que se refere à publicidade, considera enganosa informação total ou parcialmente falsa, capaz de induzir em erro o consumidor (art. 37, § 1º). Assinala José Henrique Pierangeli que há harmonia entre as legislações, ou seja, Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Propriedade Industrial, pois que a indicação de procedência ou de origem constitui dado de relevância para o consumidor, bem como às empresas concorrentes num mesmo setor²⁵⁵.

²⁵⁴ *“Una breve referencia a estas instituciones nos lleva a afirmar que la inclusión de las mismas dentro de la sección dedicada a la propiedad industrial, resulta controvertida porque aunque participan, en parte, de la naturaleza de la marca, en tanto que son bienes inmateriales cuya función es la de constituir un signo identificativo del origen o cualidades del producto de cara al consumidor, no son auténticas marcas, pues que no conceden derechos subjetivos de exclusión, ejercitables erga omnes, sino que, por el contrario, todos los productores que reúnan los requisitos exigidos en la respectiva regulamentación, tienen derecho a que les sea concedida su utilización y ello porque su función es identificar el origen geográfico del producto, no su origen empresarial”.* SEGURA GARCÍA, María José, *Los delitos...*, op. cit., p.152.

²⁵⁵ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 245.

Como alguns dos delitos anteriormente estudados, trata-se de um tipo de múltipla ação (isto é, a conduta típica pode realizar-se por qualquer dos meios comissivos previstos), de maneira que se pratica um único delito ainda que se realizem várias das condutas descritas.

O crime em tela pressupõe existência de registro válido ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial²⁵⁶.

Com as mesmas penas de detenção de um a três meses, ou multa, o artigo 193, da Lei da Propriedade Industrial, pune quem usa, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhante”, “sucedâneo”, “idêntico”, ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do produto; ou seja, a falta de ressalva da verdadeira procedência do produto é o que caracteriza o delito.

Dessa maneira, é a falta da ressalva da real procedência do produto, de maneira clara e visível, que poderá caracterizar o delito, cuja conduta se realiza através da inserção de termos retificativos: “tipo”, “espécie” etc., nos meios normalmente utilizados na prática comercial cotidiana: produto, recipiente, invólucro, cartaz etc.

²⁵⁶ LPI - “Art. 182, parágrafo único. O INPI estabelecerá as condições de registro das indicações geográficas”.

Cabíveis as considerações feitas no artigo anteriormente estudado, no que se refere à proteção do consumidor que pode ser induzido em erro, bem como do concorrente que se vê prejudicado pela conduta criminosa do agente.

Finalmente, o artigo 194, da Lei ora em estudo, pune, com penas de um a três meses, ou multa, quem usa marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produtos com esses sinais.

Aqui o legislador quer proteger a marca, o nome comercial, o título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou assemelhados que, usados ilegalmente, são inseridos em produto indicando procedência que não a verdadeira. A lei veda não só o uso, mas também a venda e a exposição à venda de produto com tais sinais, isto é, com indicativo de procedência enganosa. São esses sinais distintivos impressos em correspondências, cartazes, painéis, circulares, folhetos publicitários, anúncios etc., que identificam e individualizam o estabelecimento comercial, industrial ou de prestação de serviços.

Como nos delitos antes estudados, não só o titular da marca, do nome comercial, do título de estabelecimento, da insígnia, da expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outro meio semelhante é o sujeito passivo do crime em tela, mas também o adquirente ou consumidor enganado quanto à verdadeira procedência do produto, pode ser considerado sujeito passivo.

Os artigos 192, 193 e 194, têm em comum que os respectivos crimes pressupõem a falta de consentimento do titular (interessado) exclui a antijuridicidade²⁵⁷.

4.2.6 DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

O artigo 196 da Lei da Propriedade Industrial estabelece que as penas de detenção previstas nos Capítulos I, II e III do Título V, serão aumentadas de um terço à metade se: I - o agente é ou foi representante, mandatário, preposto, sócio ou empregado do titular da patente ou do registro, ou, ainda, do seu licenciado; ou II - a marca alterada, reproduzida ou imitada for de alto renome, notoriamente conhecida, de certificação ou coletiva.

Tendo em vista a maior reprovabilidade em que incidem os agentes nas situações descritas no dispositivo acima, o legislador entendeu que as penas dos artigos 183 a 190, fossem aumentadas de um terço até a metade.

Também no caso de os crimes incidirem sobre marcas de alto renome, notoriamente conhecidas, de certificação ou coletivas, a lei determina o referido aumento da pena.

²⁵⁷ Nesse sentido: “O consentimento do titular (interessado) exclui a antijuridicidade. Como em outros tipos examinados, o bem jurídico-penal tutelado é disponível, pelo que o consentimento válido exclui o crime”. PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 393. Todavia, o mesmo autor em obra mais recente assinala que: “O consentimento do titular, no caso o consumidor, não exclui o delito. Ademais, sobram razões e motivos de ordem pública para impedir a exclusão do delito invocando o consentimento do interessado, na situação que se convencionou chamar de causa suprallegal de justificação”. PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 250.

Já o artigo 197 estabelece que as penas de multa previstas no Título V serão fixadas, no mínimo, em dez e, no máximo, em trezentos e sessenta dias-multa, de acordo com a sistemática do Código Penal. O parágrafo único estatui que a multa poderá ser aumentada ou reduzida, em até dez vezes, em face das condições pessoais do agente e da magnitude da vantagem auferida, independentemente da norma estabelecida no artigo anterior.

O artigo 60, § 1.º, do Código Penal autoriza o juiz a elevar a pena até o triplo, em virtude da situação econômica do réu. No caso da Lei da Propriedade Industrial, o aumento pode alcançar até dez vezes aquela quantidade de dias-multa fixada pelo juiz.

Objetiva-se, assim, adequar a reprimenda pecuniária à realidade econômica do agente. Para que o delinqüente possa sentir mais profundamente a gravidade de sua conduta criminosa, há que se atingir “seu bolso”. Como salienta José Henrique Pierangeli, não é demais repetir, com a unanimidade da doutrina que é quando estamos diante de crime de natureza econômica que a pena pecuniária assume o seu papel principal²⁵⁸.

²⁵⁸ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos...*, op. cit., p. 394.

4.3 BREVE REFERÊNCIA À PREOCUPAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Pode-se verificar, quando se contempla a legislação de outros países, que existe uma grande diversidade de modelos de proteção penal da propriedade industrial. Isto ocorre, principalmente, em razão da diversidade, complexidade e concorrência de bens jurídicos – mediata ou imediatamente - protegidos, como foi visto por ocasião da análise do bem jurídico tutelado (item 4.1, *supra*).

É possível observar, ainda, que, como no Brasil, a maioria dos países adotam leis penais especiais para regular a matéria. É o caso de, por exemplo, Portugal, Alemanha, França e Estados Unidos da América do Norte. A Espanha, em recente reforma do Código Penal (1995), optou por incluir os delitos contra a propriedade intelectual – considerados em sentido amplo, abarcando portanto os direitos sobre a propriedade industrial -, no Código Penal, deixando sem vigência lei especial que disciplinava as figuras delitivas. A Itália também optou pelo método da codificação, tipificando no Código Penal as várias condutas atentatórias aos direitos da propriedade industrial.

4.3.1 ESPANHA

Na Espanha, as figuras delitivas contra à propriedade industrial estão tipificadas no Título XIII (delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica) do Código penal de 1995, dentro do Capítulo XI que trata dos

delitos relativos à propriedade intelectual e industrial, ao mercado e aos consumidores.

No artigo 273 o Código Penal regula as condutas típicas referentes a invenções ou inovações tecnológicas e criações industriais. As condutas estão sistematizadas em três grupos: no n.º 1, o tipo faz referência à falsificação e usurpação de patentes e modelos de utilidade; no n.º 2 pune-se o uso ilícito de patente de procedimento e dos produtos diretamente obtidos pelo procedimento patenteado; e, o n.º 3, limita-se à proteção dos modelos e desenhos industriais ou artísticos, bem como as topografias de produtos semicondutores. A pena prevista para os infratores é de seis meses a dois anos de prisão e multa.

O artigo 274.1, do Código penal espanhol pune, com as mesmas penas de prisão de seis meses a dois anos e multa, quem reproduz, imita, modifica, ou de qualquer outro modo utiliza, marca, nome comercial e título do estabelecimento registrado. O artigo 274.2, faz referência aos produtos ou serviços em que se utilizem os referidos sinais distintivos com infração dos direitos do titular do registro quando tenham sido objeto de qualquer das ações tipificadas no n.º 1; Nas mesmas penas incorre quem importa os referidos produtos, independente da origem lícita ou ilícita no país de procedência.

Os artigos 273 e 274 têm em comum o seguinte, para existência do delito:

a) finalidade comercial ou industrial; b) a inscrição no registro;c) a falta de consentimento do titular.

Finalmente, o artigo 275 pune, com as mesmas penas assinaladas para a violação de direito de patentes e de direito de marcas, quem utiliza denominação de origem ou indicação geográfica representativa de uma qualidade determinada legalmente protegidas para distinguir produtos amparados por ela.

As condutas tipificadas nos artigos 273 a 275 podem ser agravadas quando os delitos estão revestidos de especial gravidade, que virá determinada atendendo-se ao valor dos objetos produzidos ilicitamente ou à especial importância dos prejuízos ocasionados. Neste caso, os infratores estarão sujeitos a penas de prisão de dois a quatro anos, multa e inabilitação, por um período de dois a cinco anos, para o exercício da profissão relacionada com o delito cometido, podendo, ainda, o juiz decretar o fechamento – temporal ou definitivo – da indústria ou estabelecimento comercial do condenado.

A ação penal nos crimes contra a propriedade intelectual e industrial no direito espanhol, a partir de 1.º de outubro de 2004, quando entrou em vigor a reforma operada pela LO 15/2003, de 25 de novembro, passou a ser pública incondicionada. Antes, a ação penal era condicionada à representação²⁵⁹.

²⁵⁹ TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo. *La respuesta judicial a la legislación de marcas*. In.: Juan Manuel Fernández López (Dir.). *Propiedad Industrial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 244.

4.3.2 ITÁLIA

O legislador penal italiano introduziu as figuras delitivas relativas à propriedade industrial no Código Penal, especificamente nos artigos 473, 474 e 517. A ação penal, em todos os casos, é pública incondicionada.

Inserido no Título VII – dos delitos contra a fé pública-, dentro do Capítulo que trata da falsidade dos selos, instrumentos e sinais de autenticação, o artigo 473 do Código penal pune, com reclusão de até três anos e multa, a contrafação, a alteração, bem como o uso de marcas ou de sinais distintivos alterados ou contrafeitos. A mesma pena de reclusão de até três anos e multa é aplicada a quem contrafaz patente, desenhos e modelos industriais, bem como quem, sem ter realizado por si mesmo a contrafação ou alteração, faz uso de patentes, desenhos ou modelos industriais contrafeitos ou alterados. Complementado o anterior, o artigo 474 do Código penal italiano pune com reclusão de até dois anos e multa, a introdução no território do Estado para comercializar, o armazenamento ou a exposição para venda, ou qualquer outra forma de pôr em circulação produto com marca ou sinal distintivo contrafeito ou alterado²⁶⁰.

²⁶⁰ *“La verifica dello sviluppo storico delle due disposizioni, che ha mostrato come la contraffazione sia passata, da reato caratterizzato dalla primaria tutela degli interessi patrimoniali del titolare del segno distintivo appunto contraffatto, a reato posto a tutela della veridicità del segno distintivo medesimo, e, così, degli interessi dei consumatori, consente, già subito, di pervenire alla prima certezza in punto individuazione dell’oggetto giuridico: senza dubbio, se anche si può anticipare che i reati in esame risulteranno, alla fine, reati pluri offensivi, in ogni caso, ‘almeno’ uno dei beni protetti autonomamente sarà la fede pubblica. E ciò, in linea con la collocazione delle norme incriminatrici nel sistema del codice; collocazione che, seppur non da sola decisiva circa la nostra indagine, appare, purtuttavia, comunque, importante”.* VANNINI, Alessandra Rossi. *La tutela penale dei segni distintivi*. In: LEME, Fabricio et al. *Trattato di diritto penale dell’impresa: il diritto penale industriale*. Padova: Cedam, 1993, p. 134.

Mais adiante, no Capítulo destinado aos delitos contra a indústria e o comércio (Capo II - Dei Delitti Contro L'Industria e il Commercio), o artigo 517 pune, com reclusão de até um ano, ou multa, a venda de produtos industriais com nome, marca ou sinal distintivo, nacional ou estrangeiro, capaz de induzir em erro sobre a origem, procedência ou qualidade do produto. Difere do artigo 473, pois neste exige-se a imitação dos elementos essenciais da marca, enquanto o dispositivo ora em estudo pune as condutas de imitação genérica, não se exigindo que a marca esteja registrada²⁶¹.

4.3.3 PORTUGAL

O novo Código da Propriedade Industrial português, Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, resulta, como no Brasil, da necessidade de integração de regras decorrentes do Acordo *TRIPS (Trade Related Intellectual Property Rights)*, celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio, da qual Portugal é Estado membro desde janeiro de 1996.

O artigo 321 do Código da Propriedade Industrial português pune, com pena de prisão até três anos ou multa a violação dos direitos de exclusividade de patente, modelo de utilidade ou topografia de produtos semicondutores, tipificando as condutas de fabricar os artefatos ou produtos que forem objeto da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores; b) empregar ou aplicar os meios ou processos que forem objeto da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores; c) importar ou

²⁶¹ SEGURA GARCÍA, Maria José, *Derecho...*, op. cit., p. 307.

distribuir produtos obtidos por qualquer dos referidos modos. Com a mesma pena de prisão de até três anos, ou multa, o artigo 322 pune a violação dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelos, tipificando as condutas de: a) reproduzir ou imitar, totalmente ou em alguma das suas partes características, um desenho ou modelo registrado; b) explorar um desenho ou modelo registrado, mas pertencente a outrem; c) importar ou distribuir desenhos ou modelos obtidos por qualquer dos modos referidos nas alíneas anteriores. A tutela penal das marcas vem disciplinada no 323 que prevê, para a contrafação, imitação e uso ilegal de marca, a mesma pena de até três anos, ou multa.

Nos termos do artigo 324, a venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos contrafeitos, por qualquer dos modos e nas condições referidas nos artigos 321 a 323, com conhecimento dessa situação, é punida com pena de prisão até 1 ano, ou multa. Para a existência dos delitos previstos nos artigos 321 a 324, é indispensável a inscrição no registro e a falta de consentimento do titular.

Finalmente, o artigo 325 estabelece a pena de prisão de até 3 anos, ou multa para a violação e uso ilegal de denominação de origem ou de indicação geográfica.

Quanto à ação penal, o artigo 329 estabelece que procedimento por crimes previstos no código em questão depende de queixa.

4.3.4 ALEMANHA

O Direito alemão contém normas penais relativas às condutas atentatórias aos direitos de propriedade industrial na *Patentgesetz* (Lei de Patentes), de 5 de maio de 1936, na *Warenzeichengesetz* (Lei de Macas), em sua versão de 7 de março de 1990, e na *Geschmacksmuster-gesetz* (Lei de Modelos de Aplicação Industrial), reformada na parte penal pela lei de 7 de março de 1990.

No caso de patentes, a lei estabelece pena de até três anos para quem, sem autorização do titular, fabrique, ofereça ou coloque no mercado, empregue, introduza ou possua, produto objeto de patente, ou que tenha sido fabricado por processo patenteado. Com a mesma pena pune quem no intercâmbio comercial, ou em suas embalagens, rótulos, anúncios, listas de preços, cartas comerciais etc., introduza ilegalmente o nome ou a razão social, insígnia ou marcas registradas de outros²⁶².

A ação penal, em ambos os casos, é de iniciativa privada, salvo quando as autoridades competentes para a persecução penal, por razões de especial interesse público, entenderem oportuna uma intervenção de ofício.

²⁶² Conforme assinala SEGURA GARCÍA, “Desde el punto de vista político-criminal, y respecto a la eficacia de la criminalización de las conductas atentatorias contra el derecho de marcas,(...) debido a su falta de aplicación, la sanción penal ha perdido toda importancia práctica, situación motivada, básicamente, por dos razones. La primera de ellas es la escasa familiarización de los tribunales de justicia y de los fiscales con la legislación de propiedad industrial, a lo que se une la sobrecarga de trabajo que normalmente padecen a causa de delitos, a primera vista, más graves. La segunda es común a otros delitos relacionados con el mundo empresarial, cual es la dificultad

4.4 PROJETOS DE REFORMA DA LEI DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

4.4.1 PROJETO DE LEI N.º 11/01

Em substitutivo do Senado ao projeto de Lei da Câmara nº 11, de 2001 (PL nº 333, de 1999, da Câmara dos Deputados), se mantém em linhas gerais os dispositivos da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, bem como os do Código de Processo Penal relativos ao procedimento dos crimes contra a propriedade industrial (arts. 524 a 530). As principais alterações propostas pelo projeto em tela se podem resumir no seguinte:

1. Majoração das penas atualmente previstas na maioria dos casos em detenção três meses a um ano ou multa para detenção de dois anos a quatro anos, e multa.
2. Autoriza o juiz, nos crimes contra a propriedade industrial a requerimento do Ministério Público, da autoridade policial ou do titular do direito violado a determinar: a) a apreensão da totalidade dos bens que incorporem violações de direitos de propriedade industrial, além dos equipamentos, suportes, matrizes, moldes, negativos e demais materiais empregados, quando estes se destinarem, precipuamente, à prática do ilícito; b) a destruição de todos os bens que incorporem a violação do direito de propriedade industrial ao prolatar a sentença ou, a qualquer momento, ressalvada a possibilidade de se preservar o corpo de delito, quando não houver impugnação quanto à ilicitude dos bens ou a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito; c) o perdimento dos equipamentos, suportes e materiais apreendidos que se destinem, precipuamente, à produção dos bens que incorporem a violação do direito de propriedade industrial.

4.4.2 PROJETO DE LEI N.º 1206/03

Outro projeto de Lei em tramitação pela Câmara dos Deputados (o de n.º 1206/03), propõe a alteração de alguns dispositivos da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 - Código de Propriedade Industrial. Em síntese, o Projeto em questão propõe o seguinte.

1. Majoração das penas atualmente previstas na maioria dos casos em detenção três meses a um ano ou multa para detenção de dois anos a quatro anos, e multa apenas para os crimes dos artigos 183 e 184;
2. A ação penal nos crimes contra a propriedade industrial passa a ser pública incondicionada, salvo a hipótese dos arts. 183, 187, 189 e 195 em que a ação penal continua privada.

4.4.3 PROJETO DE LEI N.º 3965/04

Apresentado como proposta da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída para investigar fatos relacionados à pirataria de produtos industrializados e sonegação fiscal, tramita pela Câmara dos Deputados projeto (n.º 3965/04) que propõe modificação em alguns dispositivos do Código de Propriedade Industrial, que se podem esquematizar da seguinte maneira:

1. Majoração das penas atualmente previstas na maioria dos casos em detenção três meses a um ano ou multa para detenção de dois anos e dois meses a quatro anos, e multa.
2. Insere-se em quatro tipos penais a expressão “com o intuito de lucro”, excluindo o crime, dessa forma, das pessoas que tenham praticado tais condutas sem esse intuito.
3. A ação penal nos crimes contra a propriedade industrial passa a ser pública incondicionada, salvo a hipótese dos salvo nas hipóteses previstas nos arts. 193, 187, 189 e 195, em que a ação permanece privada.
4. Aumentam-se as penas de detenção em dois terços se o crime for cometido em associação criminosa ou vier a atingir mais de um sujeito passivo, independentemente das penas cominadas aos crimes de lesão corporal ou morte.

4.4.4 ANÁLISE

Todos os projetos propugnam que a pena privativa de liberdade seja significativamente elevada, objetivando suprimir importantes conquistas dos cidadãos frente ao Estado no que se refere a infrações penais de menor potencial ofensivo. Dessa maneira, as várias propostas de alteração legislativa objetivam excluir da competência do Juizado Especial o conhecimento e julgamento dos crimes contra propriedade industrial e, em consequência, impedir a aplicação dos benefícios introduzidos pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo).

O cenário de crescimento desenfreado da violação de direitos de propriedade industrial, em que se verifica a adulteração e falsificação de todos os tipos de produtos em larga escala, não autoriza excluir tais condutas do rol dos delitos de menor potencial ofensivo. Importante repisar que não se pode perder de vista que a maior parte desses delitos é praticada por indivíduos integrantes das classes economicamente menos favorecidas da população, que, diante do desemprego que assola nosso país, encontram no mercado informal e no comércio de produtos obtidos com violação da propriedade imaterial o único meio de alcançar o sustento da família. Nos dias de hoje, a unanimidade da doutrina enfatiza que a pena privativa de liberdade deve ficar reservada apenas e tão somente para os crimes graves.

O fato de os delitos contra a propriedade intelectual e industrial hoje fazerem parte do rol de atividades ilegais praticadas por organizações criminosas não autoriza tratá-los, desde que praticados sem tais características de

delinqüência transnacional e organizada, como crimes de especial gravidade. As organizações criminosas sejam elas nacionais ou internacionais, podem ser alcançadas e punidas pela prática de delitos graves que lhe são comuns e que sempre estão presentes em suas atividades criminosas, tais como: sonegação fiscal, contrabando, corrupção, evasão de divisas etc. Portanto, em que pese eventual vinculação entre o crime organizado e os delitos contra a propriedade industrial, a solução problema não passa pelo agravamento, no direito interno, das penas dos tipos penais relativos à propriedade industrial, como pretendem os projetos de lei.

É realidade econômica do país que propicia expansão dos mercados de produtos obtidos com violação de direitos de propriedade industrial, pois abre novas oportunidades de empregos suprimindo as limitadas oportunidades oferecidas pelas atividades econômicas lícitas. Da mesma forma, a principal razão da diminuição de oferta de empregos formais é reflexo da realidade das circunstâncias socioeconômicas do país, e não decorre simplesmente do aumento dos crimes contra a propriedade industrial. O trabalhador desejoso e necessitado de oportunidade de emprego só encontra saída na economia informal.

Com relação à ação penal, não se justifica a alteração da natureza jurídica de privada para pública incondicionada, tendo em vista a titularidade do bem jurídico tutelado, e possível consentimento do ofendido que exclui o crime. A questão será melhor estudada no próximo capítulo deste trabalho.

5. O PAPEL DO PROCESSO PENAL NA TUTELA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

As normas no direito privado têm eficácia direta, imediata, uma vez que os particulares podem praticar atos e negócios jurídicos, independente da atuação estatal, de modo que a incidência das normas de direito material, sejam civis, comerciais etc., é direta. Assim, as pessoas, em seu dia-a-dia, aplicam o direito privado sem qualquer intervenção dos órgãos jurisdicionais, que normalmente só intervêm na solução de eventuais conflitos decorrentes do descumprimento dos ajustes celebrados, ou seja, não existe o monopólio do Poder Judiciário na aplicação do direito privado.

No que se refere ao direito penal, outro é o tratamento. Mesmo que os tipos penais tenham por função a prevenção geral, sua verdadeira essência está na pena, e esta não pode prescindir do processo penal. Portanto, há um monopólio da aplicação da pena por parte dos órgãos jurisdicionais.

É dever do Estado a proteção da coletividade e de seus valores maiores. Mas a aplicação da pena para aqueles que praticam infração penal não é imediata, mesmo se houvesse eventual consentimento do transgressor da norma penal. Assim, sendo o processo penal o caminho necessário e indispensável para aplicação da pena, fica estabelecido seu caráter instrumental em relação ao direito penal.

Definido o monopólio dos órgãos jurisdicionais, importante, agora, tratar da instrumentalidade do processo penal. Assim, desde logo, necessário afirmar que o processo é um instrumento e que essa é a razão básica de sua existência. Demais disso, a eficácia do direito penal está íntima e diretamente relacionada com a pena; e a pena sem processo é inconcebível, um verdadeiro arbítrio, de modo que a relação e interação entre Direito e Processo é patente²⁶³.

O interesse público justifica a imposição de pena para os que praticam crime, mas também exige o indispensável controle jurisdicional na sua aplicação, a fim de evitar eventual arbítrio do Estado, seja na amplitude da acusação, seja na quantidade da pena que se pretende impor.

A instrumentalidade do processo penal reside no fato de que a norma penal, quando cotejada com outras normas jurídicas, revela a característica de que o tipo penal, ao mesmo tempo em que tem como conteúdo um determinado comportamento proibido, estipula a sanção no caso de seu descumprimento, cabendo ao Estado aplicar a pena através do processo (*nulla poena sine iudicio*). Destarte, à pretensão punitiva do Estado, que objetiva impor pena ao acusado, contrapõem-se os direitos deste último de obter um prévio pronunciamento judicial em procedimento que preserve seus direitos e garantias, a fim de que a pena seja aplicada nos limites previstos pela lei.

²⁶³ “Não se concebe, no Estado de Direito, aplicação de pena senão por meio de regular processo. Bastaria essa instrumentalidade do Direito Processual Penal para realçar as relações íntimas entre esses dois grandes ramos do ordenamento jurídico”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 33.

Todavia, é preciso compreender que a instrumentalidade do processo não se resume a uma questão meramente jurídica, e muito menos jurídico-processual, ou seja, sua função não é só a solução dos conflitos no campo penal. O processo deve também atender às funções sociais e políticas, configurando assim a finalidade metajurídica²⁶⁴ da jurisdição e do processo. Nesse contexto, Cândido Rangel Dinamarco explica que a instrumentalidade do processo pode ser classificada em negativa e positiva.

A instrumentalidade negativa refere-se à negação do processo como um fim em si mesmo, apontando para um repúdio aos exageros processualísticos e ao excessivo apego ao formalismo, com importantes conseqüências no que se refere aos critérios de apreciação das nulidades. Deste modo, dá lugar ao sistema da *instrumentalidade das formas*, em que prevalece o fundo sobre a forma, isto é, a validade do ato processual, ainda que realizado sem observância da forma legal, quando ele atinge seu objetivo. Este sistema foi consagrado inclusive em legislações mais modernas, como a Lei 9.099/95²⁶⁵.

Logo, o processo não pode ser considerado como um fim em si mesmo, pois sua essência é a instrumentalidade para a consecução de um fim. Mas esse fim não deve ser visto exclusivamente sob o aspecto jurídico, pois a instrumentalidade do sistema processual não se limita ao mundo do Direito.

²⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

²⁶⁵ Todo o ato processual no *JECRIM*, mesmo que praticado com inobservância da forma prescrita, será válido se alcançado o objetivo que informa sua realização – art. 65 da L. 9.099/95.

A instrumentalidade positiva do processo determina que se extraia do processo, enquanto instrumento, o maior proveito possível no que se refere à obtenção dos resultados propostos. Confunde-se, aqui, com a problemática acerca da efetividade do processo, de modo que este deva cumprir também sua função social, política e jurídica.

No Estado Democrático de Direito, a lei é instrumento de ação concreta do Estado. Nesse sentido, o processo penal é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para garantir a liberdade, o exercício dos direitos individuais e sociais, a segurança, o bem-estar e o desenvolvimento dos cidadãos. O processo penal, sem descuidar do exercício da jurisdição e da solução das controvérsias no campo penal, deve-se preocupar com a pacificação social e com o bem comum, já que possui, inclusive, importante caráter pedagógico.

Enquanto ciência autônoma, o direito processual penal possui princípios e objeto que lhe são próprios²⁶⁶, mas intimamente relacionado com o direito penal pela unidade de objetivos sociais e políticos²⁶⁷. A autonomia do direito processual penal e sua independência conceitual e metodológica em relação ao direito penal, apenas faz com que haja dois planos distintos no sistema jurídico.

A evolução do direito processual penal como ciência autônoma já chegou a um ponto que permite assumir sua função instrumental sem que isto signifique inferioridade ou subordinação. Nos dias de hoje, já não se pode deixar de

²⁶⁶ MARQUES, José Frederico, *Tratado...*, p. 29.

reconhecer sua característica de instrumento autônomo a serviço do direito penal, da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

É nesse contexto que o processo penal tem importante papel no enfrentamento dos crimes contra a propriedade imaterial, pois, conferindo celeridade e eficiência na aplicação do direito material, revela seu caráter educacional e sua preocupação com as questões sociais, políticas e econômicas do país. O agravamento das penas como resposta à população pelo grave cenário de crescimento descontrolado de atos atentatórios à propriedade industrial, como já se disse, não é a solução para os problemas decorrentes das violações dos direitos de propriedade imaterial.

Cabe ao processo penal conciliar a proteção da propriedade imaterial com um *direito penal mínimo*, através do enfrentamento real, e não meramente simbólico, deste tipo de delinquência, mas sem deixar de respeitar as liberdades individuais, e os demais postulados constitucionais em que se expressam as garantias dos cidadãos. Dentro desta perspectiva, paralelamente à função de aplicação do Direito material, o processo penal funciona também como meio de garantir os direitos do acusado, ou seja, impede o arbítrio do Estado através da instrumentalização dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

Respeitando a independência conceitual e metodológica, bem como a autonomia de seu tratamento científico, o processo penal está a serviço do direito

²⁶⁷ O relacionamento entre direito penal e processual penal verifica-se não só no aspecto acadêmico e expositivo, mas há - também e principalmente - uma dependência teórica ou

penal, ou, em outras palavras, da aplicação desta parcela do Direito. É essa a razão pela qual não pode o processo penal descuidar do fiel cumprimento do objetivo traçado por aquele, ou seja, a proteção dos bens jurídicos.

Pode-se afirmar, portanto, que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: trata-se de instrumentalidade relacionada às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo, enquanto ferramenta do Estado para garantir a liberdade, o exercício dos direitos fundamentais, a segurança, o bem comum e o desenvolvimento social e econômico do país.

Dentro desse contexto, o processo penal ganha destaque especial no panorama atual, tendo em vista as características que se revelam nesse novo cenário. O grave quadro de crescimento desenfreado da violação de direitos de propriedade industrial exige a revisão do modelo de procedimento disciplinado no Código de Processo Penal relativo à propriedade industrial.

É que, enquanto de um lado pode-se encontrar em quase todas as ruas das grandes cidades (hoje em dia até mesmo em cidades do interior) camelôs que livremente praticam flagrantes violações dos direitos de propriedade industrial no comércio de relógios, perfumes, roupas etc., de outro temos as autoridades - e seus agentes- de mãos atadas, tendo em vista os que as diligências de busca e apreensão só podem ser ordenadas pelo juiz.

É nessa evidente contradição que os meios de comunicação difundem a idéia de que há necessidade do agravamento das penas e restrição de direitos e garantias do cidadão, como resposta adequada e eficaz para a questão das violações dos direitos de propriedade industrial. Ao mesmo tempo a opinião pública, influenciada pela mídia, exige uma resposta eficiente por parte do Estado para pôr fim ao caos do setor, pois, além de atingir a economia, causa significativos danos aos consumidores. É nessa mesma contradição que a adulteração e falsificação de todos os tipos de produtos em larga escala, cresce de maneira desenfreada, já que a impunidade reinante no setor não decorre da brandura das regras, mas da completa inaptidão do processo penal alcançar os infratores.

Enquanto se fala do prejuízo dos consumidores devido à péssima qualidade e vícios dos produtos; da atuação das organizações criminosas que agem no setor, com ramificação no estrangeiro e sua implicação com crimes mais graves; da questão social e do desemprego que favorece a proliferação dos crimes contra a propriedade industrial: enfim, de todos os males causados pela violação de direitos de propriedade industrial, nada pode ser feito pelas autoridades quando se está diante de crimes contra a propriedade industrial, pois dependem de mandado judicial (expedidos em ação penal privada), mesmo que as mercadorias estejam expostas aos consumidores em plena luz do dia.

É verdade que a articulação jurídica de proteção específica e direta do particular, que detém o direito de uso e exploração exclusivos, constitui o autêntico bem jurídico tutelado pela norma penal; todavia, há que se perceber que

a finalidade última é a proteção dos consumidores, além do interesse do próprio Estado na proteção da ordem econômica, imprescindível para o desenvolvimento do país.

Não resta dúvida de que se trata de bem jurídico de natureza preponderantemente individual, mas é inegável, também, a transcendência econômica da propriedade intelectual, que ultrapassa a simples afetação dos interesses do titular do direito de exclusividade, razão pela qual os dispositivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941), aplicáveis aos crimes contra a propriedade industrial (arts. 524 a 530), mostram-se incapazes de tutelar tal bem jurídico.

Quando se afirma, numa clara alusão à gravidade do delito e à quantidade de pena, que não se pode estabelecer paralelo entre o comércio informal de produtos obtidos com violação de direitos da propriedade imaterial com o comércio de outros produtos proibidos (p.ex.: armas, entorpecentes etc.), isto não significa dizer que a violação dos direitos de propriedade industrial não deva ser combatida de maneira eficiente.

Além da correspondência de bens jurídicos tutelados, a mesma opção político-criminal que recentemente orientou o legislador na alteração do tratamento processual das violações dos direitos autorais (Lei 10.695, de 1.º de julho de 2003), deve pautar as alterações que se fazem necessárias para conferir à propriedade industrial a mesma tutela ali disciplinada²⁶⁸.

²⁶⁸ *“Por último, y respecto a la protección de la libre competencia, es evidente que ella requiere la incriminación de conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos supraindividuales*

Não se pode aceitar que produtos obtidos com violação de direitos de propriedade industrial sejam expostos aos consumidores, muitas vezes com riscos à saúde e à segurança destes, sem que possam ser apreendidos pelas autoridades policiais, mesmo com requerimento dos respectivos titulares desses direitos.

Mas há que se aprimorar a legislação processual penal para dar efetiva prevenção e repressão desse tipo de delinquência. Deve haver correspondência de tratamento processual na apuração dos crimes contra a propriedade intelectual (isto é, considerada em sentido amplo, incluindo, portanto, os direitos sobre a propriedade industrial, direitos autorais, softwares etc.), tendo em vista a

necessários para su correto desarrollo, así como la de comportamientos que afecten al consumidor, pero también lo es que la protección por vía penal de determinados intereses individuales de carácter patrimonial puede suponer la protección indirecta de algunos de esos intereses supraindividuales puesto que existe una relación teleológica entre bien jurídico supraindividual (macrosocial), relativo al funcionamiento del sistema, y el bien jurídico individual (microsocial), que es condición de existencia del mismo. Así ocurre con los delitos relativos a la propiedad industrial. La concesión de estos derechos de explotación exclusiva patrimonial está vinculada al derecho de la competencia. Así, los signos distintivos permiten a los consumidores la identificación de los competidores, y en cuanto a las patentes, su concesión sitúa en posición más favorable al inventos frente a los otros competidores, por lo que se incentivará la política empresarial encaminada al logro de avances tecnológicos, lo cual, en último término, afecta a los consumidores. De esta forma, y como vimos, la protección penal de estos derechos tiene una doble incidencia, en cuanto que siendo el bien jurídico directamente protegido los intereses patrimoniales derivados de los derechos de propiedad industrial, la ratio legis es el mercado, especialmente los consumidores. Em sentido similar funcionan las infracciones relativas a la propiedad intelectual. La piratería de, por ejemplo, programas de ordenador, productos fonográficos, o de obras audiovisuales afecta, en primera medida, al patrimonio individual de unos sujetos (normalmente empresas) participantes en el mercado y lo hace de forma grave, en cuanto les impide recibir los beneficios económicos necesarios para rentabilizar la inversión realizada y poder continuar con su actividad industrial. Pero, además, al ser los derechos de propiedad intelectual una condición del sistema de mercado, en cuanto consisten en derechos de explotación exclusiva que incentivan la creación, favorecen el desarrollo cultural y económico y promueven la libre competencia, la actividad directamente lesiva de intereses individuales incide, indirectamente, en el sistema de libre competencia que rige el mercado en general y, en concreto, el mercado de las creaciones intelectuales, en cuanto supone la negación de un instrumento del mismo. Así, pues, y repitiendo una vez más, la incriminación de conductas que lesionen o pongan en peligro directamente los derechos de explotación exclusiva (bien jurídico protegido) se dirige, en última instancia, a la defensa y promoción de la creación y da libre competencia, en interés, desde un punto de vista cultural y económico, de toda la sociedad (ratio legis)". MIRÓ LLINARES, Fernando, op. cit., p. 254.

correspondência de bens jurídicos tutelados. Nada justifica os diferentes tratamentos conferidos pela legislação pátria.

Assim, o processo penal tem importante papel no enfrentamento dos crimes contra a propriedade imaterial, conferindo celeridade e eficiência na aplicação do direito material. Tudo isso deve ser feito sem tornar o processo, por si mesmo, uma sanção penal atípica, o que, como já foi dito, seria mais odioso do que as próprias penas tradicionais privativas de liberdade.

5.1 A NECESSIDADE DE TRATAMENTO PROCESSUAL PENAL UNITÁRIO DOS DIREITOS SOBRE BENS IMATERIAIS

A partir da década de oitenta, tendo em vista a crescente globalização da economia e as novas circunstâncias políticas e sociais, a comunidade internacional, especialmente em razão das novas tecnologias que facilitam a multiplicação dos ataques à propriedade imaterial, sentiu a necessidade de conferir uma maior proteção à propriedade intelectual, entendida esta em sentido amplo, ou seja, integrada pelos direitos de autor e pelos direitos de propriedade industrial.

Como marco moderno de proteção desses direitos, como já foi dito, firmou-se, a nível internacional, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio, mais conhecido por Acordo TRIPs, sigla incompleta da expressão “*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual*

Property Rights”, que integra o “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC”, assinado pelo Brasil no âmbito da Rodada do Uruguai do GATT (General Agreement on Tariffs na Trade).

No âmbito internacional, são consideradas obras intelectuais, para fins da denominada proteção da propriedade imaterial, as obras literárias, artísticas ou científicas, os programas de computador, as bases de dados, as marcas, as patentes, o traçado de circuitos integrados e os desenhos industriais, ou seja, tudo o que, fruto do trabalho intelectual (individual ou coletivo), possa ser comercializado ou reproduzido como produto diferenciado, sobre o qual se exercem direitos de propriedade intelectual.

As razões que justificam esse conceito integrador de *propriedade intelectual*, compreendendo não apenas os direitos de autor e conexos, mas também os direitos de marcas, de patentes e modelos de utilidade, sobre desenhos industriais etc., são impostas pela própria realidade do mercado, uma vez que a terminologia conceitual em nada afeta as faculdades morais e patrimoniais de cada um dos direitos que integram essa categoria jurídica²⁶⁹.

Assim, as características apontadas pela doutrina que diferenciam os direitos de autor dos tradicionais direitos de propriedade industrial não impedem que ambos sejam tratados de maneira unitária, ou seja, a diversificação expositiva dos respectivos direitos não pode justificar a renúncia a uma regra geral para enfrentar os problemas que lhes são comuns.

²⁶⁹ LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, op. cit., p. 24.

Na esteira do legislador internacional, é preciso reconhecer nos direitos de propriedade industrial e de autor uma categoria única, a fim de estabelecer o mesmo tratamento processual penal a essas distintas criações intelectuais.

As diferenças entre os direitos de autor e conexos e os tradicionais direitos de propriedade industrial se manifestam em três aspectos: a) no objeto; b) no conteúdo do direito; c) nos modos de aquisição.

Com relação ao objeto, a doutrina assinala que as criações da propriedade industrial produzem efeitos materiais no campo do útil e estão do campo da indústria, enquanto as criações intelectuais produzem efeitos na mente (e na sensibilidade) e entram no campo da cultura²⁷⁰.

Importante destacar que essa divisão da propriedade intelectual já se tornou inadequada, tendo em vista que a criação de programas de computador (obras técnicas que tornam mais fácil uma operação mental), é regulada por normas de direito autoral (trata-se da lei específica sobre o tema, que mescla conceitos de direito de autor com propriedade industrial). Ademais, não se pode afirmar que o criador de um direito de autor transmita apenas sentimentos. Inúmeras são as criações que se destinam à ciência e à tecnologia, e que se encontram no âmbito do direito de autor.

No que se refere ao conteúdo do direito, a doutrina tem-se preocupado com as várias diferenças existentes entre os direitos de autor e os direitos de

²⁷⁰ SILVEIRA, Newton, op. cit., p. 102.

propriedade industrial. Não há dúvidas de que existe uma gama de particularidades que diferenciam essas modalidades e que fazem que cada uma delas tenha a sua própria caracterização; todavia, mesmo dentro da propriedade industrial, diferenças existem. Apenas para citar um exemplo, enquanto as marcas têm função distintiva, as patentes e modelos de utilidade têm por função o incentivo à inovação tecnológica.

Finalmente, quanto aos modos de aquisição, a doutrina assinala diferença essencial entre os direitos de autor e os direitos de propriedade industrial. Os primeiros se adquirem pelo ato da criação, ou seja, independe de qualquer formalidade (registro público ou particular), e por esse fato se concede ao titular direitos morais e patrimoniais. Por outro lado, os direitos de propriedade industrial se adquirem com o registro válido, junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial²⁷¹.

Assim, não se podem negar as muitas diferenças existentes, seja quanto ao objeto, seja quanto ao conteúdo, seja quanto ao modo de aquisição, mas referidas diferenças ganham maior importância e relevo no âmbito do direito civil, comercial etc., já que se referem ou à forma de aquisição ou de simples questões de terminologia, de maneira que não devem atingir ou modificar a realidade que orienta a política criminal na atualidade.

No que diz respeito às violações de direitos de propriedade imaterial, esta vista em sentido amplo, é preciso perceber que direitos de autor e os de

²⁷¹ ABRÃO, Eliane Yachouh, op. cit., p.20.

propriedade industrial fazem parte de uma mesma categoria, o que justifica idêntico tratamento jurídico, ou, em outras palavras, idêntico tratamento processual penal, tendo em vista a correspondência bens jurídicos que devem ser igualmente tutelados.

Isto porque, no âmbito da propriedade intelectual, excluídas as normas referentes à concorrência desleal (diante do que já se disse, quer no capítulo 3 – delimitação do tema-, quer no item 4.1 – bem jurídico tutelado-), se pode constatar que as distintas modalidades – propriedade industrial e direito de autor – têm um dado substancial em comum: ao autor de obra literária, artística ou científica; ao criador de um símbolo distintivo, ou de uma invenção, ou de um modelo de utilidade; ao autor de um desenho industrial, ou seja, em todos os casos, o ordenamento jurídico outorga, ao titular, o direito exclusivo sobre um bem imaterial.

É preciso enfatizar, e repetindo mais uma vez, que direitos de autor e os tradicionais direitos de propriedade industrial fazem parte de uma mesma categoria de direitos sobre bens imateriais, que tem por objetivo a proteção e o incentivo às criações e concepções no campo das artes, da técnica, na indústria, no comércio e na prestação de serviços²⁷².

²⁷² “...no nos parece desdeñable el argumento de que derechos de propiedad intelectual y propiedad industrial son, ambos, derechos sobre bienes inmateriales, con diferencias sustanciales evidentes entre ellos derivadas de su distinta naturaleza y funciones, pero con una similar incidencia en el mercado económico derivada de la inmaterialidad del objeto sobre el que recae el derecho y una parecida función de motivación a la creación de productos intelectuales e industriales”. MIRÓ LLINARES, Fernando, op. cit., p. 251.

Nos dias de hoje, tende a desaparecer a tradicional linha divisória que entende que os direitos de propriedade industrial são instrumentos destinados a impedir que terceiros não autorizados se utilizem desses bens, a fim de proteger a livre concorrência e a capacidade competitiva do empresário, enquanto os direitos de autor tem como finalidade a proteção e o fomento da cultura. Ambas as finalidades podem ser identificadas em ambos os direitos. Da mesma maneira que existe conexão entre direitos de autor com as atividades econômicas, se pode afirmar que existe conexão entre os direitos de propriedade industrial e desenvolvimento cultural²⁷³. Na atualidade, a própria noção de cultura passou por transformações sendo largamente ampliada.

Nesse sentido, a invenção da imprensa influenciou o desenvolvimento cultural com mais intensidade do que qualquer obra artística. Inúmeras são as criações protegidas pelo direito de autor que têm efeitos na indústria, assim como há outras tantas criações protegidas pelos direitos de propriedade industrial que têm reflexos na cultura da sociedade.

Mas não é só. Existem outros pontos comuns que o ordenamento jurídico exige para outorgar proteção e faculdades aos titulares de direito de autor e conexos, aos titulares de direito de marca, aos titulares de patentes etc. Só para

²⁷³ *“Es cierto que la relación de los derechos de propiedad industrial con la capacidad competitiva de la empresa es, a priori, mayor que la de los derechos de propiedad intelectual, pero no nos sieve ya este argumento para excluir la regulación penal de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual de un capítulo relativo al mercado y a los consumidores. Primero porque los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual siguen siendo derechos sobre bienes inmateriales con un efecto monopolístico, sea quien sea su titular, y segundo porque cada vez más la propiedad intelectual es explotada por empresas, en muchos casos multinacionales, con gran importancia en el mercado (Microsoft, Sony, Dreamwork), de modo uqe algunas de las más importantes empresas del mundo actúan, en gran medida, protegidos por los derechos de propiedad intelectual”.* MIRÓ LLINARES, Fernando, op. cit., p. 251.

citar um exemplo, a mesma originalidade²⁷⁴ que se exige nas criações literárias, artísticas ou científicas é exigida às patentes, ao caráter distintivo das marcas, aos desenhos industriais, pois todas essas criações são frutos do trabalho intelectual, cuja titularidade pertence a seus respectivos criadores.

Partindo-se da conclusão de que tanto os direitos de autor como os de propriedade industrial fazem parte de uma mesma categoria de direitos (direitos sobre bens imateriais), é preciso harmonizar e integrar os distintos tratamentos dados pelo ordenamento jurídico vigente, especialmente no que se refere ao processo penal. Aos titulares de direitos de propriedade industrial, para efetiva tutela de seus interesses, se deve disponibilizar as mesmas ferramentas processuais que hoje estão regulamentadas no Código de Processo Penal apenas para os casos de violação dos direitos de autor.

Com tais considerações, busca-se acrescentar argumentos para concluir que, de fato, os titulares de direitos de autor e os de direitos de propriedade industrial devem receber o mesmo tratamento por parte do legislador. Aos últimos (titulares de direitos de propriedade industrial) devem ser estendidos os mecanismos e ferramentas processuais de tutela da propriedade imaterial trazidos pela Lei 10.695, de 1.º de julho de 2003. Foram introduzidos, no Código de Processo Penal, especificamente no Capítulo que trata *do processo e do julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial*, os artigos 530-A a 530-I; todavia, tais dispositivos não se aplicam à propriedade industrial, como será visto no próximo item (5.3, *infra*).

²⁷⁴ ABRÃO, Eliane Yachouh, op. cit., p. 95.

Assim, tendo em vista a correspondência de bens jurídicos tutelados (quer entendidos como tutela da exclusividade sobre um bem imaterial, quer entendidos como tutela de dimensão socioeconômica, vistos em sua concepção de delitos *pluriofensivos*)²⁷⁵; tendo em vista que deve haver coerência do legislador na fixação de política criminal; e, tendo em vista, ainda, que direitos de autor e os tradicionais direitos de propriedade industrial fazem parte de uma mesma categoria de direitos sobre bens imateriais, nada justifica os diferentes tratamentos dados à matéria pela legislação processual penal em vigor.

²⁷⁵ Nesse sentido, “*Nuestro parecer, en línea con el de un importante, si bien no mayoritario, sector doctrinal español y el de una nueva línea de pensamiento acerca de la propiedad intelectual en general y su protección por vía penal en concreto, es el de considerar perfectamente coherente con la naturaleza de estos delitos y con la voluntad del legislador de atender a las necesidades individuales y colectivas actuales relacionadas con la propiedad intelectual, la incorporación de los delitos protectores de este bien jurídico a un capítulo, el XI del Título XIII, formado por infracciones cuyo punto de enlace último es la protección, directa o indirecta, del sistema de libre competencia*”. MIRÓ LLINARES, Fernando, op. cit, p. 250.

5.2 AS DIFERENTES REGRAS PROCEDIMENTAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA APURAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

A Lei n.º 10.695, de 1.º de julho de 2003, introduziu no Capítulo IV do Livro II do Código de Processo Penal os artigos 530-A, 530-B, 530-C, 530-D, 530-E, 530-F, 530-G, 530-H e 530-I. Em decorrência das alterações trazidas pela referida Lei, os crimes que se apuram mediante queixa, isto é, crimes de ação penal privada, ficam sujeitos às antigas regras procedimentais previstas nos artigos 524 a 530, isto por força do artigo 530-A²⁷⁶. Tratando-se de crime de ação penal pública, incondicionada ou condicionada, conforme dispõe o artigo 530-I, são aplicáveis as novas regras contidas nos artigos 530-B a 530-H²⁷⁷.

A mesma Lei n.º 10.695/03, no que se refere aos crimes contra os direitos de autor previstos no Capítulo I do Título III da Parte Especial do Código Penal, deu nova redação ao artigo 184, *caput* e §§ 1.º, 2.º 3.º, em que se descrevem os crimes de violação de direito autoral, além de acrescentar-lhe o § 4.º e revogar o artigo 185. Das regras referente à ação penal cabível para apuração dessas infrações penais, cuidou a nova redação do artigo 186 do Código de Processo Penal.

²⁷⁶ CPP – “Art. 530-A. O disposto nos arts. 524 a 530 será aplicável aos crimes em que se proceda mediante queixa”.

²⁷⁷ CPP – “Art. 530-I. Nos crimes em que caiba ação penal pública incondicionada ou condicionada, observar-se-ão as normas constantes dos arts. 530-B, 530-C, 530-D, 530-E, 530-F, 530-G e 530-H”.

Com relação à ação penal nos crimes de violação de direito autoral, a lei estabelece quatro possibilidades: a) queixa, nos crimes previstos no *caput* do art. 184; b) ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 (casos de violação de direito autoral com intuito de lucro); c) ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público; d) ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3.º do art. 184. Em resumo: tratando-se de crimes de violação de direito autoral e os que lhe são conexos a ação penal será pública (condicionada ou incondicionada), exceção feita à modalidade prevista no *caput* do artigo 184, única que se procede mediante queixa. Assim, via de regra, os crimes contra os direitos de autor e seus conexos estão submetidos às novas normas introduzidas pela Lei 10.695/03.

Por outro lado, os crimes contra a propriedade industrial elencados nos artigos 183 a 194 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (com exceção ao artigo 191, em que a ação será pública)²⁷⁸, se apuram mediante queixa, ou seja, sujeitos às antigas e ultrapassadas regras procedimentais contidas nos artigos 524 a 530 do Código de Processo Penal.

As regras procedimentais em questão dizem respeito basicamente à busca e apreensão relacionadas com os crimes contra a propriedade imaterial.

²⁷⁸ LPI – “Art. 199. Nos crimes previstos neste título somente se procede mediante queixa, salvo quanto ao crime do art. 191, em que a ação será pública”.

5.2.1 REGRAS PARA BUSCA E APREENSÃO NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA

Tratando-se de crimes que se apuram mediante **ação penal pública**, as regras atinentes à busca e apreensão a serem observadas são as seguintes:

1. Os bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos serão apreendidos em sua totalidade pela autoridade policial;
2. Além dos bens poderá a autoridade apreender os equipamentos, suportes e materiais que possibilitem a produção ou reprodução, desde que se destinem precipuamente à prática do ilícito;
3. Por ocasião da apreensão elabora-se termo, assinado por duas no mínimo duas testemunhas, com descrição de todos os bens apreendidos, devendo constar informações sobre a origem dos referidos bens.
4. A perícia de todos os bens apreendidos será elaborada por perito oficial;
5. Na falta de perito oficial, a perícia poderá ser realizada por pessoa tecnicamente habilitada, nomeada pela autoridade policial;
6. Os bens apreendidos, por expressa disposição legal, ficarão depositados em poder dos titulares *de direito de autor e os que lhe são conexos*, que deverão, quando do ajuizamento da ação, colocá-los à disposição do juiz;
7. Quando não houver impugnação quanto à licitude dos bens apreendidos ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de identificação do autor do delito, a requerimento da vítima e ressalvada a possibilidade de preservar o corpo de delito, o juiz poderá determinar a destruição da produção ou reprodução apreendida;
8. Por ocasião da sentença o juiz pode determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, bem como o perdimento dos equipamentos destinados à produção ou reprodução;
9. A lei autoriza as associações de titulares de *direito de autor* a funcionarem como assistentes.

5.2.2 REGRAS PARA BUSCA E APREENSÃO NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

Quando se tratar de crimes que se apuram mediante **ação penal privada**, devem ser observadas as seguintes regras atinentes à busca e apreensão:

1. O interessado (titular do direito de propriedade imaterial) deve requerer ao juiz a busca e apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, que deverão ser submetidos à exame pericial²⁷⁹.
2. Não se podem apreender as máquinas e equipamentos destinados a produção e reprodução ilícita dos produtos. Vale frisar que o art. 203, da 9.279/96, expressamente estabelece que as diligências preliminares limitar-se-ão à vistoria e à apreensão dos produtos²⁸⁰;
3. A diligência de busca e apreensão deve ser realizada por peritos (dois) nomeados pelo juiz, que verificarão a existência de fundamento para a apreensão;
4. Dentro de três dias após o encerramento das diligências os peritos deverão apresentar laudo pericial, mesmo que nada se tenha apreendido;
5. A queixa não será recebida sem o laudo pericial dos objetos apreendidos;
6. Só o titular do direito poderá requerer a busca e apreensão, já que sem a prova do direito à ação (título de propriedade e registro respectivos) não será recebida a queixa nem ordenada qualquer diligência preliminar.
7. Realizada a diligência de busca e apreensão, responderá por perdas e danos a parte que a tiver requerido de má-fé, por espírito de emulação ou erro grosseiro.

²⁷⁹ A jurisprudência entende que devem ser apreendidos apenas os exemplares estritamente necessários para a realização da perícia e eventual comprovação do delito. RT 451/405, 474/330, 483/344, 481/332, 487/310, 547/333, 561/346, 573/396.

²⁸⁰ LPI – “Art. 203. *Tratando-se de estabelecimentos industriais e comerciais legalmente organizados e que estejam funcionando publicamente, as diligências preliminares limitar-se-ão à vistoria e apreensão dos produtos, quando ordenadas pelo juiz, não podendo ser paralisada a sua atividade lícitamente exercida*”.

5.2.3 A LEI 9.099/95 E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, regulamentou o disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal²⁸¹, criando os Juizados Especiais Criminais, cuja competência é a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.

O objetivo da Lei foi a simplificação da Justiça Penal, a fim de conferir celeridade à prestação jurisdicional nas apurações de delitos com menor potencial de lesividade, sem a necessidade do desgaste do processo. Além disso, introduziu a justiça consensual, buscando, a todo custo, a aplicação de pena não privativa de liberdade, isto é, multa ou restrição de direitos.

Inicialmente, eram consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61, da Lei 9.099/95, as contravenções penais e os crimes a que lei comine pena máxima não superior a um ano; expressamente a lei excluía os crimes sujeitos a procedimento especial.

Todavia, antes mesmo da entrada em vigor da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001 (lei que regulamentou o Juizado Especial Criminal no âmbito da Justiça Federal e fixou novo critério para a conceituação de crime de menor potencial

²⁸¹ CF – “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;...”.

ofensivo²⁸²), já havia o entendimento da possibilidade de aplicação dos dispositivos da Lei 9.099/95 aos crimes contra a propriedade industrial. Isto porque dois eram os parâmetros a serem observados na caracterização dessas infrações: b) pena máxima cominada não superior a um ano; b) apuração do delito não sujeita a procedimento especial.

Com relação à pena, nenhuma sanção cominada aos delitos elencados na Lei da Propriedade Industrial ultrapassa o limite antes estabelecido para a competência dos Juizados Especiais Criminais, ou seja, todas as penas máximas previstas na Lei 9.279/96, de 14 de maio de 1996, não superam o limite de um ano. Com relação ao procedimento, as regras especiais contidas no Código de Processo Penal referem-se à fase preliminar que antecede o processo, e dizem respeito à busca e apreensão dos objetos ilicitamente produzidos ou reproduzidos. Recebida a denúncia ou a queixa, diz a lei, o processo segue o rito comum²⁸³. Portanto, não se trata de procedimento especial, já que o processo obedecia ao rito ordinário.

Logo, mesmo na vigência do art. 61, os benefícios trazidos pela Lei 9.099/95 eram aplicados aos crimes contra a propriedade industrial em todas as suas modalidades. Assim sendo, a Lei 10.259/01 apenas reforçou o

²⁸² O Art. 2.º, § único, da Lei 10.259/01, revogou o art. 61, da Lei 9.099/95, e fixou novo critério para conceituação de crime de menor potencial ofensivo. Agora, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, os crimes e as contravenções a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. Além disso, não existem mais exceções para os crimes com previsão de procedimento processual penal especial.

²⁸³ CPP – “Art. 524. No processo e julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III do Título I deste Livro, com as modificações constantes dos artigos seguintes”.

entendimento, que já era cediço nos tribunais²⁸⁴, de que, nos crimes contra a propriedade industrial da Lei 9.279/96, mesmo os que se apuram mediante ação penal privada, são cabíveis a *transação penal* e a *suspensão condicional do processo*, regulamentados, respectivamente, nos arts. 76 e 89, do estatuto em questão.

. A *transação penal*, fruto de opção político-criminal do legislador, instituiu o princípio da discricionariedade regrada, que permite ao Ministério Público (ou ao acusador privado), desde que preenchidos determinados requisitos estabelecidos na própria lei, dispor da ação penal e propor ao autor do fato (sem que haja denúncia e instauração de processo), a imediata aplicação de pena não privativa de liberdade.

Já a *suspensão condicional do processo* objetiva, fundamentalmente, como se depreende da própria denominação do instituto, suspender o curso do processo por determinado período (de dois a quatro anos). A aceitação o benefício depende da anuência da defesa técnica, devendo o acusado submeter-

²⁸⁴ Sem embargo de possível entendimento contrário, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “RHC – crime contra o registro de marcas e concorrência desleal. Lei n.º 9.279/96. Lei n.º 9.099/95. Aplicabilidade. Recurso provido. I. A Lei n.º 9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. II. Recurso provido para anular o feito desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que seja observado o procedimento da Lei n.º 9.099/95”. (RHC n.º 8.480/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21.10.99, v.u., DJU 22.11.99, p. 164). No mesmo sentido, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (extinto em razão da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004), vinha decidindo pela possibilidade de aplicação da *transação penal* (apelação n.º 1.021.473/2) e da *suspensão condicional do processo* em crimes de ação penal privada (Apelação n.º 988.437/3). A doutrina aceita, majoritariamente, que “...permitir ao Ministério Público (ou ao acusador privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do § 2.º do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio de oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei”. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juízados Especiais Criminais*. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 140.

se, durante o período de suspensão, a determinadas condições legais e judiciais. Terminado o prazo sem que o acusado tenha dado causa à revogação do benefício (isto é, cumpridas todas as condições impostas pelo juiz - e aceitas pelo acusado-), será declarada extinta a punibilidade.

No decorrer desses dez anos de vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, muitas críticas foram sendo formuladas pela doutrina em relação a eles. Inúmeras razões são apontadas como responsáveis pela *banalização* dos novos institutos despenalizadores. Para alguns autores, a lei foi utilizada precipuamente como instrumento de redução do expediente forense, com importantes reflexos na ordem social, já que contribuiu, significativamente, para agravar a grave sensação de impunidade que aflige nossa sociedade²⁸⁵.

Os anseios da Constituição Federal de uma Justiça Criminal consensual, para atender aos fins da pena e do processo no Estado Democrático de Direito, com procedimentos céleres e eficientes, buscando criar formas alternativas de aplicação do Direito Penal, sem os custos do processo, nunca se concretizaram.

A partir disso, os meios de comunicação difundem a idéia de que só um direito penal excessivamente intervencionista é a resposta adequada e eficaz para os graves problemas de segurança, capaz de devolver a almejada tranqüilidade social. É nesse contexto que tramitam os projetos de lei que

²⁸⁵ Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini e PEIXOTO, Paulo Henrique Abujabra. *Juizados Especiais Criminais – Lei n.º 9.099/95 – cinco anos de experiência*. In: Marco Antonio Marques da Silva (Coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 194.

pretendem o significativo agravamento das penas privativas de liberdade dos crimes contra a propriedade industrial (item 4.4, *supra*).

Para impedir o acesso aos benefícios introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (seja a transação penal seja a suspensão condicional do processo, e até o próprio *sursis* do Código Penal) se propõe a majoração das penas, atualmente previstas na maioria dos crimes em detenção três meses a um ano ou multa, para detenção de dois anos e dois meses a quatro anos, e multa.

Na verdade, nos últimos anos, não só os crimes contra a propriedade industrial tiveram um crescimento vertiginoso; o aumento desenfreado da criminalidade em nosso país é geral. De nada adianta o legislador procurar tranquilizar a sociedade criando a falsa ilusão de que a resolução problemas sociais depende do agravamento das sanções penais, ou da redução das possibilidades de acesso aos benefícios da *transação penal* e *suspensão condicional do processo*²⁸⁶.

O fato de os delitos contra a propriedade intelectual e industrial constarem do rol de atividades ilegais praticadas pelo crime organizado não autoriza tratá-los como crimes de especial gravidade.

²⁸⁶ Da justificação do Projeto de Lei n.º 3965/04, da da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída para investigar fatos relacionados à pirataria de produtos industrializados e sonegação fiscal se extrai: "(...) Durante todos os meses de trabalho, a Comissão ouviu, além dos prejudicados diretamente pela pirataria, vários representantes do Ministério Público. Todos eles foram unânimes em expor que, apesar da boa intenção do legislador no que tange às Leis n.º 9.099 e 10.259/00, que tratam dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais, respectivamente, o disposto no art. 89 da Lei n.º 9.099, recepcionado pela Lei n.º 10.259/00, cria a idéia de que a pirataria é crime de menor importância. Referido dispositivo concede o benefício do *sursis processual* para o autor do delito cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano". CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pirataria*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004, p. 330.

É realidade econômica do país que propicia expansão dos mercados de produtos obtidos com violação de direitos de propriedade industrial, já que abre *vagas* de empregos, suprimindo a falta de oportunidade no mercado formal.

A grande parte dos crimes contra a propriedade industrial é praticada por indivíduos integrantes das classes economicamente menos favorecidas. São eles que estão no final da cadeia de produção e distribuição dos produtos ilicitamente produzidos ou reproduzidos; mas parece que o legislador acredita que a grande quantidade de consumidores, que realiza nesses produtos os seus sonhos de consumo, adquire esses bens diretamente das “*organizações criminosas*” ou nas “*bocas*” de produtos contrafeitos.

Produtos como CDs de música, filmes, jogos eletrônicos, programas de computador, além de relógios, perfumes e roupas com marcas falsificadas etc., podem ser encontrados, expostos ao público, em plena luz do dia, diante de todas as autoridades, em camelôs espalhados por quase todas as ruas do centro das grandes cidades.

Nosso legislador precisa estar atento, pois a continuar assim, em breve já não haverá *infração penal de menor potencial ofensivo*, pois eventuais críticas que podem ser feitas à Lei 9.099/95, no que se refere à violação de direitos de propriedade industrial, são igualmente aplicáveis a todos os delitos que se enquadram nesse conceito; logo, deve o legislador corrigir eventuais falhas na lei 9.099/95, a fim de encontrar uma solução para os problemas gerais relativos à “*banalização*” dos benefícios da *transação penal* e da *suspensão condicional do*

processo, e não simplesmente elevar as penas dos delitos para excluí-los da competência dos Juizados Especiais Criminais, sob o argumento de suposta “*gravidade*”.

5.3 AÇÃO PENAL PRIVADA E EFETIVIDADE

Em princípio toda a ação penal é pública, pois se trata de um direito público subjetivo em face do Estado-Juiz²⁸⁷. A diferença que se estabelece entre *ação penal pública* e *ação penal privada* decorre da legitimidade para agir. Assim, quando a ação é promovida pelo Ministério Público (órgão do Estado-Administração, representado por Procuradores e Promotores de Justiça) ela é *pública*; quanto a lei confere o direito de acusar, exclusiva ou subsidiariamente, ao ofendido, a ação é *privada*.

Para os crimes tipificados na Lei da Propriedade Industrial (salvo o do art. 191), o legislador atribuiu o direito de acusar exclusivamente à vítima; portanto, se apuram mediante ação penal privada.

No direito pátrio, por questões de política criminal, a transferência para o ofendido da legitimidade para exercer o direito de acusar e propor a ação penal ocorre em duas situações²⁸⁸: a) quando o bem jurídico protegido tem caráter mais

²⁸⁷ MARQUES, José Frederico, *Tratado...*, op. cit., v.2, p. 110.

²⁸⁸ Não se vai tratar aqui da diferença entre privada exclusiva e subsidiária.

privado do que público; b) quando o processo, por si só, pode acarretar mais males ao ofendido do que a própria impunidade do ofensor.

O legislador da Lei da Propriedade Industrial, influenciado por aquela primeira concepção de caráter exclusivamente patrimonialista dos direitos de propriedade industrial, entendeu que a exclusividade de exploração dos direitos de propriedade é o único bem jurídico a ser tutelado pela norma. Nessa situação, o interesse privado se sobrepõe ao interesse do Estado, razão pela qual se justifica a entrega, ao titular do direito, da legitimidade para intentar, com exclusividade, eventual ação penal.

O cenário atual de grande crescimento dos atentados contra os direitos de propriedade industrial, com significativos prejuízos não só para os titulares desses direitos, mas também para o Estado que se ressentir da desordem causada na economia, dos danos para a arrecadação de tributos, e das flagrantes ofensas aos consumidores, obriga a reavaliar a opção político-criminal do legislado que conferiu a acusação apenas ao ofendido, ou seu representante legal.

Quando se protege adequadamente a propriedade industrial, se quer proteger a própria capacidade competitiva do empresário, além de garantir o bom funcionamento de todo o mercado. Demais disso, em grande parte das violações de direitos de propriedade industrial, tendo em vista a falta de autenticidade do produto, a certeza sobre sua qualidade e procedência, um sem-número de pessoas é prejudicada.

Os crimes contra a propriedade industrial têm potencial de pluriofensividade; isto é, além de constituir ofensa ao patrimônio (em princípio um bem jurídico privado), as condutas atentatórias aos direitos de propriedade industrial se desenvolvem em um mercado regido pela livre concorrência, razão pela qual afeta a livre iniciativa e os direitos dos consumidores, para atingir, em última análise, o próprio desenvolvimento econômico do país.

Com relação ao comércio internacional a situação é mais grave. Há dois anos o Brasil foi incluído na chamada *lista negra* do Departamento de Comércio norte-americano, o que prejudica a relações comerciais com aquele país. Tendo em vista os abusos nas violações dos direitos de propriedade intelectual, o Brasil corre o risco de ser excluído do Sistema Geral de Preferência (SGP), mecanismo destinado a reduzir as alíquotas de importação de produtos vendidos pelos países em desenvolvimento.

Logo, não há como deixar de reconhecer a ordem econômica como bem jurídico mediato. Muito além do interesse do particular, titular dos direitos de exclusividade de exploração, a finalidade da norma deve ser, principalmente, proteger a economia do país, a capacidade competitiva das empresas, e os interesses dos consumidores. Esse caráter pluriofensivo dos delitos contra a propriedade industrial demonstra a inadequação do critério seguido pelo legislador quando entregou ao particular a titularidade da ação penal.

Foi essa inegável realidade que norteou o legislador na recente alteração do tratamento das violações dos direitos autorais (Lei 10.695, de 1.º de julho de

2003), principalmente no que diz respeito ao procedimento destinado à apuração dessas infrações, e à titularidade da ação penal que passou a ser pública.

Mesmo que não se vislumbre nos direitos de propriedade industrial a característica de pluriofensividade, é fundamental esclarecer que, a propriedade industrial, enquanto parte integrante da propriedade intelectual, deve, em verdade, estar sujeita a mesma opção político-criminal do legislador, ou seja, mesmo não havendo integralmente correspondência das condutas com o bem jurídico tutelado, a política criminal justifica tal alteração²⁸⁹.

De pouco adianta o governo fazer planos e criar conselhos de combate aos crimes contra a propriedade intelectual se, no caso da propriedade industrial, a titularidade da ação penal é exclusiva do ofendido. As atuações repressivas, sempre em destaque nos meios de comunicação, só têm algum êxito quando há relação dos crimes contra a propriedade industrial com outros delitos de maior gravidade, tais como: descaminho, contrabando, sonegação fiscal etc.; todavia, permanece em exposição nas ruas centrais das cidades um sem-número de produtos obtidos com violação da propriedade industrial.

Boa parte dos titulares dos direitos de propriedade imaterial ou são pessoas físicas ou são empresas de pequeno e médio porte. É muito difícil para eles suportar, entre outras, despesas processuais, honorários advocatícios e dos peritos nomeados pelo juiz para realizar a busca e apreensão. Tampouco há

²⁸⁹ Conforme explica Renato de Mello Jorge Silveira, *“Melhor posição é assumida pela idéia de que não adquire, a Política Criminal, espectro de pura ciência, senão um setor da realidade vislumbrado pela política estatal, como o são: a Política Educacional, Política Econômica etc. Com*

possibilidade desses ofendidos recorrerem aos benefícios da justiça gratuita, quando não reúnam as condições de suportar as referidas despesas. Tudo isso sem falar no incontável número de mandados de busca e apreensão que precisariam ser requeridos pelos respectivos titulares para combater, com algum resultado, as violações a seus direitos, diante dos reiterados e permanentes ataques à propriedade industrial.

Essa dificuldade intransponível é que tem contribuído para o crescimento descontrolado dos crimes ora em estudo. Por mais boa vontade que tenha o particular, é humanamente impossível - quer sob o aspecto financeiro, quer sob o prático - obter mandados de busca e apreensão suficientes para reprimir, mesmo que simbolicamente, tantos delitos. Importante lembrar que a violação da propriedade intelectual pode ser encontrada em todos os locais, bairros e ruas da cidade. Esta situação relega o ofendido ao desespero (ante sua impotência) e ao abandono (ante a inércia – justificada – das autoridades policiais).

A proteção dos direitos de propriedade industrial de vital importância para o desenvolvimento econômico e social do país, tendo em vista que através da concessão de um direito de exclusividade, ou monopólio temporal de exploração, se estimula o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Mas, para obter a carta patente ou o registro de direitos de propriedade industrial, através dos quais se garante ao titular o ressarcimento do investimento empregado permitindo-lhe que se aproveite dos benefícios decorrentes da

seus meios, são traçados os programas e as metas repressivas governamentais em resposta ao fenômeno criminal. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, op. cit., p.164.

exclusividade, é preciso que interessado percorra um longo e custoso procedimento junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Além dos honorários de seu representante junto àquele órgão (agente da propriedade industrial), o interessado precisa fazer frente a várias taxas, que devem ser pagas a cada estágio do procedimento. No caso de patente, paga-se pela *busca*, pelo *pedido de depósito*, pelo *requerimento de exame* (dos requisitos legais para obtenção da patente), pela *expedição da carta patente* e, finalmente, deve-se pagar a *anuidade* regularmente. Em se tratando do pedido de registro de marca, paga-se pela *busca*, pelo pedido de *registro*, pela *expedição do certificado de registro* e as necessárias *prorrogações de registro*. Pode haver muitas outras despesas caso hajam impugnações, exigências, transferências, alterações etc.

Portanto, os titulares pagam, e pagam caro, para adquirir seus direitos de propriedade industrial; entretanto, quando da necessária proteção a esses mesmos direitos, o Estado entrega ao próprio ofendido a legitimidade ou, em outras palavras, o ônus da apuração e punição desses crimes. Parece haver uma grande contradição entre incentivo ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país e proteção dos direitos de propriedade industrial.

Assim, não há congruência entre o bem jurídico protegido pelas normas referentes à propriedade industrial e a legitimação exclusiva do ofendido para intentar ação penal, ou seja, não há adequação entre ação penal privada (cabível apenas quando o bem jurídico tem caráter mais privado do que público) e crimes contra a propriedade industrial.

Nos crimes contra a propriedade industrial, especialmente diante da conclusão relativa ao bem jurídico protegido, a ação deve ser pública; todavia, condicionada à representação do ofendido. Embora a tutela do bem jurídico lesionado nesses delitos interesse precipuamente ao Estado, só surge para este a pretensão punitiva quando o ofendido também tiver interesse na punição do autor da infração penal.

Fazendo a ação penal depender de representação (uma espécie de pedido-autorização em que a vítima expressa sua autorização para que a ação seja instaurada, bem como a persecução se inicie)²⁹⁰, não se afasta o necessário concurso do ofendido, tendo em vista que sua eventual concordância exclui o crime. Ademais, só o próprio ofendido pode, através da representação, que deve ser instruída com a prova do direito de propriedade industrial (título de propriedade e registro respectivos), autorizar e legitimar eventuais diligências de busca e apreensão dos produtos ilicitamente produzidos ou reproduzidos, que se encontrem em local público, ou aberto ao público.

A alteração da legitimidade da ação penal nos crimes contra a propriedade industrial para o Ministério Público, mesmo que condicionada à representação do ofendido, além de ser mais coerente com o bem jurídico tutelado, faz com que haja um regime procedimental único nas diligências preliminares de busca e apreensão de bens produzidos ou reproduzidos com violação de direitos de propriedade intelectual (considerada em sentido amplo, abarcando portanto os direitos sobre a propriedade industrial); ou seja, a autoridade policial – e seus

²⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 16.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 122.

agentes – estarão legitimados, desde que autorizados e munidos da prova da propriedade, a apreender os produtos e mercadorias obtidas com violação dos direitos de propriedade industrial.

Mas não é só. A vítima, diante de flagrantes violações de seus direitos, poderá, a todo momento, recorrer às autoridades para, através da representação, que se trata também de uma *delatio criminis*, postular providências tendentes à proteção de seus direitos.

Esta é a resposta que a vítima e a sociedade esperam, e que só o processo penal pode oferecer. Importante esclarecer, que não isto não significa fazer uso das regras procedimentais e do próprio processo como escopo de punição antecipada, ou de intimidação polícial, ou de estigmatização social, ou de perseguições para fins exclusivamente particulares.

O processo penal é um importante instrumento de que dispõe o Estado Democrático de Direito para garantir não só a liberdade, o exercício dos direitos individuais e sociais e o bem-estar dos cidadãos, mas deve também contribuir para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, propiciando eficiência no combate aos ataques aos direitos de propriedade industrial.

Além de mais coerente com o bem jurídico tutelado, a proteção da propriedade industrial mediante ação penal pública pode fazer do processo penal a resposta jurídica adequada para a prevenção e repressão desses delitos, como será tratado no próximo item.

5.4 O PROCESSO PENAL COMO RESPOSTA JURÍDICA ADEQUADA

A eficiência do sistema penal deve ser vista e examinada em seu conjunto, ou seja, o sistema jurídico-penal é integrado pela organização das forças policiais, pelos aspectos penais, processuais, penitenciários, enfim, por todo o ordenamento jurídico-penal. Em razão disso, às normas de direito penal devem corresponder regras processuais adequadas. O processo penal deve estar em perfeita sintonia com o direito penal.

O tema da eficiência é de particular importância para o momento vivido pelo direito penal, que se vê pressionado, de um lado, pela delinquência moderna, organizada e transnacional (item 2, *supra*), cuja atuação põe em risco o próprio Estado Democrático de Direito; de outro lado, exige-se do Estado que o combate à criminalidade seja feito com o menor ataque possível aos direitos e garantias, cujos princípios estão plasmados na Carta Política de 1988²⁹¹.

A questão que se coloca, portanto, é como fazer frente aos ataques contra os direitos de propriedade industrial, ou ao menos reduzir sua frequência, sem ofender aos princípios da liberdade, dignidade, proporcionalidade, ou da intervenção mínima.

²⁹¹ O princípio da eficiência na intervenção estatal, expressamente introduzido pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1988, deve nortear as políticas públicas do Estado, especialmente no que se refere à política criminal.

Para tanto, deve-se levar em consideração as questões sociais e econômicas relacionadas aos crimes contra propriedade industrial, principalmente pelo fato de tratar-se de uma delinquência econômica, ou seja, pelo fato de que as violações dos direitos de propriedade industrial objetivam, basicamente, a obtenção de vantagem de natureza econômica.

Nesse contexto, a corrente *law and economics*, ou análise econômica do Direito, indica que na formulação da política criminal se deve levar em conta técnicas como análise de custo/benefício e eficiência do sistema jurídico-penal, estabelecendo a imagem do indivíduo como *homo oeconomicus* em oposição à figura do *homo sociologicus*.

Partido-se dessa premissa, a análise econômica do Direito Penal sustenta que todos os que praticam crimes são indivíduos que, na busca de seus próprios interesses, calculam os custos e os proveitos que a ação delituosa pode lhes proporcionar. Nesse sentido, a conduta humana segue sempre estímulos relacionados às suas necessidades e/ou desejos, cuja atuação para satisfação se dá em virtude de cálculos de custo/benefício²⁹². Assim, a prática de fato delituoso só ocorre se as conseqüências decorrentes forem inferiores às potenciais vantagens da realização do ato, ou se a prática do delito traz mais vantagens do que o comportamento legal alternativo.

Compreendida a exposição anterior, parece ser muito fácil a aceitação do modelo de *homo oeconomicus* para explicar a delinquência econômica,

²⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004, p. 11.

especialmente a criminalidade relacionada às violações de direitos de propriedade industrial. Como já se afirmou, esse tipo de criminalidade constitui meio eficiente de obtenção de grande proveito econômico, sem que, por outro lado, haja correspondente resposta no âmbito do sistema jurídico-penal, quer com relação à imposição de penas, quer com relação as medidas processuais penais exigíveis.

Os tipos penais contra a propriedade industrial integram a categoria das denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, sujeitas portanto à Lei 9.099/95, com aplicação dos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo. Quanto às regras procedimentais de apuração, mesmo que expostos ao público, os produtos e mercadorias obtidos com violação de direitos de propriedade industrial só podem ser apreendidos com ordem judicial, em procedimento preparatório de ação penal privada, onde se deve demonstrar – por meio de laudo pericial – a violação de tais direitos.

Essa situação, aliás, é que possibilitou o descomedido aumento desse tipo de criminalidade, inclusive com a migração de delinqüentes de outras modalidades delituosas (p. ex.: tráfico de entorpecentes), atraídos que foram pelo alto potencial de lucro, sem - praticamente - nenhuma consequência penal, inclusive no aspecto econômico, já que raramente os criminosos têm os produtos ilicitamente produzidos ou reproduzidos apreendidos pelas autoridades policiais.

A discussão sobre as “imagens do homem” ultrapassa os objetivos e possibilidades deste estudo; todavia, convém esclarecer que a teoria econômica do delito não se aplica especificamente à criminalidade econômica ou, de maneira

geral, à criminalidade organizada, mas afirma que a atuação do indivíduo em razão da análise de cálculos de custo/benefícios é algo constatado de maneira geral, razão pela qual a corrente **law and economics** sofre muitas críticas²⁹³. Aos estímulos relacionados às necessidades e/ou desejos, tanto os homens em geral, como os delinqüentes em especial, respondem sempre com a decisão racional de obter mais vantagens.

Não se pretende através de uma visão econômica do processo penal responder por que razão o ser humano decide praticar um ato delituoso (se em razão da própria personalidade ou de outros elementos sociológicos – **homo sociologicus**), mas apenas procurar demonstrar que os crimes contra propriedade industrial, devido à sua natureza econômica, tem por base a decisão racional do indivíduo, que busca obter vantagem de natureza patrimonial com a prática dessa atividade.

É verdade, porém, que outros fatores atuam no comportamento delituoso, tais como, aspectos morais, sociais etc.; logo, não apenas cálculos de custo/benefício influenciam ou determinam a prática do ato delituoso, mas é igualmente importante reconhecer que da teoria do comportamento racional,

²⁹³ Ao tratar do tema, Winfried Hassemer reprovava a teoria econômica do delito, no que se refere à idéia preventiva geral, pois esta “despreza soberanamente a ‘irracionalidade’ fática das pessoas. A teoria da prevenção geral espera um homo oeconomicus que geralmente não existe. Supõe que o delinqüente potencial pondera os inconvenientes e vantagens de seu ato e, portanto, desiste de cometê-lo porque o sistema jurídico-penal, com a cominação penal e com a possibilidade de execução da pena, teve o cuidado de alertá-lo de que não vale a pena praticar o delito. E acrescenta: (...) a psicologia do delinqüente potencial só raras vezes alcança o grau de racionalidade que pressupõe a teoria da prevenção geral. Como demonstram sobretudo as pesquisas sobre o efeito intimidatório da pena de morte (atualmente abolida), o delinqüente normalmente não se motiva pensando na possibilidade de sofrer esta pena, mas é movido pela idéia de quais são as possibilidades de não ser descoberto. HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 384 e 386.

decorrente da análise econômica do Direito Penal, extrai-se um dado que não pode ser desprezado na elaboração de uma política criminal humana voltada para a consecução de um sistema jurídico-penal coerente e eficiente nos crimes contra a propriedade industrial: a saber, se nesse tipo de criminalidade o principal estímulo à prática do delito é a obtenção de vantagens superiores às aquelas verificadas no comportamento legal alternativo, fica evidenciado que não só o aumento dos custos para ação delitiva é um fator de desestímulo, mas especialmente a ampliação de alternativas legais (p. ex.: a redução nos altos níveis de desemprego), já que o simples fato de ser legal afigura-se, para muitos, atividade mais vantajosa que qualquer ato delituoso²⁹⁴.

Se é certo afirmar que muitas pessoas cumprem as regras não em razão de cálculos de custo/benefício, ou seja, em virtude de um cálculo racional, instrumental, é igualmente verdadeiro que a disposição para cumprimento das normas diminui à medida que o descumprimento é altamente atrativo e que quem infringe as regras não é sancionado, exatamente como acontece com os crimes contra a propriedade industrial.

A busca da eficiência deve levar em conta que os destinatários do sistema jurídico penal, isto é, os indivíduos que, em determinadas circunstâncias, são suscetíveis de cometer atos delituosos, têm sua atuação pautada por critérios de custo/benefício. Assim, a neutralização ou razoável redução das violações dos direitos de propriedade industrial deve-se dar também por meio de normas de processo penal, que tenham por objetivo introduzir custos adicionais para as

²⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *Eficiência...*, op. cit., p. 19.

possíveis decisões de se cometer tais delitos, a fim de dissuadir a prática desses comportamentos. Isto nada mais é do que o simples emprego das normas básicas do sistema mercantil aos delitos de natureza econômica. Observe-se que se trata de uma forma de prevenção geral que incide sobre todos os cidadãos, sobretudo sobre os potenciais delinqüentes.

O sistema jurídico-penal, especialmente no que se refere aos delitos contra a propriedade industrial, deve estabelecer normas de processo penal coerentes com as normas de direito penal material, partindo do princípio de que potenciais infratores adotam sempre uma decisão racional, através da qual buscam obter vantagem de natureza patrimonial com a prática dessa atividade delituosa. A partir desse enfoque pretende-se uma política criminal harmônica, que tenha por objetivo uma efetiva prevenção geral para as violações de direitos da propriedade industrial, com vistas a retirar as flagrantes contradições intra-sistêmicas prejudiciais não apenas ao interesse do Estado na persecução dos delitos, mas aos próprios detentores dos direitos de propriedade industrial, sem que isso implique aumento de penas, em desrespeito às garantias e princípios constitucionais, especialmente o do *direito penal mínimo*.

Quando se defende o aumento dos custos dos crimes contra a propriedade industrial como forma de onerar a prática delituosa com gastos adicionais, a fim de que estes façam com que o delinqüente se contenha diante da evidente desvantagem na prática do delito, é preciso esclarecer, observando os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade, que isso não pode ser alcançado

por outros ramos do ordenamento jurídico, como por exemplo: através mecanismos indenizatórios do direito civil.

Os outros ramos do direito têm-se mostrado ineficientes no combate às violações da propriedade industrial. Isso ocorre ou porque as organizações criminosas não podem ser alcançadas para fazer frente a possíveis indenizações ou porque, no caso do comércio informal, os delinqüentes carecem de capacidade econômica suficiente. Logo, cabe ao sistema jurídico-penal, especificamente ao processo penal, introduzir custos adicionais que façam com que o cometimento do delito não compense, ou seja, na análise racional do custo/benefício o resultado deve ser desvantajoso para o potencial infrator.

Esses custos adicionais que precisam ser introduzidos, no caso dos delitos contra a propriedade industrial, não resultam do aumento da gravidade da pena ou pela não aplicação dos benefícios trazidos pela Lei 9.099/95, mas da simples alteração de crimes de ação penal privada para crimes de ação pública condicionada à representação do ofendido, ou de seu representante legal, possibilitando, assim, a aplicação do artigo 530-I²⁹⁵, do *Código de Processo Penal*, ou seja, a aplicação das regras procedimentais de busca e apreensão introduzidas pela Lei 10.695/03.

A aplicação das novas regras do Código de Processo Penal referentes aos delitos contra a propriedade industrial (arts. 530-A a 530-H), proporcionaria, na

²⁹⁵ CPP – “Art. 530-I. Nos crimes em que caiba ação penal pública incondicionada ou condicionada, observar-se-ão as normas constantes dos arts. 530-B, 530-C, 530-D, 530-E, 530-F, 530-G e 530-H’.

persecução desses delitos, a introdução de altos custos aos delinqüentes, tendo em vista a possibilidade de imediata apreensão dos produtos produzidos ou reproduzidos ilicitamente, que tornaria desvantajoso o comércio e distribuição desses produtos.

A alteração da legitimidade da ação penal nos crimes contra a propriedade industrial para o Ministério Público, mesmo que condicionada à representação do ofendido, faz com que haja coerência no sistema jurídico-penal, passando a adotar um regime procedimental único nas diligências preliminares de busca e apreensão de bens produzidos ou reproduzidos com violação de direitos de propriedade intelectual (considerada em sentido amplo, abarcando portanto os direitos sobre a propriedade industrial). Caberá a vítima, sem custos adicionais à sua atividade lícitamente desenvolvida, recorrer às autoridades para postular providências tendentes à proteção de seus direitos, decorrentes de valores constitucionalmente proclamados.

Haverá coerência, principalmente, no que se refere ao bem jurídico protegido. A tutela do bem jurídico lesionado nesses delitos interessa precipuamente ao Estado, razão pela qual ação deve ser pública, todavia, condicionada à representação do ofendido. Demais disso, com a atribuição da legitimidade da ação penal ao Ministério Público fica espancada a contradição que se verifica entre incentivo ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país e a suposta proteção dos direitos de propriedade industrial.

Ao conferir à autoridade policial – e seus agentes – a legitimação, desde que autorizados e munidos da prova da propriedade, para apreender os produtos e mercadorias obtidas com violação dos direitos de propriedade industrial, os próprios meios de comunicação desistirão da idéia de que só um direito penal excessivamente intervencionista é a resposta adequada e eficaz para os graves problemas relativos aos direitos de propriedade industrial.

A partir disso, a sociedade (e potenciais violadores dos direitos de propriedade industrial) passa a constatar que todo e qualquer produto ou mercadoria produzido ou reproduzido ilicitamente pode ser apreendido pelos agentes da segurança pública, introduzindo altos custos nessa atividade delituosa, especialmente para aqueles que se encontram no final da cadeia de distribuição, normalmente indivíduos carentes de capacidade econômica. Isso produz evidente desestímulo ao comércio e exposição ao público desses produtos.

A introdução de tais regras procedimentais para os crimes contra a propriedade industrial produz importante efeito social sobre a opinião pública, com resultados muito superiores a eventuais elevações do *quantum* da pena, configurando um mecanismo de grande utilidade para fazer com que a população acredite no sistema jurídico-penal.

Vale lembrar que além da totalidade dos produtos, poderá a autoridade apreender os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a produção ou reprodução ilícita, desde que estes se destinem precipuamente à prática do

ilícito. Dessa maneira, introduz-se outros custos adicionais, fazendo com que as violações dos direitos da propriedade industrial efetivamente não compense.

Cumpra esclarecer que a legitimação dos agentes da segurança para o combate às violações dos direitos de propriedade industrial, inclusive com a apreensão dos produtos e equipamentos destinado a prática ilícita, não significa fazer uso das regras procedimentais, e do próprio processo, como escopo de punição antecipada, ou de persecuções para fins exclusivamente particulares.

O bem jurídico tutelado interessa essencialmente ao Estado. Quanto aos bens apreendidos, estes serão submetidos à perícia, elaborada por perito oficial e, por expressa disposição legal, devem permanecer depositados em poder dos titulares dos direitos eventualmente violados. Na sentença, ou seja, só após regular ação penal cercada de todas as garantias constitucionais, é que o juiz poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, bem como o perdimento dos equipamentos destinados à sua produção ou reprodução.

Logo, a proposta de aplicação das novas regras introduzidas pela Lei 10.695/03 aos crimes contra a propriedade industrial também não tem o escopo de intimidação policesca, ou de estigmatização social, mas necessária atuação estatal, através de regras procedimentais legítimas (até porque já são aplicadas a outras violações perpetradas contra a propriedade intelectual) cujo o escopo é, sem desrespeitar os direitos e garantias constitucionais, especialmente do direito penal mínimo, implementar uma política criminal coerente e eficiente no combate

aos crimes contra a propriedade industrial. Paralelamente à atribuição de custos adicionais sobre a prática desses atentados contra a propriedade industrial, é indispensável desestimular a prática do delito por meio da implementação de atividades lícitas, como por exemplo, a redução dos altos índices de desemprego que assolam o país.

Tendo isso em vista, parece evidente, pela própria lógica da eficiência, serem preferíveis tais medidas, que efetivamente produzem efeitos (quer no que se refere ao combate, que com relação à prevenção geral dos ataques à propriedade industrial), ao aumento indiscriminado das penas privativas de liberdade hoje estipuladas. A gravidade da pena não é o único elemento de controle penal da prática dos delitos contra a propriedade industrial.

Dentro da concepção de um *direito penal mínimo* é importante ter sempre em mente que as penas privativas de liberdade devem ficar limitadas ao estritamente imprescindível, como ocorre com os crimes graves, especialmente em razão dos princípios político-criminais de garantia do cidadão.

Sem descuidar da indispensável função de garantia, é preciso ter uma compreensão ampla do processo penal como instrumento de política criminal voltado à consecução dos fins do sistema jurídico-penal como um todo, ou seja, a proteção dos bens jurídicos. Dessa maneira, é possível evitar as contradições que hoje se verificam nas normas de proteção dos direitos de propriedade industrial.

A adequação das regras procedimentais relativas aos crimes contra a propriedade industrial possibilita conciliar os imprescindíveis princípios de garantia do cidadão frente ao Estado com a não menos importante eficiência do sistema penal, implantando, assim, a outra face do processo penal na qual, além da repressão pura e simples da criminalidade, busca-se a implementação de uma política criminal voltada para a prevenção dos crimes contra a propriedade industrial. Desse modo, como o direito penal material, também o direito processual penal exterioriza e implementa as proposições de política criminal nos exatos limites determinados pelos valores e princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, revelando-se como importante alternativa e resposta jurídica adequada para a tutela dos direitos de propriedade industrial.

CONCLUSÕES

Apesar de ciência autônoma, o direito processual penal está intimamente relacionado com o direito penal pela unidade de objetivos sociais e políticos. Essa autonomia do direito processual penal, e sua independência conceitual e metodológica em relação ao direito penal, apenas faz com que haja dois planos distintos no sistema jurídico.

No contexto de legalidade e garantia constitucionais que proporciona às partes envolvidas, o processo penal é, antes de tudo, instrumento de realização de justiça, cuja importância está evidenciada pela existência de princípios constitucionais que lhe são específicos, ou seja, é muito mais do que simples instrumento de aplicação do direito material penal.

No Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, deve ser implementada uma política criminal voltada para um direito penal mínimo e garantidor de bens jurídicos, deixando a cargo do sistema jurídico-penal somente casos que os outros meios ou ramos do direito se mostrem incapazes de tutelar relevantes bens jurídicos.

A tendência expansiva do direito penal, decorrente do desenvolvimento da sociedade moderna, cujo dinamismo e complexidade dos fatos sociais fizeram surgir vários problemas, exige do legislador permanente atualização das normas penais, e do intérprete constante revisão e atualização do âmbito de proteção das referidas regras.

Os meios de comunicação, assim como os próprios órgãos públicos incumbidos de prevenir e reprimir a criminalidade, satisfazem as necessidades de psicologia social criando a falsa ilusão de que a resolução dos graves problemas da criminalidade moderna depende do agravamento das sanções penais.

Essa política criminal, sob o pretexto de combate à criminalidade moderna, transnacional e organizada, voltada a uma investigação oculta (escutas telefônicas, violação do sigilo fiscal e bancário, agente infiltrado, invasão de escritórios de advocacia etc.), com abuso das prisões para averiguações e cautelares, inclusive para os delitos comuns, transformou-se no maior instrumento de ataque aos direitos fundamentais.

Diante dessa evidente crise de legitimação do sistema penal nacional, é imperativo, como medida de prevenção, a revisão desse direito penal simbólico para, a partir do texto constitucional, implantar uma política criminal que tenha por objetivo construir um modelo punitivo autorizado pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto estão os direitos de propriedade intelectual, *valor* constitucionalmente proclamado, que compreende tanto os direitos de autor como os direitos sobre a propriedade industrial, cuja tutela é indispensável para a manutenção da ordem econômica do país, de acordo com os princípios constitucionais garantidores da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como para a proteção e defesa do consumidor.

A exploração ou utilização de um direito de propriedade industrial sem o consentimento do titular constitui sempre um ato ilícito, que supera um mero ilícito civil para constituir, de fato, um ilícito penal. A aplicação de sanção unicamente na esfera civil revela-se insuficiente para garantir a integridade dos direitos dos titulares e, ao mesmo tempo, assegurar a realização das funções do Estado no que se refere a ordem econômica, razão pela qual se justifica a necessidade de proteção penal.

O quadro de crescimento desenfreado da violação de direitos de propriedade industrial, em que se verifica a adulteração e falsificação de todos os tipos de produtos em larga escala, sem dúvida nenhuma justifica a necessidade de proteção penal desses direitos. São incalculáveis os prejuízos. Não apenas para os titulares desses direitos, mas também ao Estado ante a desordem que atinge a economia, com significativos danos para a arrecadação de tributos, além de evidentes ofensas aos consumidores.

No que se refere à proteção da propriedade imaterial, é possível conciliar um direito penal mínimo, que respeite as liberdades individuais e demais postulados constitucionais, mas que, ao mesmo tempo, represente um enfrentamento real, e não meramente simbólico, deste tipo de delinquência.

O aumento do comércio mundial está íntima e diretamente relacionado com a necessidade de proteção da propriedade intelectual, tendo em vista que os bens imateriais se tornaram cada vez mais imprescindíveis para a sobrevivência e desenvolvimento das indústrias, razão pela qual os direitos que os tutelam

passam a ostentar um grau de especial destaque no contexto jurídico interno e internacional.

Há cada vez mais intensa vinculação entre o fenômeno da criminalidade organizada e os delitos contra a propriedade intelectual e industrial; todavia, envolvimento de organizações criminosas nessa prática delituosa não retira o caráter de infração de menor potencial ofensivo dos crimes contra a propriedade industrial.

O projetos legislativos que atualmente tramitam pela Câmara dos Deputados propugnam que as penas privativas de liberdades sejam elevadas, objetivando excluir da competência dos Juizados Especiais Criminais os crimes contra a propriedade industrial e, conseqüentemente, impedir a aplicação dos benefícios introduzidos pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo).

A resolução dos problemas relativos à violação dos direitos de propriedade industrial não depende do agravamento das sanções penais com a redução das possibilidades de obtenção dos benefícios legais introduzidos pela Lei 9.099/95. O simples endurecimento da lei penal não apenas favorece a falsa ilusão da resolução desses problemas, como acaba por desvirtuar todo o sistema constitucional vigente.

Deve o legislador corrigir eventuais falhas na lei 9.099/95, a fim de encontrar uma solução para os problemas gerais relativos à “*banalização*” dos

benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo, e não simplesmente elevar as penas dos delitos para excluí-los da competência dos Juizados Especiais Criminais, sob o argumento de suposta “*gravidade*”.

O processo penal é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para garantir a liberdade, o exercício dos direitos individuais e sociais, a segurança, o bem-estar e o desenvolvimento dos cidadãos. O processo penal, sem descuidar do exercício da jurisdição e da solução das controvérsias no campo penal, deve cumprir também sua função social e política.

Cabe ao processo penal conciliar a proteção da propriedade imaterial com um *direito penal mínimo*, através do enfrentamento real, e não meramente simbólico, deste tipo de delinquência, mas sem deixar de respeitar as liberdades individuais, e os demais postulados constitucionais em que se expressam as garantias dos cidadãos.

A correspondência de bens jurídicos tutelados, ou até mesmo a opção político-criminal que recentemente orientou o legislador na alteração do tratamento processual das violações dos direitos autorais (Lei 10.695, de 1.º de julho de 2003), deve pautar as alterações que se fazem necessárias para conferir à propriedade industrial a mesma tutela ali disciplinada.

Direitos de autor e os tradicionais direitos de propriedade industrial fazem parte de uma mesma categoria de direitos sobre bens imateriais, que tem por

objetivo a proteção e o incentivo às criações e concepções no campo das artes, da técnica, na indústria, no comércio e na prestação de serviços.

Enquanto integrantes de uma mesma categoria, devem receber idêntico tratamento processual penal, tendo em vista a correspondência bens jurídicos que devem ser igualmente tutelados. Propriedade industrial e direito de autor têm um dado substancial em comum: ao autor de obra literária, artística ou científica; ao criador de um símbolo distintivo, ou de uma invenção, ou de um modelo de utilidade; ao autor de um desenho industrial, ou seja, em todos os casos, o ordenamento jurídico outorga, ao titular, o direito exclusivo sobre um bem imaterial.

É preciso que haja correspondência de tratamento processual na apuração dos crimes contra a propriedade intelectual (isto é, considerada em sentido amplo, incluindo, portanto, os direitos sobre a propriedade industrial, direitos autorais, softwares etc.), tendo em vista a correspondência de bens jurídicos tutelados. Nada justifica os diferentes tratamentos conferidos pela legislação pátria.

Não há congruência entre o bem jurídico protegido pelas normas referentes à propriedade industrial e a legitimação exclusiva do ofendido para intentar ação penal, ou seja, não há adequação entre ação penal privada (cabível apenas quando o bem jurídico tem caráter mais público do que privado) e crimes contra a propriedade industrial.

Nos crimes contra a propriedade industrial a ação deve ser pública, todavia, condicionada à representação do ofendido. Embora a tutela do bem jurídico lesionado nesses delitos interesse precipuamente ao Estado, só surge para este a pretensão punitiva quando o ofendido também tiver interesse na punição do autor da infração penal.

A alteração da legitimidade da ação penal nos crimes contra a propriedade industrial para o Ministério Público, mesmo que condicionada à representação do ofendido, além de ser mais coerente com o bem jurídico tutelado, faz com que haja um regime procedimental único nas diligências preliminares de busca e apreensão de bens produzidos ou reproduzidos com violação de direitos de propriedade intelectual.

Com a alteração da legitimidade, além da totalidade dos produtos, poderá a autoridade apreender os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a produção ou reprodução ilícita, desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito. Dessa maneira, introduz-se altos custos adicionais à prática delituosa, fazendo com que as violações dos direitos da propriedade industrial efetivamente não compense, especialmente para aqueles que se encontram no final da cadeia de distribuição, normalmente indivíduos carentes de capacidade econômica. Isso produz evidente desestímulo ao comércio e exposição ao público desses produtos.

A alteração das regras procedimentais dos crimes contra a propriedade industrial, à exemplo do que ocorre com as violações de direito autoral, produz

importante efeito social sobre a opinião pública, com resultados muito superiores a eventuais elevações do *quantum* da pena, configurando um mecanismo de grande utilidade para fazer com que a população acredite no sistema jurídico-penal.

Sem relegar a indispensável função de garantia, é preciso entender o processo penal de uma maneira ampla, isto é, como instrumento de política criminal, uma vez que a missão do sistema jurídico-penal como um todo é a proteção aos bens jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

BASSO, Maristela. Os fundamentos Atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, n.º 21, abr./jun., 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ª ed. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECHARA, Fábio Ramazzini e PEIXOTO, Paulo Henrique Abujabra. Juizados Especiais Criminais – Lei n.º 9.099/95 – cinco anos de experiência. In: Marco Antonio Marques da Silva (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Trad. Luís Fernando Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002.

CASTINEIRA PALOU, María Teresa. Sobre el alcance de la protección penal de la propiedad industrial. In: Jesús-María Silva Sanches. *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid: Marcial Pons, 2003.

CERVINI, Raul. Criminalidad organizada y lavado de dinero. In: André Copetti (org.). *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: Estudos em homenagem ao Professor Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

COPETTI, André. Os direitos humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado Democrático de Direito. In: André Copetti (org.). *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: Estudos em homenagem ao Professor Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo – Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Granada: Comares, 2002.

DE LAS HERAS LORENZO, Tomás. *Propiedad Industrial*. Navarra: Thomson, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. O Direito Penal Simbólico e os Efeitos da Pena. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: RT, vol. 0, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues. Princípio vitimológico e criminalidade organizada. In: André Copetti (org.). *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: Estudos em homenagem ao Professor Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2.^a ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. Exposición de la naturaleza de los derechos de propiedad industrial. In: Juan Manuel Fernández López (dir.). *Derecho sobre propiedad industrial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Derecho y garantías. La ley del más débil*. 4.^a ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90. 2.^a ed., São Paulo: RT, 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual. In: José Cerezo Mir; Rodrigo F. Suárez Montes; Antonio Beristain Ipiña; Carlos M. Romeo Casabona. *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos – Livro homenagem al Professor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

_____, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 3.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Recursos no Processo Penal*. 2.^a ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1997.

GUINARTE CABADA, Gumersindo. *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*. Madrid: Edersa, 1988.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1984.

HEBBERECHT, Patrick. Sociedad de Riesgos y política de Seguridad. In: Cândido da Agra et al. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2004.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

LEME, Fabrizio. La repressione penale della concorrenza sleale. In: Ermanno Bocchini et al. *Trattato di diritto penale dell'impresa: il diritto penale industriale*. Padova: Cedam, 1993.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. *Temas de propiedad Industrial*. Madrid: La Ley, 2002.

LOPES BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Los delitos contra la propiedad intelectual. In: Miguel Bajo Fernández (dir.). *Empresa y derecho Penal II*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2.^a ed. rev. aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vols. 1 e 2.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.^a ed. Campinas: Millennium, 2000, vol. 1.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 16.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRÓ LLINARES, Fernando. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid: Dykinson, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 26.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 3.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Processo Penal – Una expicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1977.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORENO CÁNOVES, Antonio e RUIZ MARCO, Francisco. *Delitos Socioeconómicos: Comentario a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*. Zaragoza: Editorial EDIJUS, 1996.

MORENO Y BRAVO, Emilio. *Delitos contra la Propiedad Industrial*. Madrid: Dykinson, 1999.

_____. *Delitos contra la Propiedad Industrial*. In: Juan Manuel Fernández López (dir.). *Derecho sobre propiedad industrial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier et al. *Propiedad industrial – teoría y práctica*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *A Garantia do Juiz Natural e a Lei 9.299/96*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTA, Eduardo S. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3.^a ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PLANET ROBLES, Silvia. Políticas de seguridad y prevención en el Estado español en materia de delincuencia organizada. In: Cândido da Agra et al. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2004.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 1, 1991.

REALE, Miguel. Aplicação da Convenção de Paris no Brasil. *Revista da ABPI – Anais do II Seminário Nacional de Propriedade Industrial*, 1982.

REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 95, n.º 345, 1999.

_____. Razão e Subjetividade no Direito Penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 0, 2004.

RODRIGUES RAMOS, Luis. Protección Penal de la propiedad industrial. In: Xavier O'Callaghan Muñoz et al. *Propiedad Industrial -Teoría y práctica*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S/A, 2001.

ROSENTHAL, Sérgio. A transação penal nos crimes contra a propriedade industrial. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 89, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los Principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004.

SEGURA GARCÍA, Maria José. *Derecho Penal y Propiedad Industrial*. Madrid: Civitas, 1995.

_____. La protección penal de los derechos integrantes de la propiedad industrial. In: Miguel Bajo Fernández (dir.). *Empresa y derecho Penal II*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

_____. Derecho penal y signos distintivos. In: Juan Manuel Fernández López (dir.). *Derecho sobre propiedad industrial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

_____. *Los delitos contra la propiedad industrial en el código penal español de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

SGUBBI, Filippo. *Il Reato Come Rischio Sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*. Bologna: Il Mulino, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.^a ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *A Vinculação do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001

_____. O Acesso à Justiça e sua Efetividade. In: *Estudos em Homenagem ao Acadêmico Ministro Sidney Sanches*. São Paulo: Fiúza, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Eficiência e direito penal*. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

SILVEIRA, Newton. O Que é a Propriedade Intelectual? In: *Anais do I Congresso Internacional da Propriedade Intelectual*. São Paulo: Academia Paulista de Magistrados, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de patentes, marcas e direitos conexos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Processo civil nos crimes contra a propriedade industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

_____. *Marcas vs. nome comercial - conflitos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

TIRADO ESTRADA, Jesus J. Delincuencia organizada y tráfico ilícito de productos de marca. Perspectivas de acción internacional en el ámbito del tercer pilar. In: Juan Manuel Fernández López (dir.). *Propiedad Industrial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo. La respuesta judicial a la legislación de marcas. In: Juan Manuel Fernández López (dir.). *Propiedad Industrial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26.^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2004.

VANNINI, Alessandra Rossi. La tutela penale dei segni distintivi. In: Ermanno Bocchini et al. *Trattato di diritto penale dell'impresa: il diritto penale industriale*. Padova: Cedam, 1993.

VIEIRA MORANTE, Francisco J. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. In: Cándido Conde-Pumpido Tourón (dir.). *Derecho penal económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, II - 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: André Copetti (org.). *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: Estudos em homenagem ao Professor Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro*: Revan, 2003.

ANEXO – PROJETOS DE LEI REFERIDOS NO TEXTO²⁹⁶

PROJETO DE LEI N.º 11/01

Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 11,
de 2001 (PL nº 333, de 1999, na Casa de origem), “que altera a Lei nº 9.279,
de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à
propriedade industrial”.

Substitua-se o Projeto pelo seguinte:

*Altera a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações
relativos à propriedade industrial.*

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Os arts. 183, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195,
196 e 202 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, passam a vigorar com a
seguinte redação:

“Art. 183.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 184.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 185.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 187.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 188.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 189.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 190.
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

²⁹⁶ Fonte: Sítio da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br).

“Art. 191.
 Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 192.
 Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 193. Usar indicação geográfica em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, mesmo que acompanhada de termos retificativos, tais como, “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhante”, “sucedâneo”, “idêntico”, ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência ou origem do produto:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Tratando-se de indicação geográfica para vinhos e destilados, não se aplicará a ressalva da verdadeira procedência prevista neste artigo.” (NR)

“Art. 194.
 Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.” (NR)

“Art. 195.
 Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa..” (NR)

“Art. 196. As penas previstas nos Capítulos I, II, III e V deste Título serão aumentadas de um terço à metade se...” (NR)

“Art. 202. Nos crimes a que se refere este Título, poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público, da autoridade policial ou do titular do direito violado:

I – determinar a apreensão da totalidade dos bens que incorporem violações de direitos de propriedade industrial, além dos equipamentos, suportes, matrizes, moldes, negativos e demais materiais empregados, quando estes se destinarem, precipuamente, à prática do ilícito;

II – determinar a destruição de todos os bens que incorporem a violação do direito de propriedade industrial ao prolatar a sentença ou, a qualquer momento, ressalvada a possibilidade de se preservar o corpo de delito, quando não houver impugnação quanto à ilicitude dos bens ou a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito;

III – determinar o perdimento dos equipamentos, suportes e materiais apreendidos que se destinem, precipuamente, à produção dos bens que incorporem a violação do direito de propriedade industrial.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação.
 Brasília.

PROJETO DE LEI N.º 1206/03

Altera dispositivos da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 - Código de Propriedade Industrial, que passa a vigorar com a seguinte redação:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O artigo 183 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 passa a vigorar com a seguinte redação:

*“Art. 183.....
I-.....
II-.....
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa..” (NR)*

Art. 2º O artigo 184 da Lei 9.275, de 14 de maio de 1996 passa a vigorar com a seguinte redação:

*“Art. 184.....
I-.....
II-.....
Pena:- detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”(NR)*

Art. 3º O artigo 196 da Lei 9.275, de 14 de maio de 1996 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 196 As penas de detenção previstas nos Capítulos I, II e III deste Título serão:

§ 1º aumentadas de um terço à metade se:

I - o agente é ou foi representante, mandatário, preposto, sócio ou empregado titular da patente ou do registro, ou ainda, do seu licenciado;

II - a marca alterada, reproduzida ou imitada for de alto renome, notoriamente conhecida, de certificação ou coletiva.

§ 2º aumentadas em dois terços se o crime for cometido em associação criminosa ou vier a atingir mais de um sujeito passivo, independente das penas cominadas aos crimes de lesão corporal ou morte.” (NR)

Art. 4º O artigo 199 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 199. Nos crimes previstos neste Título a ação penal será pública incondicionada, salvo a hipótese dos arts. 183, 187, 189 e 195 em que a ação penal será privada.”(NR)

Art. 5º O artigo 202, “caput”, da Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 202. Além das diligências preliminares de busca e apreensão, o interessado ou o Ministério Público poderão requerer:

I-.....
 II-.....” (NR)

Art. 6º O artigo 204, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 204. Realizada a diligência de busca e apreensão, na hipótese da ação penal privada, responderá por perdas e danos a parte que a tiver requerido de má-fé, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro.” (NR)

Art. 7º O artigo 207 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil, na hipótese do art. 204 desta Lei.” (NR)

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
 Brasília.

PROJETO DE LEI N.º 3965/04

Modifica dispositivos do Código de Propriedade Industrial.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei modifica dispositivos do Código de Propriedade Industrial.

Art. 2º Os arts. 183, 187 a 189, 190 a 194, 199, 204 e caput do art. 202 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem, com o intuito de lucro:

I -
 II -

Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 184.....

I -
 II -

Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 185.....
 Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 187. *Fabricar, com intuito de lucro e sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão.*

Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 188.....
 Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 189. *Comete crime contra registro de marca quem, com o intuito de lucro:*

I -.....

II -

Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 190.....
 I -

II -

Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 191.....
 Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa.

Parágrafo único..... (NR)

Art. 192.....
 Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 193.....
 Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 194.....
 Pena – detenção de 2(dois) anos e 2 (dois) meses a 4(quatro) anos, e multa. (NR)

Art. 199. *Nos crimes previstos neste Título a ação penal será pública incondicionada, salvo nas hipóteses previstas nos arts. 193, 187, 189 e 195, em que a ação será privada.*

Art. 202. Além das diligências preliminares de busca e apreensão, o interessado ou o Ministério Público poderá requerer:

- I -*
- II - (NR)*

Art. 204. Realizada a diligência de busca e apreensão, na hipótese da ação penal privada, responderá por perdas e danos a parte que a tiver requerido de má-fé, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro. (NR)”

Art. 3º O art. 196 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único.

“Art. 196.....

As penas de detenção a que se refere o caput deste artigo serão aumentadas em dois terços se o crime for cometido em associação criminosa ou vier a atingir mais de um sujeito passivo, independentemente das penas cominadas aos crimes de lesão corporal ou morte.(NR)”

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.
Brasília.