

DIREITO PENAL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Ricardo Bandle Filizzola

Mestre em Direito Processual Penal pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Professor universitário e Advogado em São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

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, em perfumes, em roupas, etc¹.

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.

Discutem-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 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.

¹ 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.

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.

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 sacrifício 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, 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 Veblen².

É 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 delinqüência.

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.

Nesse contexto, não apenas o direito penal tem relevância; 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 tradicionais³.

² 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.

³ 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 comunicação de massa tende a se tornar, por si mesmo, uma sanção talvez mais odiosa que a própria pena tradicional*”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 587.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

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 1934⁴.

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 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 penal⁵.

Nos artigos 170 a 192 da Constituição de 1988 é que se encontram as bases constitucionais do sistema econômico, compreendidos em quatro capítulos:

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.^a ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 718.

⁵ SEGURA GARCÍA, Maria José. *Derecho Penal y Propiedad Industrial*. Madrid: Civitas, 1995, p. 216.

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 nacional⁶.

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*⁷. Com efeito, o artigo 170 da Constituição retoma o reconhecimento da *livre iniciativa*, obrigando os poderes públicos a proporcionar as 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 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 estar de todos os integrantes da nação brasileira⁸.

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*

⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 717.

⁷ Art. 170 e § 1º da CF.

⁸ José Afonso da Silva esclarece que: “Cumpra, 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.

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 produtividade⁹.

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 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 empresário¹⁰.

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-

⁹ Ver art. 174, da CF.

¹⁰ SEGURA GARCÍA, Maria José, op. cit., p. 219.

os do livre comércio, proibindo que terceiros, não autorizados, explorem o bem e dele obtenham proveito econômico.

Além disso, a Carta Magna de 1988 protege expressamente os direitos de propriedade industrial, em seu artigo 5.^o¹¹ (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 art. 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 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.

¹¹ 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

3. TRATADOS INTERNACIONAIS RELATIVOS À PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Ainda que de maneira muito breve, é necessário 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 internacionais¹².

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 um conceito muito mais abrangente, tendo em vista a relação dos Estados com os organismos internacionais, assim como com as pessoas naturais ou jurídicas¹³.

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 Internacional¹⁴.

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

¹² Fonte: Sítio do Ministério das Relações Exteriores (www.mre.gov.br).

¹³ 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”*. RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 3.^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, v. 1, p. 42.

¹⁴ 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.

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 difusão dos direitos de propriedade industrial no âmbito dos direitos interno e internacional, sem considerar o seu papel¹⁵.

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

¹⁵ 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.

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 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 1967¹⁶, 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 a 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;
- 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.

¹⁶ Promulgada pelo Decreto n.º 75.541, de 31 de março de 1975, publicada no DOU de 2/4/1975.

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*)¹⁷, 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 and 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

¹⁷ 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

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 legítimo¹⁸.”*

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 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-partes¹⁹.

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.

¹⁸ Preâmbulo do TRIPS.

¹⁹ BASSO, Maristela Basso, op. cit., p. 26.

O artigo 2.º (Convenções sobre Propriedade Intelectual)²⁰ enfatiza o fato de o TRIPS não ter o propósito de inutilizar todas as regras introduzidas por 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 transferência²¹.

²⁰ “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 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”.

²¹ 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 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,

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.

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);

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”.

- 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).

4. 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 criminalidade²² em geral e, principalmente, à propriedade intelectual.

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 subproletariado²³.

Ademais, há, inegavelmente, um caráter imperialista²⁴ 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.

²² 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.

²³ 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 vêem incrementadas pela marginalidade a que estão relegados aqueles que, dentro das sociedades pós-industriais, vivem à margem de relações laborativas estáveis.* 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. 100.

²⁴ *“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.

A globalizada opção política pelo proibicionismo²⁵ 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.

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 temida circulação daqueles produtos fabricados com violação dos direitos de propriedade imaterial²⁶.

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

²⁵ 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.

²⁶ 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. *O Direito Penal Simbólico e os Efeitos da Pena*. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: RT, vol. 0, 2004, p. 26.

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 todos 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 globalizada²⁷.

²⁷ 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 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.

Mas é preciso observar que a delinqüência é um fenômeno social complexo que surge num meio sociocultural 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 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.

5. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E CRIME ORGANIZADO

A partir da década de 90, diante da idéia de uma nova espécie de 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.)²⁸, 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 piramidal²⁹ e empresarial, infiltrações nos aparelhos dos poderes executivo, legislativo e judiciário, etc., mas não se consegue chegar a uma definição desta modalidade de atuação criminoso.

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

²⁸ 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.

²⁹ “(...) 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 delinquentes 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 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*

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.

A aplicação dos avanços tecnológicos no campo da propriedade intelectual e industrial proporcionou uma evidente fragilidade e vulnerabilidade desses direitos³⁰. 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 internacional³¹ 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 atividades

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.

³⁰ 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.

³¹ “(...) *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 Copetti (org.). *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: Estudos em homenagem ao Professor Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 67.

tidas como tradicionais do crime organizado, tais como: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, contrabando, etc.

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, etc³².

Isto porque, enquanto a delinqüência organizada, despida de todo e qualquer condicionamento territorial, navega num oceano de liberdade sem

³² “(...) *La afección 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.

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 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.

6. CONCLUSÃO

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 constitucional³³, tem mantido normas garantidoras desses direitos.

³³ 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 cinquenta 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.

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 industrial³⁴.

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.

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.

³⁴ “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.

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 ações³⁵.

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 podem ser prejudicadas.

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 a integridade dos direitos dos titulares e, ao mesmo tempo, assegurar a realização das funções do Estado no que se refere a ordem econômica³⁶, razão pela qual se justifica a necessidade de proteção penal.

³⁵ SEGURA GARCÍA, Maria José, op. cit., p. 250.

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

As diferentes proteções, isto é, a civil e a penal³⁷, 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.

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 reprimenda³⁸. Logo, projetos como esse

³⁷ "(...) 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 almenaza de la pena." SEGURA GARCÍA, María José. *Los delitos ...*, op. cit., p. 36.

³⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pirataria*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004, p. 331.

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*³⁹, 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 utilizados para garantir uma eficaz proteção do ordenamento jurídico⁴⁰. 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

³⁹ Conforma salienta ZAFFARONI, “*As teorias preventivas da pena induzem ao desconhecimento desse princípio porque as agências políticas, invocando indemonstráveis efeitos preventivos, 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.

⁴⁰ 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

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.

Além disso, não se pode olvidar que *princípio da proporcionalidade* que em matéria de quantidade⁴¹ 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 vigente⁴².

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.

⁴¹ 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 qualidades 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.

⁴² 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.