

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

ÉRICA LOURENÇO DE LIMA FERREIRA

Crimes contra a propriedade intelectual: a função do direito penal na violação de
direitos de autor de programa de computador

Florianópolis
Dezembro, 2009

Érica Lourenço de Lima Ferreira

Crimes contra a propriedade intelectual: a função do direito penal na violação de direitos de autor de programa de computador

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof.Dr.Luiz Otávio Pimentel

Florianópolis
Dezembro, 2009

Autor: Érica Lourenço de Lima Ferreira

Título: Crimes contra a propriedade intelectual: a função do direito penal na violação de direitos de autor de programa de computador

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título mestre, aprovado com conceito _____.

Florianópolis (SC), 14 de dezembro de 2009.

Professor Orientador Dr. Luiz Otávio Pimentel - UFSC

Coordenador do Curso Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer - UFSC

Autor: Érica Lourenço de Lima Ferreira

Título: Crimes contra a propriedade intelectual: a função do direito penal na violação de direitos de autor de programa de computador

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título mestre, aprovado com conceito _____.

Florianópolis (SC), 14 de dezembro de 2009.

Professor Orientador Dr. Luiz Otávio Pimentel - UFSC

Professor Dr. Araken Alves de Lima - INPI

Professor Dr. Arno Dal Ri Junior - UFSC

AGRADECIMENTOS

Se não fosse a colaboração de algumas pessoas, certamente este trabalho não seria concluído, quiçá iniciado. Portanto, é imprescindível reiterar os agradecimentos e registrá-los para a posteridade o incentivo e a competência dos funcionários do CPGD, na pessoa da secretária Telma, que mostrou o caminho das pedras e apagou muitos incêndios, inclusive não permitindo as minhas tentativas de desânimo e desistência. Aos professores que souberam compreender carinhosamente o momento pessoal pelo qual passava, permitindo um final de gestação e o início de mais uma maternidade. Dentre todos não posso deixar de destacar os que particularmente e diretamente acompanharam o desenvolver da pesquisa: meu orientador Prof.Dr.Pimentel que apostou em mim e me suportou todo este tempo, Prof.Dr.Marcos e Prof.Dr.Aires com os meandros da propriedade intelectual e a tecnologia da informação e o Prof.Dr.Arno que me trilhou na parte penal. Além deles, preciso registrar o Prof.Dr.Salvador Bergel, da Universidade de Buenos Aires, que foi o responsável por conseguir interligar as três matérias, direito internacional, penal e propriedade intelectual. A maior carga de stress foi suportada pelos meus colegas que além das minhas necessidades maternais, foram explorados, cada um à exaustão em suas potencialidades: Guilherme e Renata no inglês e com as relações internacionais junto a OMC, auxiliados ainda pela Bárbara; Diana e seu *software* livre (que não significa gratuito), Francisco com os medicamentos falsificados; Fabíola e Michele com as marcas, patentes e desenho industrial; Adriana com as cultivares; Klenize as indicações geográficas. Nas horas de relax o Thalís com a música, o Daniel com a dança das “Velhas Virgens”, a Eby, a Maria Cristina e a Myrtha com os papos no café. Para reflexões profundas e introspectivas, o filósofo Fernando, a justiça da Daniela, da Verônica, do Eduardo (Bonavides/Boaventura), do Lucas e do Cafrune e o silêncio do Pery, muitas vezes acompanhado pelos políticos Hugo, Renato e Ernesto. E a mais corajosa e paciente de todos, praticamente co-autora, Patrícia de Oliveira Areas, que além do direito autoral, *software* e topografia de circuitos integrados, sofreu nas discussões, correções e ensinamentos de toda a propriedade intelectual. A todos eles os meus mais sinceros agradecimentos, porque, repito, foi graças a este mutirão que esta pesquisa hoje está sendo apresentada.

RESUMO

Nesta dissertação tratamos da função do direito penal frente a violação de direitos de autor do programa de computador, questionando a necessidade da proteção penal e a eficácia dos demais mecanismos legais. Inicia-se com o resgate da estrutura teórica do direito penal, destacando a teoria do delito de Hans Welzel e a finalidade da pena com base nas teorias mais modernas, tendo como referencial do bem jurídico. As regras da propriedade intelectual são analisadas em três bases: sob a ótica social, no que diz respeito ao domínio público, no plano econômico, para assegurar a permanência da exclusividade comercial de certos agentes e, no aspecto político, a ingerência direta da OMC, por meio do Acordo TRIPS. O direito penal entra no aspecto da natureza jurídica dos crimes contra a propriedade intelectual, que ao contrário do direito de propriedade *latu sensu*, tem-se um direito de exclusiva, com regras próprias do mercado. Também, algumas figuras típicas merecem destaque, seja pela previsão legal (plágio), seja pelo direito consuetudinário (pirataria). Se transpôs o termo “pirataria” às condutas hoje praticadas em violação à propriedade intelectual. No meio jurídico ainda não há preocupação em estudar as origens, determinar conceito, bem jurídico, referentes as condutas socialmente reconhecidas como pirataria, somente existem condutas tipificadas, que muitas vezes se confundem com outras similares, exatamente pela ausência de doutrinas jurídicas específicas sobre o termo. O programa de computador foi escolhido como referencial no estudo do tema, que resgatou a teoria do crime, as normas internacionais de propriedade intelectual e a globalização da criminalidade. As regras processuais penais e as excludentes penais são analisadas sob todas estas óticas, para finalmente se verificar a possibilidade de descriminalização, desregularização e criminalização de condutas. Condutas estas comumente praticadas por qualquer um, a qualquer hora e em qualquer ponto do globo terrestre, decorrente das facilidades providas pelo avanço tecnológico e que afetam a propriedade intelectual.

Palavras-chave: PROPRIEDADE INTELECTUAL, DIREITO PENAL, CRIMES, PROGRAMA DE COMPUTADOR.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	
2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL	12
2.1. Estrutura teórica: teoria do delito e finalidade da pena	15
2.1.1 Teoria finalista da ação de Hans Welzel	16
2.2. Bem jurídico penal: critérios de eleição	20
2.3 Teorias da pena: análises a partir de Wezel, Jakobs, Roxin, Baratta, Ferrajoli e Zaffaroni	29
2.4. Autonomia do direito penal versus consideração do direito penal como complemento das sanções civis.....	33
3 O BEM JURÍDICO E A FUNÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	37
3.1 Uma visão globalizada da propriedade intelectual: aspectos econômicos e políticos	39
3.2 Natureza jurídica dos crimes contra a propriedade intelectual: direito de exclusiva versus direito da propriedade <i>latu sensu</i>.....	48
3.3 A estrutura da propriedade intelectual no Brasil.....	54
3.3.1 Figuras típicas previstas no ordenamento nacional	60
3.3.2 Plágio, pirataria e condutas similares.....	66
3.3.2.1 Plágio	67
3.3.2.2 Pirataria e condutas similares	72
3.3.3 Causas excludentes que limitam o "direito de exclusiva"	82
3.4 Regulamentação do programa de computador frente às regras do Acordo TRIPS.....	91
3.4.1 O domínio da internet nas relações comerciais e sua dependência com o programa de computador	92
3.4.2 As regras jurídicas de proteção do programa de computador	97

3.4.2.1 Aplicação brasileira do direito autoral na proteção do programa de computador: definição legal de programa de computador	99
3.4.2.2 Outros aspectos da lei de programa de computador.....	103
3.4.2.3 Tipo penal e aspectos processuais da lei de programa de computador.....	107
4 ASPECTOS DE PODER OU CONTROLE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIFICULDADE NA EFICÁCIA DA PROTEÇÃO PENAL.....	111
4.1 Eficácia da punição penal e argumentos para a descriminalização	112
4.1.1 Direito administrativo sancionador: direito de intervenção.....	116
4.2 A disputa de mercado pode ser fundamento para a aplicação penal?.....	119
4.2.1. Direito penal econômico: concorrência desleal e responsabilidade penal da pessoa jurídica	125
4.2.1.1 Concorrência desleal	125
4.2.1.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica	132
4.3 Combate à pirataria intelectual e à de programa de computador	136
4.3.1 Outras formas de proteção à propriedade intelectual.....	163
5 CONCLUSÃO	
REFERÊNCIAS	
LISTA DE SIGLAS	
APÊNDICE - ANÁLISE SOBRE A PL n. 333/1999	

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos vem crescendo na comunidade jurídica, principalmente entre os criminalistas, com visão constitucional e sistêmica do ordenamento jurídico, um combate à constante inflação legislativa no âmbito penal. Cada vez que a sociedade passa por uma comoção social, sejam fatos isolados ou não, a solução que os legisladores apresentam é uma nova lei penal, como se fosse possível, com isto resolver os problemas de ordem estrutural da sociedade.

Da mesma forma de tempos em tempos se observa que algumas condutas típicas deixam de ter um peso valorativo de injusto penal, ou seja, deixam de ser contrárias aos valores éticos sociais e, por conseguinte, são descriminalizadas. Exemplo mais recente e pontual no Brasil foi o caso dos crimes de adultério, sedução e rapto.

Um conjunto de condutas típicas que merecem uma reflexão da necessidade de proteção penal são os denominados crimes contra a propriedade intelectual. Estas condutas estão previstas tanto no Código Penal/CP Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, como em leis esparsas específicas sobre o tema: Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, Lei n. 9.456, de 25 de maio de 1997, Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, Lei n. 10.695, de 1 de julho de 2003 e Lei n. 11.484, de 31 de maio de 2007.

Na legislação brasileira, no apogeu do Código Penal de 1940, os crimes contra a propriedade imaterial vinham logo na seqüência dos crimes patrimoniais. Com o advento das leis específicas de propriedade industrial, direito autoral, programa de computador e todas as outras que integram o ordenamento da propriedade intelectual, o título III ficou limitado a apenas um único capítulo com dois artigos referentes ao direitos de autor. O atual regime jurídico segue a nova divisão da propriedade intelectual em acordo com as normas internacionais, que serão identificadas adiante.

Não há dúvida de que os direitos da propriedade intelectual cumprem duas funções básicas: reconhecer e retribuir, economicamente e moralmente, o esforço criativo do autor, a fim de fomentar a continuidade da criação intelectual, por outro, aumentar a riqueza cultural e econômica de um país.

O presente estudo tem como objetivo realizar uma análise sob os aspectos, econômico e o dogmático penal, da necessidade da proteção penal aos bens jurídicos afeitos à propriedade intelectual. Será que tais bens jurídicos já não se encontram suficientemente protegidos nas outras áreas do direito? Porque historicamente foram tipificados? E hoje, com a existência dos tratados e organismos internacionais (Organização Mundial do Comércio/OMC e Organização Mundial da Propriedade Intelectual/OMPI), sua manutenção no ordenamento penal não estaria apenas sustentado numa pressão internacional decorrente do mercado globalizado?

A maioria dos estudos acerca da descriminalização optam por uma análise sociológica do condenado e da eficácia da punição. Por esta razão, optou-se por uma linha basicamente dogmática, apoiando-se na teoria finalista da ação de Hans Welzel e das análises de Nelson Hungria. Investigar o conceito de bem jurídico, o perigo que exige uma proteção penal e o valor ético-social da conduta, para só então buscar a finalidade da pena, foi o caminho escolhido.

Trilhado o âmbito penal, buscar-se-á a análise no campo da propriedade intelectual e a relação econômica mercadológica entre os temas. Os autores mais utilizados foram Denis Borges Barbosa, Carlos Maria Correa e Bernard Remiche; os dois primeiros em virtude da origem e experiências latino-americanas, o que levou, por consequência, ao último autor. Os elementos estudados permanecem os mesmos, a fim de responder as indagações iniciais agora em relação à propriedade intelectual, ou seja, como é estruturada, qual seu bem jurídico, sua relação com o direito penal, direito econômico e internacional, seus problemas e deficiências e, principalmente, sua finalidade na evolução da sociedade globalizada.

Dito isto, passa-se a analisar qual é a regulamentação atual da propriedade intelectual no contexto globalizado das tecnologias de informação, frente ao crescimento do comércio eletrônico com o advento da internet. Seguindo por verificar o papel dos direitos autorais na proteção da criação, desenvolvimento e comercialização do programa de computador e finalizando por relatar os principais dispositivos legais que protegem a matéria, seja no âmbito da OMC, como da legislação brasileira. Dá-se principal enfoque a seara penal a fim de verificar a possibilidade de se encontrar ou não adequação às novas realidades tecnológicas e sociais, no intuito de proteger eficazmente os direitos intelectuais.

Cumpra esclarecer que apesar da diferenciação conceitual entre os termos “programa de computador” - o código fonte e o código-objeto - e “*software*” - conjunto formado pelo programa de computador (código-fonte e código-objeto), material de apoio, descrição detalhada do programa, além de outros documentos auxiliares -, para fins desta pesquisa, ambos foram considerados como sinônimos. Porém adotou-se a primeira nomenclatura em virtude da análise dogmática preponderante, muito embora a utilização pela maioria das doutrinas e tribunais do segundo termo (*Software*). Assim, considerando que a lei específica, bem como a conduta típica refere-se a programa de computador, na medida do possível este foi o termo utilizado.

Necessário fazer uma última ressalva acerca de que não se estará advogando contra nenhum país, governo ou política em particular, muito menos se defendendo a ausência de proteção aos direitos da propriedade intelectual. Mas, diante da realidade, necessidade e normas brasileiras, analisando a possibilidade de exclusão ou diminuição da proteção penal por entender que existem outros mecanismos de proteção mais justos e eficazes aos interesses dos titulares; deixando para o direito penal apenas aquilo que é da sua essência.

2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

A Constituição Federal de cada país define os bens jurídicos que deverão receber a proteção do Estado. Para atender tais necessidades, a estrutura administrativa se cerca de vários mecanismos, dentre eles o direito penal, mas também, o direito civil, comercial, tributário e administrativo, para citar os que se aplicam ao presente estudo.

Em respeito ao rigor metodológico, antes de adentrar ao tema, imprescindível definir o sentido do termo “função”, já que será o referencial para a análise do direito penal e da propriedade intelectual.

Considerando o papel atribuído a uma determinada instituição no funcionamento da sociedade, esta função pode ser expressa ou implícita. Pimentel esclarece que a função expressa ou manifesta encontra-se delimitada nas “exposições de motivos dos textos normativos, pelos próprios textos legais, pelos operadores jurídicos - especialmente os juristas - e pelos meios de comunicação social.” Desta forma, limitada, conhecida e normalmente respeitada por um determinado setor social enquanto que a função implícita ou latente encontra-se oculta “nas entrelinhas, pode ser deduzida das conseqüências da proteção, mesmo que geralmente desconhecidas dos participantes, ou pelo menos não assumidas de modo expreso”.¹

Assim é que, estando num Estado Republicano Democrático ao legislador não é concedido poder absoluto para tipificar a conduta que bem quiser, e para determinar limites ao Estado e garantir o conteúdo punitivo, criou-se o direito penal. Esta é sua principal função, equilibrar a força estatal e os interesses do particular, a fim de garantir uma convivência pacífica com segurança jurídica.

Numa rápida retrospectiva, foi através das correntes iluministas e humanitárias que a evolução das doutrinas penais teve formalmente seu início. Primeiro no direito penal liberal de Beccaria² até o desenvolvimento da dogmática penal por Carrara³, ambos nomes representativos da Escola Clássica que também

¹ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial**: as funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.18.

² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

³ CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

teve as contribuições do jusnaturalismo de Grocio e o contratualismo de Rousseau⁴. Importante, se não vital, o nascimento nessa época do que é tido como a moderna ciência do direito penal no trabalho desenvolvido por Feuerbach, seguindo pelo de Kant⁵, Hegel⁶ e Binding.⁷

Várias outras escolas surgiram: a positiva integrada por Lombroso⁸, Garofalo e Ferri⁹; a escola italiana, além da alemã, que teve e ainda tem importante referência na comunidade jurídica, já que oportunizou os trabalhos desenvolvidos por Merkel¹⁰, Ihering¹¹ e Liszt¹². Finalmente, e não menos importantes, as escolas técnico-jurídica de Rocco¹³, correcionalista de Roder¹⁴ e da defesa social, que serão citadas no transcorrer do estudo.

A grande preocupação, principalmente decorrente do iluminismo de Feuerbach, foi desenvolver mecanismos para limitar o poder punitivo estatal e, para tal, alguns princípios merecem destaque porque servirão de referenciais na análise que se seguirá.

Começando pelo princípio da legalidade ou da reserva legal, que demonstra mais uma vez a importância de Feuerbach, consagrando no início do séc.XIX o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Deste princípio transcorre também o princípio da taxatividade, assegurando que a lei não contenha termos obscuros, vagos, equívocos ou ambíguos, como forma de proteger o cidadão de eventual arbitrariedade, por isso, as normas devem escrever com precisão as condutas proibidas.¹⁵

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

⁵ KANT, Immanuel, 1724-1804. **Crítica da razão pura**. 2. ed. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001.

⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito. São Paulo (SP): Loyola, 2007.

⁷ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.210-224.

⁸ LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Rio de Janeiro: Ed.Rio, 1983.

⁹ FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998.

¹⁰ MERKEL, Adolf. **Derecho Penal**, parte general. Tradução Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Editorial Indef., 2003.

¹¹ IHERING, Rudolf Von. **El fin en el Derecho**. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

¹² LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. t.2.Madrid: Reus, 1927 e 1929.

¹³ ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal**. Bogotá, CO: TEMIS, 1982.

¹⁴ RODER, Carlos David Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones**. Tradução Francisco Giner. Madrid, 1876.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 13.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.11. Cumpre esclarecer que a opção por referido autor deveu-se a três motivos: o primeiro capítulo tem como objetivo apenas uma revisão do marco teórico e não uma discussão, o que obrigaria uma leitura às fontes originais; o conteúdo é praticamente idêntico em todas as doutrinas específicas; a obra de Bitencourt além de ser a mais atualizada foi a que melhor, em termos didáticos, tratou do tema.

O princípio da intervenção mínima enuncia que o direito penal é considerado o mecanismo de *ultima ratio*, ou seja, a medida final para controlar uma desordem social.

Ocorre que muitas vezes ele é aplicado em situações que ainda não sofreram a ação de outros instrumentos de proteção mais adequados ao caso concreto, sendo necessário o esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social. Hassemer¹⁶ aponta que o direito penal atualmente é utilizado como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução de conflitos.¹⁷

Por isso, tem-se o princípio da fragmentariedade, considerando que o direito penal, dentro de sua intervenção mínima, não pode tutelar todos os bens jurídicos, deve se ocupar apenas de uma pequena parte. Esta pequena parte deve ainda ser relevante, a fim de consagrar o princípio da adequação social, orientando no sentido de que as condutas tipificadas pelo direito penal devem ter certa relevância social.

Exatamente na linha de raciocínio da relevância social é que se enuncia o princípio da insignificância, desenvolvida por Roxin¹⁸ em 1964, também denominado de princípio de bagatela por Tiedemann¹⁹. Em síntese, a lógica está centrada na “irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, ou seja, pela extensão da lesão produzida”.²⁰

Por lógica, o bem jurídico tutelado pelo direito penal deve sofrer um mínimo de perigo concreto, real e efetivo, a fim de justificar sua intervenção, assim, é possível concluir que violam o princípio da ofensividade os crimes de perigo abstrato. Da mesma forma que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos impede a tutela de valores puramente morais, éticos ou religiosos.²¹

¹⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried,. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 e HASSEMER, Winfried. **Fundamentos Del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

¹⁷ BITENCOURT, 2008, p.13-14.

¹⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1979.

¹⁹ TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**. Barcelona: PPU, 1993.

²⁰ BITENCOURT, 2008, p.21.

²¹ BITENCOURT, 2008, p.22-23.

Por fim, considerando o marco teórico utilizado na pesquisa, tem-se o princípio da proporcionalidade, conjugado em três fatores: adequação teleológica aos valores éticos e sociais previstos na Constituição Federal de 1988, necessidade a fim de não exceder os limites e utilizar os meios menos lesivos à conservação do bem. É a proporcionalidade *stricto sensu*, exercendo a razoabilidade uma função controladora na aplicação desse princípio.²²

2.1 Estrutura teórica: teoria do delito e finalidade da pena

O desenvolvimento epistemológico da ciência penal, apesar de ser fruto das várias escolas citadas ao longo dos séculos, teve como marco principal as teorias trazidas pela Escola Clássica, no intuito de apresentar requisitos legais para justificar a punição de determinada conduta.

Resumidamente, quatro foram os períodos a serem destacados, que permearam a Escola Clássica, começando pelo positivismo jurídico no final do séc.XIX, que limitado ao “ser” do Direito, e fruto da construção feita por Binding e Liszt, trouxe a concepção clássica do delito. Em posição contrária, valorizando o “dever ser”, surge o modelo neokantista, decorrente da concepção neoclássica. Com grande importância e, em contraposição das duas linhas de pensamento que vinham se desenvolvendo até então, Welzel apresenta a passagem do subjetivismo ao objetivismo, através do finalismo. Como consequência natural da evolução do pensamento e para combater o finalismo, surgiram as concepções funcionalistas, dualista de Roxin em 1962 (sistema normativo aberto às realidades empíricas) e monista de Jakobs em 1983 (sistema normativo fechado), ambas fundamentadas numa dogmática do direito penal focado em princípios políticos-criminais.²³

Como se irá observar, no decorrer de todo o trabalho, desde o nascimento formal das escolas penais, quando a ciência do direito penal ganha corpo teórico, até as discussões teóricas contemporâneas, a linha do tempo irá fatalmente transpassar pelos mesmos doutrinadores, expoentes em suas épocas e que participaram da construção das bases do sistema penal.

²² Basicamente a diferença entre os dois princípios são as origens: a proporcionalidade tem origem germânica e a razoabilidade norte-americana. BITENCOURT, 2008, p.27.

²³ BITENCOURT, 2008, p.65-77.

Estamos tratando especificamente da teoria do delito e da teoria da pena. A primeira apresenta o pensamento e a estrutura para determinar a punibilidade através das teorias da ação e do bem jurídico, enquanto que a segunda define as finalidades e necessidades da punição.

2.1.1 Teoria finalista da ação de Hans Welzel

A primeira base de estudo está em delimitar, na síntese permitida pela pesquisa, o caminho trilhado pela doutrina a fim de conceituar o que seria considerado crime, como ele seria composto, seu objeto e função. As respostas compõem o que se denomina Teoria Geral do Delito.

A doutrina especializada apresenta principalmente quatro teorias para demonstrar a evolução dos sistemas da Teoria do Delito, representadas pelos conceitos clássico, neoclássico, social e finalista de delito.

Inicialmente a teoria naturalista ou causalista, também conhecida como conceito natural de ação ou de causalismo valorativo. O sistema Liszt-Beling²⁴, utilizando o método analítico do positivismo, concebeu os três elementos que integram o conceito de crime: a ação, a antijuridicidade e a culpabilidade (incluído aqui o dolo e a culpa). Foi Beling²⁵ que inseriu no conceito a noção de tipicidade, adequando a conduta (ação positiva ou negativa, porém sem adentrar no conteúdo da vontade) ao preceito legal (tipo penal). Manteve-se a divisão clássica dos dois primeiros elementos como requisitos objetivos e apenas no último haveria a análise de circunstâncias subjetivas. É neste ponto, a principal discussão teórica que ainda permanece viva.

No mesmo período, em 1915, surge o Tratado de Mayer que entendeu o fato típico como indício da antijuridicidade e, junto com as idéias de Mezger²⁶ e Hegler, termina por superar com a teoria de Beling. Esta já é uma segunda etapa ainda dentro do modelo causalista, que vem representada pela teoria neoclássica ou neokantista de Mezger. O crime é um reflexo da cultura e dos valores de uma sociedade, sendo que a conduta ganha uma interpretação mais ampla, deixa de ser

²⁴ BELING, Ernst Von. **Esquema de Derecho Penal**. La doctrina del delito penal. Tradução Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

²⁵ Sofreu duras críticas de Binding, o que o fez reformular sua teoria vinte e quatro anos depois. BITENCOURT, 2008, p.255.

²⁶ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1957.

mero reflexo (cuja definição não se adequava por exemplo as ações omissivas) e passa a ser entendida como manifestação exteriorizada da vontade.²⁷

A teoria social da ação foi considerada um importante momento do causalismo neokantiano²⁸ na figura de Schmidt, que permitiu uma melhor compreensão do conceito de fato típico. Incluiu neste elemento um caráter misto (normativo e valorativo, que até então era exclusivo da culpabilidade), pois as ações humanas que não produzirem um dano socialmente relevante e que se mostrarem ajustadas à vida social, num determinado momento histórico, não podem ser consideradas crimes.²⁹ Com isso, a antijuridicidade passou a ficar mais próxima do fato típico, com a introdução da expressão “tipo de injusto”, ou seja, permitiu a possibilidade de graduar o injusto e analisar quais condutas efetivamente devem ou não ser consideradas antijurídicas (contrárias à lei). Por consequência, observou-se que a culpabilidade, da forma como estava concebida, não reunia todas as hipóteses possíveis a um juízo de reprovação, recebendo também uma amplitude conceitual.³⁰

Finalmente, a teoria finalista da ação desenvolvida por Welzel, que se baseou na teoria da ação de Puffendorf, adotada pelo Brasil e por diversos países vizinhos, rompeu com o modelo e concepções causalistas. Sua principal diferença com a concepção até então vigente, é em torno da consciência do fim, da possibilidade do agente prever as consequências de sua conduta.³¹ Desta forma, incorporou no injusto típico um elemento subjetivo, uma relação de causalidade entre o pensamento e o resultado, ou seja, transferiu o dolo e a culpa da culpabilidade para o fato típico.³²

Assim, se antes a subjetivação estava apenas na culpabilidade, agora ela está no fato típico e não mais naquela, que se limita a um juízo de reprovação sobre a pessoa do agente, no que se refere à exigibilidade de outra conduta, sua imputabilidade e possibilidade de conhecimento da ilicitude.

²⁷ BITENCOURT, 2008, p.256.

²⁸ KANT, Immanuel, 1724-1804 . **Crítica da razão pura**. 2. ed. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1989.

²⁹ WELZEL, Hans, 1904-1977. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.39-46.

³⁰ BITENCOURT, 2008, p.222-223.

³¹ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p.111-114.

³² BITENCOURT, 2008, p.219.

Eventualmente, há a inclusão de mais três teorias além destas quatro citadas, a teoria iluminista de Feuerbach desenvolvida no século XVIII, portanto antes da causal, e as duas teorias modernas: funcionalista e constitucionalista.

Não foram incluídas, *a priori*, porque a primeira ainda tinha uma primária concepção de crime vinculada à violação dos direitos subjetivos do indivíduo ou do Estado, já com a preocupação na legitimação e limitação do direito penal, mas sem a construção de uma teoria do delito nos moldes da causal. As teorias modernas, por sua vez, partem de uma análise mais profunda do bem jurídico e do dano social, evoluindo do modelo tripartido das teorias até então apresentadas, por isso serão objeto de análise mais à frente.

De forma resumida, e elegendo a teoria finalista³³ como marco teórico desta pesquisa, pode-se dizer que a teoria do delito possui três garantias amparadas nos conceitos de legalidade, lesividade e culpabilidade. Conhecida como o sistema tripartido da teoria finalista da ação de Welzel, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, tendo a punibilidade como consequência jurídica, foram conceitos desenvolvidos pela doutrina alemã representada, como se viu, principalmente por Liszt e Beling (tipicidade), mas com a inclusão da antijuridicidade de Lhering e da culpabilidade de Merkel.³⁴

O ponto básico da teoria finalista da ação é a transferência da vontade para o âmbito da ação, na ótica de que todo o querer humano sempre possui uma finalidade, por isso o dolo deixou de fazer parte da culpabilidade e passou a integrar a parte subjetiva da ação.³⁵

Isto demonstra que nos elementos que integram o conceito jurídico de crime não há a análise da periculosidade do agente. Ou seja, não é critério considerado para a definição e reconhecimento de um fato como crime.³⁶ Por isso, um dos objetivos fundamentais do finalismo era determinar a compreensão da ação como fenômeno social.³⁷ Esta é a pergunta que se pretende responder ao final: qual

³³ WELZEL, 2001, p.30.

³⁴ Além de significativas contribuições teóricas de Max Ernst Mayer e Edmund Mezger. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. volume I, tomo II: arts.11 ao 27, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.09 e 494.

³⁵ WELZEL, 2001, p.30.

³⁶ HUNGRIA, 1978, p.501.

³⁷ WELZEL, 2001, p.36.

critério é utilizado para definir se uma determinada conduta deve ou não ser criminalizada?

Retornando à teoria finalista, uma explicação simples dos elementos que caracterizam o crime: a legalidade e a tipicidade se referem à exigência de constar previamente na lei a descrição clara de uma conduta proibida, que se cometida está sujeita ao *jus puniendi*. É o caso do homicídio, presente em quase todas as legislações mundiais, por ser a vida considerada o maior bem jurídico individual.

Por seu turno, a lesividade e a antijuridicidade significam um risco mínimo de colocar em perigo ou danificar algum bem jurídico protegido, cuja conduta não está amparada na lei através das excludentes autorizadoras da lesão, como seria o caso da causa justificante da legítima defesa.

Finalmente, num bem jurídico compreende-se um conjunto dos valores do injusto social, valor de ação e de resultado, que levam à culpabilidade. Esta seria, dentre as hipóteses previstas, por exemplo, a capacidade do agente de sofrer a punição respectiva: a idade do agente é um limite para eventual punição, sendo que no Brasil a idade mínima para a punição penal é de 18 anos (art.27 do CP).

A teoria jurídica do delito necessita ir além dos sistemas causalista e finalista; este último também apresenta imperfeições, como é o caso dos crimes culposos. O principal ponto de evolução se deve a necessidade de redefinição do conceito do bem jurídico, em virtude dos fenômenos decorrentes do desenvolvimento da sociedade contemporânea, como é o caso dos crimes de perigo abstrato, bens jurídicos coletivos e supraindividuais. Por isso é importante o surgimento de outros posicionamentos teóricos, que ainda estão em pleno desenvolvimento e serão citadas no decorrer do trabalho.

Resumindo, a evolução da teoria do delito começou com o causalismo seguiu pelo neokantismo e no Brasil ainda se encontra no finalismo, porém já com aberturas para o funcionalismo e as teorias constitucionalistas do delito.

Uma explicação leiga da teoria finalista é que uma pessoa somente vai cumprir uma pena se cometer uma conduta típica (prevista em lei - tipicidade), cuja ação não é permitida pela lei (ilícita - antijurídica) e que o agente seja culpável (juízo de reprovação - culpabilidade). Em alguns casos, mesmo sendo culpada a pessoa pode não ser culpável e, nesse caso, será absolvida penalmente; como é o caso já

citado do crime cometido por menor de 18 anos, que responderá na Vara da Infância e da Juventude, atendendo as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

Ultrapassada a etapa do *jus puniendi*, cumpre ainda analisar as teorias da pena. Isto porque o direito penal somente será respeitado quando estiver pleno em todos os seus aspectos. Portanto, exige-se uma tipificação justa, respeito ao devido processo penal e a aplicação de uma pena eficaz e proporcional ao injusto cometido. Qualquer desrespeito a um destes aspectos viola as garantias de um Estado democrático.

2.2 Bem jurídico penal: critérios de eleição

Para se chegar à identificação do bem jurídico a doutrina precisou trilhar um longo caminho, aparentemente inverso à ordem natural, pois começou com a classificação dos crimes para só então analisar o conceito do que é bem passível de proteção, quais as situações de risco que poderiam colocar este bem em perigo, e a conceituação do que é considerado perigoso.

Isto nos leva a concluir de que a segurança do bem jurídico é critério relativamente recente, que não necessariamente caminhou junto à teoria do delito, mesmo sendo imprescindível para sua concepção.

Desta forma, resgatando as doutrinas, observou-se que inicialmente a classificação dos crimes tinha um critério empírico, meramente formal, e apenas com Grotius e Puffendorf é que se teve a primeira tentativa de criar uma classificação sistemática tendo como critério a gravidade da conduta, por isso, de plano apresentou-se seis categorias: crimes contra Deus, contra a sociedade e o Estado, contra o indivíduo, contra a família, contra o patrimônio, e por fim, contra a honra e boa fama.³⁸ Através destas classificações os autores, já em 1625 e 1672, respectivamente, amadureciam a idéia da redução do punitivo, na mesma linha de Feuerbach, que também trouxe a noção de direito subjetivo como objeto de proteção.

³⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, volume V, arts.121 a 136, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.08.

Na seqüência, várias foram as contribuições, vindas de Hummel e Beccaria, com a noção de dano social, Carrara e Pessina³⁹, todos já apresentando uma divisão entre direitos individuais e sociais, porém o termo “bem jurídico” oficialmente surgiu com Birnbaum⁴⁰, em 1834, em decorrência da influência do positivismo e do historicismo. Liszt aprimorou a noção e por fim, Rocco a completou colocando a existência humana no “centro de irradiação de todos os bens ou interesses juridicamente protegidos, conceituando “bens e interesses” como: bem sendo tudo aquilo que pode satisfazer a uma necessidade humana e por interesse a avaliação subjetiva do bem como tal”.⁴¹

Pode-se entender que a concepção material de delito como lesão de um direito subjetivo decorre da teoria contratualista aplicada no âmbito penal. Na atualidade o “princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos” possui o rígido objetivo de limitar o legislador penal.⁴²

Com o positivismo, surgem no âmbito penal direções metodológicas diversas: primeiro com Binding, passando por Liszt e finalizando com Jakobs⁴³.

Basicamente Binding aumentou a intervenção estatal ao defender que o bem jurídico era “tudo aquilo que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos”, ou seja, a norma é a única fonte do bem jurídico que passa a ser objeto do crime. Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra; daí o seu aspecto restritivo. Nesta linha surge o positivismo naturalista de Liszt, quando então o bem jurídico vem a ser uma criação da experiência e como tal é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade: “A ordem jurídica não cria o interesse, cria-o a vida; mas a proteção jurídica eleva o interesse vital a bem jurídico”. A diferença entre os dois autores é a base do conceito de bem jurídico: norma para o primeiro e realidade para o segundo.⁴⁴

³⁹ PESSINA, Henrique. **Elementos de Derecho Penal**. Madrid: Réus, 1936.

⁴⁰ O autor já aparece como precursor do utilitarismo social, cujo principal representante viria a ser Ihering. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.40-48.

⁴¹ HUNGRIA, 1979, p.10.

⁴² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.28-33.

⁴³ JAKOBS, Guntther. **Derecho Penal**. Parte General – fundamentos y teoria de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

⁴⁴ FIGUEIREDO, 2008, p.52-56.

Há, por oportuno, mesmo dentro da doutrina alemã, afirmações de que existe direito sem bem jurídico, defendendo que a essência do injusto penal se situa numa pura desobediência, desta forma a "ilicitude consiste na infração de um dever imposto pela lei."⁴⁵

Não obstante as várias correntes teóricas, com o passar dos tempos a objetividade jurídica foi o critério racional mais aceito, pois leva em consideração "o bem ou interesse jurídico tutelado pela lei penal e que o crime ofende ou põe em perigo".⁴⁶ A oposição veio de Lombardi, que pretendia utilizar como critérios de classificação os motivos (p.ex. sexuais, oriundos da vaidade, ambição, etc.), mas em virtude da clara imperfeição e dificuldade de identificação do móvel do crime, tal critério não mereceu maior acolhida.

Importante observar que mesmo quando se referia à direitos individuais, tal proteção é considerada sob a ótica do interesse social, ou seja, não é qualquer direito individual que merece a proteção penal, eventualmente até pode vir a acontecer, mas a regra é apenas para aquele direito que tenha ligação com os interesses socialmente relevantes: "é penalmente indiferente a lesão de um interesse individual que não grave na órbita do interesse social".⁴⁷

Como já foi mencionado, quando apresentadas as principais teorias do delito, o desenvolvimento das concepções modernas de bem jurídico, vieram representadas principalmente nas teorias sociológicas (funcionalistas sistêmicas e interacionistas simbólicas) e as constitucionais.

Dentre as primeiras podem ser mencionadas as de Amelung, Jakobs, Otto, Habermas, Hassemer, Calliess, Mir Puig⁴⁸, Benitez, entre outros, que em síntese, entendem que a lei não cria o crime, mas apenas o reconhece, traduzindo um anseio social. Em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, por que uma

⁴⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.272-273.

⁴⁶ HUNGRIA, 1979, p.11.

⁴⁷ HUNGRIA, 1979, p.09-10.

⁴⁸ SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros.⁴⁹

Já em relação às teorias constitucionais, tem-se como representante principal Rudolphi, que defendia ser o bem jurídico concebido como uma valiosa unidade de função social (unidade de função viva), indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar. De outro passo, as teorias constitucionais estritas, que foram representadas por Bricola, Musco, Angioni, Gonzalez Rus e Gregori.⁵⁰

É Gomes, defensor das teorias constitucionalistas, que resume bem a evolução das teorias, criticando o finalismo por integrar a culpa como aspecto subjetivo do delito, já que ela “é normativa (porque depende de juízo de valor do juiz), não subjetiva (leia-se: ela não está na cabeça do agente)”. Desta feita, pelo finalismo o fato típico teria apenas duas dimensões: objetiva e subjetiva. Foi com o funcionalismo que se incluiu uma terceira dimensão “a normativa do tipo”, representada pela imputação objetiva, como já visto através de Roxin e Jakobs, que exige basicamente dois requisitos: um risco proibido ou juridicamente desaprovado e uma conduta criadora do risco proibido, “já que quem cria risco permitido não realiza nenhum fato típico”.⁵¹

Do ponto de vista sistemático, a ordem de todas as dimensões decorrentes da evolução teórica da tipicidade penal é a seguinte: conduta; resultado naturalístico (nos crimes materiais); nexos de causalidade; adequação típica formal (“tipicidade formal-objetiva” do finalismo); a imputação objetiva da conduta e do resultado (“tipicidade normativa” do funcionalismo); resultado jurídico relevante (“tipicidade material” do constitucionalismo); imputação subjetiva (nos crimes dolosos), também decorrente da teoria finalista (que por si inclui a culpa como elemento subjetivo). A ordem correta para a análise prática dos elementos integrantes da tipicidade penal apenas transferiria a imputação objetiva do resultado, em momento posterior à verificação de que o resultado seria juridicamente relevante;

⁴⁹ PRADO, 1997, p.41.

⁵⁰ PRADO, 1997, p.52.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. Evolução da Teoria da Tipicidade Penal. **Wiki-Iuspédia - Enciclopédia Colaborativa do Direito**. Data de publicação: 06/06/2005. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20050606124155299>>. Acesso em: 30 setembro 2008 e <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299>, Acesso em: 02 outubro 2009.

sendo relevante, observa-se então se este resultado é decorrência direta da conduta do agente, criando um risco proibido e se o fez com dolo (ou culpa).

Desta forma, Gomes após apresentar a evolução e eventuais críticas às teorias passadas, filia-se a última por entender que ela dá ao bem jurídico a devida importância. Considera-se objeto de ofensa concreta, o lado material do delito presente na tipicidade, porque até então, o bem jurídico era analisado dentro da antijuridicidade. Esta evolução teórica trouxe uma quarta dimensão à tipicidade penal, a “tipicidade material”, que na realidade exige uma segunda análise a respeito do resultado, que pelo finalismo era apenas o naturalístico e agora passa a ser também um resultado jurídico relevante. Conclui o autor sua defesa ao constitucionalismo nestes termos:

Sublinhe-se, de outro lado, que por força do princípio da intervenção mínima, essa ofensa deve ser grave e intolerável e o bem jurídico sumamente relevante. Crime, portanto, nada mais é que uma ofensa *grave e intolerável* a um bem jurídico *relevante* protegido pela lei. Tanto o bem jurídico quanto a sua ofensa, que antes andavam perambulando pela teoria do delito como estrelas perdidas, passaram a ter relevância ímpar. (...) passaram a ocupar relevante espaço: princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e princípio da ofensividade (que é chamado por Zaffaroni e Ferrajoli, dentre outros, de princípio da lesividade).⁵²

Como contraponto à visão clássica do bem jurídico, interessante é a análise apresentada por Zaffaroni, ao considerar que os bens jurídicos estão tutelados por outros ramos do direito (constitucional, internacional, civil, etc.), entende que a lei penal se limita apenas a selecionar algumas condutas lesivas tipificando-as, porém, de modo algum isto garante a proteção; “até porque se a lei penal não existisse, ainda assim os bens jurídicos seguiriam sendo tutelados.”

A tutela penal do bem jurídico na realidade e no jurídico é um mito, porque se a lei penal não fundamenta os bens jurídicos, por consequência, não decide a tutela. Para o autor, bem jurídico lesionado e bem jurídico tutelado são

⁵² GOMES, Luiz Flávio. Evolução da Teoria da Tipicidade Penal. **Wiki-Iuspédia - Enciclopédia Colaborativa do Direito**. Data de publicação: 06/06/2005. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20050606124155299>>. Acesso em: 30 setembro 2008, <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299>, Acesso em: 02 outubro 2009 e http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/SA_140308_16.pdf.

pólos opostos na dialética entre estado de direito e estado de policia, entre direito penal liberal e autoritário.⁵³

Definido o que seria o bem jurídico, é a vez da definição do que é “perigo”:

é a modificação do mundo exterior (resultado) voluntariamente causada ou não impedida (ação ou omissão), contendo a potencialidade (idoneidade, capacidade) de produzir a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse (dano).⁵⁴

Há quem sustente (teoria subjetiva de Janka, von Buri, Finger), “que o perigo não é senão uma idéia”, uma hipótese, uma abstração. Ao contrário, a teoria objetiva (von Liszt, Rocco, entre outros) entende que o perigo é um “trecho da realidade” e, uma terceira (Oppenheim), acredita num critério misto, defendendo que “o perigo é um conceito ao mesmo tempo objetivo e subjetivo,” tendo como única conclusão de que o perigo não é um elemento arbitrário.⁵⁵

Diante das teorias apresentadas a dúvida reinante é apenas uma: “qual a quantidade ou grau de consistência que deve apresentar o perigo como conceito jurídico-penal?”⁵⁶

As respostas que a doutrina apresenta são basicamente três: I) basta a simples possibilidade (Rocco); II) necessária a probabilidade ou notável possibilidade (autores alemães); III) possibilidade próxima ou uma relevante possibilidade (Oppenheim, Liszt-Schmidt e Grispigni).

Foi a última corrente doutrinária que apresentou maior cuidado no trato do conceito de perigo: “é o estado no qual, dadas certas circunstâncias, geralmente reconhecíveis ou conhecidas apenas do agente, apresenta-se a possibilidade próxima (probabilidade) do advento do dano”. Exigindo para um reconhecimento jurídico-penal uma “relevante possibilidade”:

O Direito Penal deve desinteressar-se dos perigos mínimos ou de escassa possibilidade, pois, de outro modo, cessaria toda a liberdade de movimentos. Se estivéssemos obrigados a prevenir a infinita variedade dos possíveis

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. 2.ed.reimp. Buenos Aires: Ediar, 2007, p.372-373.

⁵⁴ HUNGRIA, 1979, p.13.

⁵⁵ HUNGRIA, 1978, p.15-17.

⁵⁶ HUNGRIA, 1978, p.18.

acontecimentos lesivos, teríamos de evitar as ações ou omissões mais comezinhas da vida cotidiana. No curso desta, há certa normalidade de riscos.⁵⁷

Novamente oportuna, a posição apresentada por Zaffaroni quanto à armadilha existente na criação de perigos, e por conseqüência, de ofensas artificiais, não apenas pretender a presunção de ofensas inexistentes, como também inventar e clonar bens jurídicos: a) se inventam bens jurídicos cada vez que se menciona a segurança, a paz geral, o bem público, etc., que são o resultado da segurança de todos os bens jurídicos; b) se clonam bens jurídicos criando supostos bens jurídicos intermediários, como é o caso do crime de falsidade documental. Outro dos recursos inventados para considerar típicas condutas que não ofendem nenhum bem jurídico é o da pretendida lesão acumulativa ou por universalização hipotética da conduta: se comprova que uma conduta (fumar cigarro de maconha ou urinar num rio) não lesiona um bem jurídico alheio, porém se argumenta que lesionaria caso todos agissem de tal maneira. Tal argumento não prospera. O autor dá o exemplo que se todos passassem o dia todo fazendo ginástica, iria se paralisar a produção, portanto, a pratica de ginástica constituiria um perigo para a economia.⁵⁸

Resumindo, uma conduta para ser classificada como crime precisa preencher três requisitos: colocar em perigo concreto, um bem ou interesse jurídico, socialmente relevante.

Considerando que ação é um fenômeno social, na visão finalista, o sentido social de uma ação pode ser compreendido como o bem jurídico do tipo e, portanto, deve atender não só ao conteúdo da vontade do autor, bem como ao critério da adequação social. Isto porque o tipo penal serve para destacar “a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: indicam as formas de conduta que supõem uma infração grave da ordem histórica da vida social.”⁵⁹

Este último item – conduta social relevante - provavelmente é o mais importante, porque representa a reprovação ética social, seja através da opinião pública, seja por meio da consciência coletiva. Isto porque, várias condutas humanas podem colocar em perigo um bem jurídico, mas apenas receberão a atenção do

⁵⁷ HUNGRIA, 1978, p.19.

⁵⁸ ZAFFARONI, 2007, p.375-376.

⁵⁹ WELZEL, 2001, p.44 e 58.

direito penal aquela que for considerada uma conduta anti-social, não bastando apenas o seu enquadramento formal no direito positivo.⁶⁰

É a partir deste ponto que se pretende um equilíbrio na graduação da responsabilidade penal. De um lado a idéia iluminista limitando a tutela apenas às liberdades e direitos subjetivos, de outro lado, a concepção utilitarista visando a defesa social; direito subjetivo individual *versus* direito coletivo/dano social.⁶¹

Necessário, pois, que a conduta culpada também o seja no sentido ético, e isto leva a um último problema: é a compreensão de qual conduta real corresponde com a descrição abstrata incriminada no tipo penal. Dizendo de outra forma, às vezes o indivíduo apesar de saber teoricamente que determinada conduta é crime, não tem consciência de que a conduta que realiza é a expressão literal daquela norma penal; figura que muitas doutrinas denominam como erro de tipo. Ou então, desconhece a proibição legal, caracterizada como erro de proibição.

Um exemplo atual da prática de “pirataria”, conhecida e não aceita, é a compra e venda de cópia de cd (música ou filme), porém desconhecem que também é considerado crime de “pirataria” instalar um programa de computador (não original) sem licença do fabricante ou “baixar” (*download*) música livremente pela internet; todas condutas de pirataria, porém não possuem a mesma reprovação ética social.

É o que se conclui da visão de Welzel ao trabalhar a concepção de adequação social como causa excludente de tipicidade. No sentido de que a partir do momento que uma determinada conduta não sofre mais o desvalor social, ela empiricamente deixa de ser considerada injusta e, tornando-se socialmente adequada, não pode mais o Estado mantê-la na tipicidade⁶² penal, mesmo que permaneça sendo considerada imoral:

As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas apenas condutas que se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social. A determinação desses limites não é tarefa fácil. A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito

⁶⁰ HUNGRIA, 1978, p.153.

⁶¹ FIGUEIREDO, 2008, p.44.

⁶² O próprio autor adverte que não se deve confundir a adequação social com a figura jurídica das causas excludentes de ilicitude/antijuridicidade, que ele denominada de causas de justificação: Como âmbito normal da liberdade de atuação social distingue-se a adequação social das causas de justificação, porque estas concedem também uma “liberdade” de ação, mas de natureza especial; trata-se de uma “permissão especial”, de uma autorização para realizar ações típicas, isto é, socialmente inadequadas. WELZEL, 2001, p.60.

“normal” da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles.⁶³

De Jakobs, passando por Roxin e Puig, entre outros autores, todos concordam que é necessária “importância social”.

A sociedade tem que temer a punição penal, por isso só o que realmente é grave pode receber a tutela penal, para que a punição seja rápida e eficaz.

Necessário acabar com as divergências entre concretizar o conceito, identificar os singulares bens jurídicos e imprimir sentido às respectivas lesões: “o conceito material do bem jurídico é derivado da indagação acerca da finalidade da pena criminal, mas o critério decisivo da intervenção do Direito Penal é a necessidade social”.⁶⁴

Ainda, dentre as dificuldades e incoerências das doutrinas da danosidade social, destaque para a ineficácia delimitadora e o alerta, apontado por Silva Sanchez: “em virtude da adoção de uma perspectiva exclusivamente funcionalista pode-se ter a proteção de valores morais ou estratégias políticas, que pode ser estimada ‘funcional’ em uma determinada sociedade”.⁶⁵

Isto tudo tendo como norte as funções do bem jurídico, que podem ser classificadas em: função de garantir ou limitar o direito de punir do Estado; função teleológica ou interpretativa (assim o bem jurídico “é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos e, portanto, um importante instrumento de interpretação”); função individualizadora e, finalmente, função sistemática (“como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal”). Ainda, em relação a função político-criminal do bem jurídico, deve ser explicada em três direções: na exigência de eficiência do sistema penal, na adequação da parte especial à Constituição e na seriedade do sistema.⁶⁶

Destarte, não há dúvida de que a dificuldade na criminalização ou não de uma conduta não se encontra tanto no perigo, nem no bem ou interesse jurídico, que

⁶³ WELZEL, 2001, p.58-60.

⁶⁴ FIGUEIREDO, 2008, p.65-66 e 77.

⁶⁵ FIGUEIREDO, 2008, p.70.

⁶⁶ PRADO, 1997, p.49 e 87.

são facilmente identificáveis, mas sim, está na ponderação da dimensão do dano social que ela representa, principalmente porque este efeito não é estático, vai se alterando à medida que a sociedade vai se desenvolvendo, como é o caso da evolução atingida pela propriedade intelectual.

É que antigamente a legitimação do direito penal clássico se limitava aos valores individuais defendidos pela Escola de Frankfurt. Hoje, com a noção de Estado de direito contemporâneo, a necessidade de legitimar o direito penal secundário, tutelando valores coletivos, trouxe a idéia da teoria dualista do bem jurídico (dimensão pessoal e social), passando a “ser tarefa do direito penal a proteção de interesses cujos suportes ontológicos são menos precisos e que se remetem a uma pluralidade de pessoas”.⁶⁷

Em corolário, surgem no mínimo mais dois problemas: além da extensão do conceito do bem jurídico, como se daria a forma desta tutela? Eventual solução passa por dois referentes: bens jurídicos supra-individuais e crimes de perigo abstrato. E o problema da inversão desta perspectiva é aumentar a dificuldade da identificação dos limites da intervenção estatal, abstraindo o conceito e a função do bem jurídico: “o Estado só deve intervir para salvaguardar a liberdade do cidadão, e nunca para promover valores ou “funções” que lhe causem prejuízo”.⁶⁸

2.3 Teorias da pena: análises a partir de Wezel, Jakobs, Roxin, Baratta, Ferrajoli e Zaffaroni⁶⁹

Com base no direito de punir do Estado, que nasce com a prática do crime, em relação às teorias da pena surgiram correntes doutrinárias que investigaram a respeito da natureza e dos fins da pena e não necessariamente do conceito.

As principais teorias são: a) absolutas ou de retribuição, sustentadas por Kant e Hegel que entendiam que a pena encontra em si mesma a sua justificação; b) relativas ou utilitárias, encabeçada por Feuerbach defendia que a pena seria útil e necessária enquanto instrumento de intimidação, seja na prevenção geral ou especial, conforme atinja à coletividade ou o infrator; c) as mistas ou ecléticas foram

⁶⁷ FIGUEIREDO, 2008, p.75.

⁶⁸ FIGUEIREDO, 2008, p.129.

⁶⁹ A escolha por estes autores deveu-se pela importância que suas doutrinas alcançaram na comunidade jurídica internacional.

baseadas nos ensinamentos de Merkel, que identificava a pena por sua natureza retributiva, com finalidade preventiva, educacional e correcional; d) ressocializadora, também denominada de prevenção geral positiva, defende a pena como instrumento de ressocialização, dividida em duas correntes: 1) prevenção geral positiva fundamentadora, pois a pena afirma a vigência da norma (Welzel, Jakobs, Hassemer), e 2) prevenção geral limitadora, considerando os limites do poder de punir do Estado, sua intervenção mínima e aceitação de que a ordem social não é perfeita (Baratta, Muñoz Conde).

E já ensinava Welzel que o direito penal apenas toma seu lugar na cultura social, quando cumpre seu papel limitando sabiamente os meios de que dispõe, pois “o excesso na aplicação das penas deixaria sem mira sua arma”. Por isso, o direito penal “há de limitar-se na sanção dos fatos que lesionam os deveres ético-sociais elementares e, nesse sentido, tem um caráter fragmentário”. E o autor vai mais longe, afirmando que:

onde as prescrições penais restringem quase todas as manifestações da vida, onde os mesmos atos de defesa da exigência podem chegar a ser puníveis, o excesso na punição leva à destruição do Direito Penal, (...) pois esqueceu que o fundamento real da pena estatal reside em sua indispensabilidade para a manutenção da ordem.⁷⁰

O desenvolvimento da dogmática penal após Welzel sofreu aprimoramentos teóricos no sentido de que não caberia mais à dogmática penal se basear em produtos artificiais puramente jurídico-normativistas, mas construir-se a partir dos fenômenos e das estruturas da realidade.

Neste sentido, a dogmática alemã se desenvolveu principalmente a partir de quatro correntes: uma contrária a dogmática; outra metodologicamente dominava um ponto de partida normativista com o renascimento da teoria da imputação objetiva de Roxin, que veio aprimorar a teoria finalista de Welzel. Surge ainda aqueles com tendência ao subjetivismo. Por fim, outra corrente quer determinar os elementos do delito acentuadamente a partir da pena. Esta tendência que se denomina “teoria funcional” ou “racional em relação ao fim” tem como representantes Jakobs e Roxin. O primeiro com a idéia de comportamento social como comportamento vinculado a regras, enquanto que o outro, jurista alemão, para quem

⁷⁰ WELZEL, 2003, p.35 e 329.

bastando os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve se retirar, porque é evidente que nada favorece tanto à criminalidade como penalizar qualquer bagatela.⁷¹

Há quem entenda que a finalidade da pena é a segurança jurídica, como prevenção dirigida aos que não delinqüiram. De outro norte, se a meta é a defesa social, a pena se aplica como prevenção especial aos que delinqüiram.⁷²

Silva Sanches⁷³ apresenta três posturas político-criminais que na atualidade são consideradas básicas para analisar o fenômeno jurídico-penal, abolicionista, ressocializadora e garantista. As duas últimas pretendem, de perspectivas diferentes, a consecução de um menor direito penal, podendo ser assim resumidas:

a) abolicionista: a pretensão é deixar nas mãos da sociedade a resolução dos conflitos, que constituem, em síntese, apenas uma declaração de boas intenções. Cita o autor que Ferrajoli, a este respeito, entende como uma utopia baseada num pressuposto ilusório de uma sociedade boa ou de um Estado bom. Tudo leva a crer que é necessário um mínimo de direito penal, principalmente quando não há outro instrumento de controle.

b) ressocializadora: partem da atribuição ao direito penal de uma função preventiva, que dispõe dos mecanismos necessários para a obtenção de uma autêntica re-inserção dos apenados, chegando a legitimar o direito penal por sua capacidade ressocializadora. Tratam de proteger a sociedade mediante a prevenção dos delitos que ele mesmo (apenado) pode cometer no futuro. A “ideologia do tratamento” sofreu várias críticas, dentre algumas a que defendia sua ineficácia diante de uma sociedade criminalizante. Outras consideram a intervenção uma ingerência injustificável nos direitos individuais do sujeito, exigindo não apenas uma modificação comportamental externa como também interna e, finalmente, as que argumentavam a circunstância do tratamento ressocializador não poder ser imposto ao condenado.

⁷¹ HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p.15-28.

⁷² PIERANGELI, 2003, p.113.

⁷³ SILVA SANCHES, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992, p.17-40.

c) garantista: esta proposta procura acentuar o papel das garantias formais, considerando que a legitimação do direito penal é basicamente a prevenção geral do delito, respeitados as garantias do Estado de Direito. O movimento também foi denominado de “neoclassicismo”, e apesar de equivocadamente denominado, na opinião de alguns setores, se situa no mesmo marco teórico. As críticas apontam-se principalmente na limitação a aspectos apenas formais, deixando de lado questões como a efetiva diminuição da intervenção penal e sua redução ao estritamente necessário. A proposta garantista, não resolve o problema, porém expressa a síntese adequada ao presente momento histórico da evolução das idéias penais.

Em virtude disso desenvolveu-se a doutrina do “Direito Penal Mínimo”, reduzindo a sua aplicação ao mínimo necessário para evitar a violência social informal (Ferrajoli), cuja sistematização considerada mais coerente e completa é da autoria do professor Baratta.

A teoria desenvolvida por Baratta⁷⁴ tem como referência os Direitos Humanos, classificando seus princípios de “intra-sistemáticos” e “extra-sistemáticos”; enquanto os primeiros tratam das garantias, limites e requisitos da criminalização, os segundos analisam os critérios políticos e metodológicos para a descriminalização, inclusive com a construção de um sistema alternativo ao sistema penal.⁷⁵

Todas as teorias da pena conhecidas e já citadas neste trabalho, desde que foram sistematizadas por Bauer em 1830 até a atualidade, partem do “dever ser” para chegar ao “ser” de uma realidade social, cujo escopo é atingir a sua função de “defesa da sociedade”.

Zaffaroni, em sua teoria agnóstica da pena, faz o caminho contrário, confrontando os princípios teóricos, legitimadores da pena com as reais práticas do sistema penal. A conclusão é de que as práticas negam a eficácia apresentada pelas teorias. Ou seja, demonstrando como funciona realmente o sistema penal (seletivo, violento, em grande parte ilegal, discriminador, etc.) defende que o jurista deve ser agnóstico no que respeita à finalidade da pena, buscando aplicar a menor

⁷⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

⁷⁵ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2.ed.rev.trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.119.

pena possível, pois esta será um ato de poder; legitimá-la é procurar encontrar algum fim positivo na guerra.⁷⁶

Assim, analisando os principais aspectos das duas teorias apresentadas, do delito e da pena, podemos identificar seus pontos primordiais, o bem jurídico e a eficácia da punição, que voltarão a ser abordadas no decorrer deste trabalho.

2.4 Autonomia do direito penal *versus* consideração do direito penal como complemento das sanções civis

Já dissemos que o direito penal só pode ser utilizado em último caso, quando as sanções previstas nas demais áreas do Direito não conseguem mais impedir a violação das normas e colocam em risco a segurança jurídica.

Também observamos, quando da análise do bem jurídico, que os teóricos fizeram duas importantes divisões, considerando a relação do indivíduo com outrem e com a sociedade, portanto, uma correspondente ao âmbito individual e outro ao âmbito coletivo. Em decorrência tem-se atualmente o Direito dividido basicamente em dois ramos: público e privado, representados pelo direito penal e o direito civil, respectivamente.

Ambos, direito civil e penal, não deixam de ser uma rebeldia humana contra uma ordem jurídica, conduta esta que pode ser tanto dolosa como culposa, advindo vários resultados que se diferenciam apenas no que se refere a gravidade ou intensidade, pois este é o único critério, relativo, utilizado pelo direito objetivo. Assim para Hungria, na linha de von Liszt, o resultado penal é o maior porque “provoca mais extensa e intensa perturbação social”:

nem a toda ação ilegal e informada de culpa (sensu lato) atribui a lei a consequência jurídica da pena. Somente é ameaçado com pena o delito que se apresenta, a juízo do legislador, especialmente perigoso para a integridade ou segurança dos bens jurídicos.⁷⁷

Hungria analisou vários autores, e inúmeras teorias, que se preocuparam em estabelecer um critério de distinção, racional e objetivo, entre ilícito civil e penal⁷⁸:

a) Para Hegel, “o fato antijurídico doloso importa a necessidade lógica da sanção penal, e não constitui jamais ilícito puramente civil”. Seus críticos lembram

⁷⁶ ZAFFARONI, 2007, p.37.

⁷⁷ HUNGRIA, 1978, p.30.

que tal argumento vai de encontro ao direito positivo, que aplica sanções civis a uma série de fatos antijurídicos dolosos e culposos, bem como “a tendência do pensamento jurídico universal no sentido de evitar o abuso das sanções penais”;

b) Ahrens os diferenciava através do modo pelo qual a lesão de direito se realiza;

c) Unger defendia que para violação de um direito subjetivo tem-se o ilícito civil, do contrário tem-se o ilícito penal;

d) Korkonov desenvolveu a teoria fundada na diversidade qualitativa da norma infringida: norma de direito público aplica-se o injusto penal, de direito privado um ilícito civil. A ponderação apresentada por Binding é de que “toda norma jurídica é ditada no interesse público, impondo um dever para com o Estado”, portanto, no fundo toda norma é de direito público”;

e) Merkel utilizava o critério distintivo na dualidade das normas jurídicas: normas imperativas ou proibitivas correspondem um ilícito civil ou penal, respectivamente;

f) Stahl e Venezian propunham o critério da irreparabilidade potencial na caracterização do ilícito penal;

g) Carrara somou ao critério da irreparabilidade do resultado lesivo do indivíduo, a produção também de um dano social, o que legitimaria a reação penal. Ressalta-se que o ilícito civil também é capaz de produzir um dano social;

h) Rocco sustentava no perigo social, mediato ou indireto produzido pelo delito penal, considerando futura reincidência. No delito civil também se pode ter “o perigo social de reiterações de ilicitudes”;

Essa discussão entre a relação do direito privado com o público já ultrapassou as fronteiras chegando no âmbito internacional. Por exemplo, na inclusão ou não do direito penal internacional no campo do direito internacional privado. Fiore⁷⁹, Pontes de Miranda⁸⁰, Beviláquia são alguns nomes que defende a exclusão já que ao direito penal cabe a função repressiva que é exclusiva do direito

⁷⁸ HUNGRIA, 1978, p.31-34.

⁷⁹ FIORE, Pasquale. **Tratado de derecho penal internacional y de la extradicion**. Madrid: Imprenta de la Revista, 1880.

⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1953.

público. Em sentido contrário, Despagnet, Foelix, Vareilles Sommières, Bustamante e Pimenta Bueno, entre outros.⁸¹

Por fim, concluiu Hungria que todos os critérios apresentados sob a ótica do direito positivo demonstraram falhas e, principalmente, a impraticabilidade de uma distinção ontológica entre o injusto penal e o civil. Aponta como sendo o único critério discriminativo aceitável a orientar o legislador é o da “suficiência ou não das sanções não-penais, ou seja, somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal”. Ou como diz Puglia, “se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal”, independentemente da sua intensidade ou gravidade.⁸²

Diz Figueiredo⁸³ que “é impossível atacar todos os pontos de relevo dogmático e político criminal em torno da doutrina do bem jurídico”, por isso a discussão se limita à fragmentação e proporcionalidade do direito penal, ou seja, danosidade social relevante e necessidade da proteção penal como *ultima ratio*.

Em outras palavras, podemos ter vários bens jurídicos, mas apenas alguns merecem a tutela penal: os que sofram ataques insuportáveis para a vida comunitária sendo absolutamente necessária a proteção penal, deixando de fora os menos lesivos.

E porque motivo os autores expropriados no seu trabalho de criação intelectual evitam a proteção penal? Além do caráter sociológico das leis de propriedade intelectual, que é desconhecida por muitos criadores, tem-se o controle da criação nas mãos de intermediários poderosos, que não estão interessados na punição oferecida pelo direito penal, mas sim, na do direito civil, através das indenizações morais e materiais.⁸⁴

Confirmando o que foi dito deste então: que em determinada época, considerando eventual alarme coletivo, intenso ou difuso, o meio social apresenta

⁸¹ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8.ed.atual.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.17-18.

⁸² HUNGRIA, 1978, p.35.

⁸³ FIGUEIREDO, 2008, p.23-24.

⁸⁴ NETO, Hildebrando Pontes. As sanções e o procedimento criminal dos direitos autorais. Doutrina (criminal). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.695, ano 82, p.295, set.1993.

necessidades que, somadas ao oportunismo do legislador, acabam por determinar se uma conduta antijurídica irá receber uma sanção civil ou penal.

Essa necessidade, portanto, não é absoluta nem imutável, varia conforme a evolução dos interesses da sociedade, e deste modo, o direito penal, por não ser autônomo, deve ser utilizado apenas quando nenhuma outra espécie de reação obteve resultados, e na medida e pelo tempo necessário. Porque a pena não só acarreta um mal ao réu, como a sua família e ao Estado, principalmente do ponto de vista econômico, o que vai de encontro, se não com o primeiro, mas com certeza com o atual objetivo de proteção da propriedade intelectual: o aspecto econômico.⁸⁵

⁸⁵ HUNGRIA, 1978, p.29.

3 O BEM JURÍDICO E A FUNÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Na primeira parte deste estudo se fez uma retrospectiva das principais bases teóricas que sustentam a ciência penal, basicamente lembrando os critérios legais para eleger uma conduta humana que mereça repreensão penal, considerando o bem jurídico protegido. Na seqüência, se faz uma análise mais pontual sobre a eficácia da pena como instrumento de prevenção e correção social. Agora, por uma questão metodológica, cumpre resgatar o tema direito de propriedade intelectual e seus principais aspectos para o objetivo deste estudo.

Cabe ao direito de propriedade intelectual, enquanto instituição jurídica, regular as implicações sociais e individuais derivadas da criação intelectual. Posto que esta criação tem valor limitado ao aspecto econômico, patrimonial mas também moral:

A expressão proteção jurídica da propriedade intelectual designa o conjunto de normas do Direito, particularmente aquelas de caráter econômico relacionadas ao comércio, em que os sujeitos de direitos, qualificados com titulares, são agentes econômicos, geralmente uma empresa, através das quais se obtém, como efeito do resguardo legal, o privilégio ao exercício exclusivo de certos direitos sobre ativos intangíveis.⁸⁶

Em relação à natureza jurídica dos direitos advindos da propriedade intelectual, todas as teorias se apóiam tanto no direito público como no privado. As teorias mais significativas não escapam da adoção histórica da dualidade de sistemas, representada entre o direito do autor e direito do inventor; de uma forma mais completa, diga-se, direitos de autor e conexos *versus* patentes de invenção, marcas e correlatos.⁸⁷

a) Teorias de direito público.⁸⁸ A teoria de Laband fundamenta-se em basicamente três instituições: monopólio (por determinado tempo, submetido à certas condições, implicando numa restrição à liberdade geral do comércio), delito (a reprodução é um delito contra esta restrição) e reflexo (na medida em que todos os direitos públicos subjetivos, como a liberdade, são reflexos do direito estatal, portanto, direitos reflexos).

⁸⁶ PIMENTEL, 1999, p.21-22.

⁸⁷ BASSO, Maristela. **O direito internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.28.

⁸⁸ BASSO, 2000, p.29-30.

A teoria do monopólio foi objeto de análise não apenas pelos alemães como também os franceses, citando Renouard, que defendia que o autor tem o direito de receber da sociedade um preço justo pelo seu serviço. O que levou a uma outra variante, a teoria desenvolvida pelo professor Roguin que justificava esse “monopólio de direito privado” (natureza na qual foi acompanhado por Pilenko) na proibição de imitação, assegurando ao autor que sua obra não seja imitada sem a sua autorização, o que novamente traz a figura do “monopólio de reprodução”.

Ambos os autores, apesar de se basearam na essência da teoria do monopólio, apresentam fundamentos diferentes: para Renouard a sociedade tem obrigação ativa na concessão do monopólio, enquanto que para Roguin a sociedade tem obrigação passiva, na abstenção de qualquer ato que viole os direitos de autor.

b) As teorias de direito privado⁸⁹. Basicamente se fundamentam no direito pessoal ou no direito real. Neste cenário dois nomes se destacam, Gierke defendendo tratar-se de direito pessoal classificava os direitos dos autores e inventores nos direitos de personalidade, enquanto Kolher acreditava que sendo direito real deveriam integrar os direitos de propriedade.

Esta concepção de direito duplo levou os estudiosos a adotarem um caráter misto na análise do tema, tanto pessoal como real. Por isso, Piola-Caselli os denominou de “direito subjetivo”, que não se confunde nem com o direito de personalidade, nem de propriedade, pois possui um próprio e original regulamento jurídico.

c) Teoria do direito *sui generis*⁹⁰. Vários foram os autores que procuraram aplicar à natureza jurídica esta característica *sui generis*, o que por si só já acarretou uma diversificação na denominação terminológica. Destacaram-se Borchgrave, Droz, Renault e Piccard, sendo deste último a nova denominação “direitos intelectuais” para ambos os direitos, do autor e do inventor. Kohler, por sua vez, os denominou “direitos sobre bens imateriais, incorpóreos”. Plaisant e Ruffini já se referem como “direitos do pensamento”; os anglo-saxões adotaram expressões distintas, propriedade industrial e *copyright*, na mesma linha adotada pelos latinos

⁸⁹ BASSO, 2000, p.32-33.

⁹⁰ BASSO, 2000, p.34-35.

que dividiram em “propriedade industrial” e “direitos de autor ou propriedade literária e artística”.

Piccard levou a criação de uma quarta categoria na divisão clássica dos direitos até então limitados aos pessoais, reais e obrigacionais.

O reflexo destas teorias nas ordens jurídicas, interna e internacional, trouxe não apenas a dualidade terminológica como também o sistema duplo de proteção, culminando em 1883 com a Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial e, em 1886 a Convenção de Berna, protegendo as obras literárias e artísticas. Desta forma, não se conseguiu um documento único para a proteção do gênero “Propriedade Intelectual”, o que somente veio a se concretizar em 1892 no Escritório Internacional Reunido para a Proteção da Propriedade Intelectual/BIRPI e posteriormente com a OMPI.⁹¹

Afirma-se que hoje estes fenômenos, num nível global, precisam ser analisados em conjunto, cabendo à propriedade intelectual conjugar todos os interesses, seja do criador intelectual, do titular de direito, dos intermediários (intervenientes no processo de criação) e da própria sociedade. Por um lado proteger e recompensar financeiramente o esforço intelectual e, por outro, possibilitar a difusão e uso da criação, enquanto informação necessária ao desenvolvimento social.

A importância da criação e proteção intelectual humana encontra-se na capacidade de transformar idéias em soluções, e isto tem sido a força impulsionadora do desenvolvimento humano ao longo dos séculos, posto que estas idéias transformam-se em produtos e serviços que, por sua vez, geram riqueza e movimentam a economia.⁹²

3.1 Uma visão globalizada da propriedade intelectual: aspectos econômicos e políticos

A propriedade intelectual hoje forma uma parte importante da política econômica do Estado, porque além do conhecimento ter adquirido status com valor de mercado, a matéria é internacionalizada obrigando que os ordenamentos

⁹¹ BASSO, 2000, p.37.

⁹² NETO, Amintas. PANIGASSI, Rogério (Orgs.). **Propriedade intelectual: o caminho para o desenvolvimento**. São Paulo: Microsoft Brasil, 2005, p.06.

jurídicos tenham em conta os interesses econômicos do mundo globalizado. Em virtude disto é que Barbosa afirmou que o romantismo se limita a redação, por ele elaborada, do atual inciso XXIX do art.5º da Constituição Federal de 1988, que tutela a propriedade intelectual ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País.⁹³

Ocorre que o tema “propriedade intelectual”, normatizado pelas Convenções de Paris e Berna, e reunido no BIRPI, após a segunda Guerra Mundial necessitou de transformações diante da necessidade decorrente da nova realidade mundial. Foi a Convenção de Estocolmo, em 1967, que criou a OMPI, unificando mais uma vez os direitos dos autores e inventores, através da denominação que permanece até hoje, direitos da “propriedade intelectual”. Atualmente o tema é objeto de discussão em dois órgãos, a OMC e a OMPI, que não se excluem e trabalham em cooperação. Enquanto aquele cuida dos aspectos comerciais internacionais, este se ocupa com a harmonização legislativa.

A OMPI é considerada pela autora Basso “o principal centro internacional de promoção dos direitos de Propriedade Intelectual.” Além de ser um organismo especializado da Organização das Nações Unidas/ONU desde 1974, ou seja, organização de caráter técnico, por isso tornou-se também órgão consultivo da OMC na matéria. Não possui, contudo, poderes para dirigir resoluções diretamente aos Estados, até porque inexistente na sua estrutura interna órgão fiscalizador e sistema sancionatório. Integram a OMPI duas categorias de membros, conforme previsto no seu art.5º: os Estados membros, das Uniões de Paris e de Berna, e outros Estados, desde que estes últimos, sejam membros da ONU, de algum de seus organismos especializados, da Agência Internacional de Energia Atômica, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ou convidados pela Assembléia Geral da OMPI.⁹⁴

⁹³ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.xi do prefácio.

⁹⁴ A Convenção de Roma não está sob o controle único da OMPI, pois é administrada em conjunto com a UNESCO e a OIT. É a UNESCO a única a administrar a Convenção Universal sobre o Direito de Autor, de 1952. Atualmente a OMPI administra uma Convenção, sete Acordos e cinco Tratados sobre Propriedade Industrial, e mais três Convenções e dois Tratados, sobre Direito de Autor e Conexos, além de duas Uniões, sobre registro de obras audiovisuais e proteção de obtensões vegetais (UPOV), totalizando, assim, vinte documentos relacionados à Propriedade Intelectual. BASSO, 2000, p.142-144 e 146.

E o alerta de Ascensão é neste sentido, de que o saber transformou-se em mercadoria e os direitos intelectuais atualmente são controlados pelas relações comerciais:

A mercantilização geral do direito intelectual é um fato. E uma manifestação flagrante está no fato de que a entidade que é hoje decisiva na disciplina dos direitos intelectuais não ser nem a Unesco nem a OMPI, mas a Organização Mundial do Comércio – e isso, tanto no que se refere ao direito de autor e ao direito da informática, quanto aos direitos industriais. São antes de mais nada objeto do comércio internacional.⁹⁵

Com a escolha dos países desenvolvidos pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio/GATT-OMC, ao invés da OMPI, como o mecanismo apropriado para a globalização da proteção da propriedade intelectual, mediante o Acordo TRIPS, alguns estudiosos acreditam que pouca alteração houve na política adotada. Isto porque, apesar da OMPI ter sofrido uma diminuição na influência exercida na condução das regras, sempre manteve uma postura firme de maior proteção da propriedade intelectual nos países em desenvolvimento.

Ainda, afirma Correa, que em seus objetivos não se incluem o desenvolvimento e que cerca de 90% de seus fundos procedem do setor privado, principalmente dos proprietários de patentes. Portanto, considerando que esta firmação data de 1995, sua política não prestava muita atenção nas possíveis conseqüências adversas, partindo sempre da premissa que os direitos da propriedade intelectual são indiscutivelmente benéficos.⁹⁶ Atualmente a OMPI possui a agenda do desenvolvimento como um dos principais temas.⁹⁷

O Acordo Constitutivo da OMC (ou Ata Final da Rodada do Uruguai) é composto por quatro Anexos, sendo que no Anexo 1-C encontra-se o Acordo TRIPS. Diferente da OMPI, a OMC não é um organismo ou agência especializada na ONU, mais sim uma organização internacional independente.

Com objetivo preponderantemente econômico-comercial, criada pelos Estados que participaram da Rodada Uruguai do GATT, com natureza de um tratado-contrato, principalmente porque suas normas são dirigidas apenas aos

⁹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e mundo globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade intelectual & internet**. Curitiba: Juruá, 2006, p.22.

⁹⁶ CORREA, Carlos María (Dir.). **Temas de derecho industrial y de la competencia**: propiedad intelectual y políticas de desarrollo. N.7. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005, p.378-380.

⁹⁷ <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>.

estados-membros, gerando obrigação internacional limitada aos membros; não obstante ainda ter algumas discussões defendendo tratar-se de um *executive agreement* ou *trade agreement*.⁹⁸

Na maioria das leituras sobre o tema⁹⁹, se observa por várias vezes a ínfima relação da propriedade intelectual com aspectos macroeconômicos e a análise do valor econômico dos bens imateriais, porque esta é a principal característica da imaterialidade desses bens da propriedade intelectual, servir a “um ambiente econômico específico, que é o da produção industrial voltada a um mercado”.¹⁰⁰

Como afirma Dal Ri Júnior todas as eventuais reformas que venham a sofrer as organizações internacionais econômicas, dentre elas a OMC, deverão “refletir o princípio de submissão da economia à política, e da política à ética”.¹⁰¹

A história demonstra que os atuais países desenvolvidos, dentre eles os Estados Unidos da América do Norte/EUA, tiveram nos séculos XIX e XX um desenvolvimento econômico e tecnológico importante, graças à flexibilidade do sistema de propriedade intelectual à época. Esta permitia que cada país adotasse as medidas de proteção considerando suas forças, fraquezas e objetivos de desenvolvimento¹⁰². Porém, conquistado um patamar seguro no desenvolvimento industrial e tecnológico, estes mesmos países, iniciaram uma gradativa redução das flexibilidades da propriedade intelectual cujo principal instrumento foi o Acordo TRIPS, que obrigou a todos os Membros da OMC a aplicação de tetos mínimos e elevados de proteção.¹⁰³

Este Acordo TRIPS tem como regra os seguintes princípios gerais:

a) *single undertaking*: não se admite reservas pelos Estados membros;

⁹⁸ BASSO, 2000, p.171-174.

⁹⁹ Por exemplo, Stiglitz, Joseph E.; Walsh, Carl E. **Introdução à Macroeconomia**. Tradução da 3 ed. São Paulo: Elsevier, 2003, e William M. Landes e Richard A Posner, **The Economic Structure of Intellectual Property Law**, Harvard University Press, 2003.

¹⁰⁰ BARBOSA, 2003, p.69.

¹⁰¹ DAL RI JUNIOR, Arno. **História do direito internacional: comércio e moeda, cidadania e nacionalidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.166.

¹⁰² Para leitura mais profunda recomenda-se ALBUQUERQUE, Eduardo da Mota e. Propriedade intelectual e a construção de um sistema de inovação no Brasil: notas sobre uma articulação importante. Parcerias Estratégicas: **Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação**, Brasília, n. 20, p. 965-986, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.cgee.org.br/atividades/redirect.php?idProduto=2048>>. Acesso em: 20 out. 2009

¹⁰³ CORREA, 2005, p.15.

- b) tratamento nacional: nacionais e estrangeiros iguais;
- c) nação mais favorecida: todas as vantagens, favorecimentos, privilégios e imunidades que um Estado-Parte conceder aos nacionais de outro Estado-Parte serão automática e incondicionalmente estendidas aos nacionais dos demais Estados-Partes;
- d) esgotamento internacional dos direitos/exaustão: o direito de exclusiva se esgota na introdução do produto patenteado no comércio, por ele, titular, ou por terceiro com sua autorização, ou seja, na primeira comercialização, depois disso não pode mais haver obstáculos para ulteriores comercializações, é o que se denomina de 'vendas paralelas' ou 'distribuições paralelas'¹⁰⁴;
- e) transparência;
- f) cooperação internacional;
- g) interação entre os tratados internacionais sobre a matéria: os tratados não se excluem, possuem uma relação de interação, não de conflito, já que se encontram num contexto de cooperação e não de coexistência;
- h) interpretação evolutiva: considerando a dinamicidade do Acordo, suas cláusulas podem mudar de acordo com a evolução do tema, se adequando as necessidades do momento.

Concomitantemente aos princípios gerais, o Acordo TRIPS possui três categorias de normas: a) substantivas, que trazem os padrões mínimos de proteção; b) procedimentais, que determinam os remédios civis, administrativos, penais, além de medidas cautelares e de fronteiras; e de c) resultados, que determinam a extensão do ressarcimento para compensar o dano sofrido. Caso o Brasil venha a descumprir o Acordo, ficará sujeito a responder perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.¹⁰⁵

Assim é que a propriedade intelectual foi desenvolvida como uma exceção ao regime da livre concorrência, considerando o que os economistas denominam de "falha de mercado", em virtude da facilidade de dispersão dos bens imateriais assim que colocados no mercado:

¹⁰⁴ BASSO, 2000, p.181.

¹⁰⁵ BASSO, 2000, p.192.

A desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. Conseqüentemente, é preciso resolver o que os economistas chama de falha de mercado, que é a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos. O direito torna-se indisponível, reservado, fechado o que naturalmente tenderia à dispersão.¹⁰⁶

Este pode ser o marco inicial da criação da propriedade intelectual numa análise econômica, já numa análise política interna podemos determinar que a intervenção do Estado deveu-se à necessidade de proteção da propriedade intelectual frente as forças livres da concorrência: “deixando à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia”. E na visão jurídica, esta necessidade de proteção somente se pode dar através da criação de restrições legais a tais forças. Portanto, não se pode falar em direito natural aos bens intelectuais: “pois a criação da Propriedade Intelectual é – completa e exclusivamente – uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação”.¹⁰⁷

Outrossim, numa análise de política internacional realizada por Remiche, a inclusão da propriedade intelectual no sistema mundial de comércio teria sido obra dos EUA sob o argumento de que a expansão daquele já interferia no comércio internacional. Apesar de correto no que diz respeito ao impacto que a propriedade intelectual acarretou no comércio internacional e que sua influência vem aumentando consideravelmente, Roffe adverte que nem toda propriedade intelectual detém um valor tecnológico e, portanto, deve ser analisado com o devido cuidado.¹⁰⁸

Remiche questiona se o Acordo TRIPS é um acordo de livre comércio ou de integração forçada, gerada pelo fenômeno da globalização, caracterizada pela revolução tecnológica. O temor que se apresenta é de que esta globalização esteja sendo dirigida pelos poderes econômicos privados, que suplantaram os poderes públicos na tomada das decisões que determinam o futuro coletivo.

Neste contexto, a colaboração do clero veio através do art.34 da encíclica *Centesimus Annus*, publicada em 1991 pelo Papa João Paulo II, afirmando,

¹⁰⁶ BARBOSA, 2003, p.72.

¹⁰⁷ BARBOSA, 2003, p.88.

¹⁰⁸ REMICHE, Bernard. **Propiedad intelectual y tecnología**. El acuerdo APDIC 10 años después: visiones europea y latinoamericana. Seminario de la Asociación Internacional de Derecho Económico (A.I.D.E). 1.ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p.233-234.

resumidamente, que o “livre mercado não é o instrumento mais eficaz para responder às necessidades humanas, sendo necessário lutar para impedir que, por culpa deste, as necessidades fundamentais do ser humano não sejam satisfeitas.”¹⁰⁹

A importância de certos poderes econômicos privados preocupam, porque transformaram tudo em mercadoria, objeto de comércio, em virtude disto, os direitos da propriedade intelectual acabaram fazendo parte do mundo do livre comércio através do Acordo TRIPS. Portanto, este é fruto de uma nova percepção do rol dos direitos exclusivos de propriedade intelectual: “se devia impor a todos os países do mundo uma proteção forte, harmônica e acompanhada de verdadeiras sanções em caso de um Estado não respeitar ditas obrigações”.¹¹⁰

Durante os debates da Rodada do Uruguai, três concepções sobre propriedade intelectual emergiram. A primeira adotada pelos EUA e países desenvolvidos querendo a vinculação da propriedade intelectual com o comércio internacional; a segunda, defendida pelos países em desenvolvimento, que argumentavam que a propriedade intelectual não era mais importante que as necessidades que eles tinham no próprio desenvolvimento econômico e social. E, por último, uma posição intermediária de alguns países desenvolvidos, como Japão e membros das Comunidades Européias, que alertavam para o fato de que algumas distorções no comércio podem surgir tanto da inadequada como excessiva proteção da propriedade intelectual.¹¹¹

Por isso, continua Remiche afirmando que o Acordo TRIPS foi concebido principalmente nos países desenvolvidos, sustentados por suas grandes empresas multinacionais, portanto, reflete suas concepções. As normas são, em sua grande maioria, continuações dos sistemas existentes nos EUA, Europa (países de Comunidade Européia) e Japão, e não levam suficientemente em consideração a diversidade econômica, social, política ou cultural existente entre os Estados Membros, o que reforça naturalmente a dualização do mundo:

Por um lado, um pequeno grupo de grandes empresas de países desenvolvidos dominam amplamente a Propriedade Intelectual globalizada e, em consequência, controlam uma parte importante da produção (ao menos a produção sofisticada) e da comercialização (principalmente através das marcas) e, por outro, a massa de

¹⁰⁹ DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Direito internacional econômico em expansão: desafios e dilemas**. Ijuí: UNIJUI, 2003, p.144.

¹¹⁰ REMICHE, 2006, p.360-362.

¹¹¹ BASSO, 2000, p.165.

países em desenvolvimento e de países menos avançados, como também um importante número de pequenas e médias empresas de países desenvolvidos ficam limitados a ser sub-contratistas ou utilizadores dependentes.¹¹²

Há, inclusive, como é o caso de Smith & Parr, aqueles que fazem a apologia da propriedade intelectual:

Em combinação com o capital e o trabalho, a Propriedade Intelectual transformou o mundo de cidades rurais e isoladas em uma economia global integrada. (...) É a Propriedade Intelectual que estabelece mercados, domina indústrias, assegura segurança nacional, capta a lealdade dos cliente e permite a geração de lucros superiores. (...) Curiosamente, estas poderosas propriedades de investimento são difíceis de definir, algumas vezes impassíveis de serem tocadas, nascidas da lei e muito frequentemente frágeis em relação ao seu valor.¹¹³

Em síntese, a filosofia geral do Acordo TRIPS é que trata-se de um acordo multilateral sobre propriedade intelectual relacionado ao comércio, objetivando instaurar mundialmente um nível mínimo de proteção aos seus direitos, a fim de assegurar a circulação dos produtos mais inovadores.

Porém de toda leitura feita do tema, observou-se quase de forma unânime, uma aparente hipocrisia dos países desenvolvidos, liderados pelos EUA, que pretendem convencer através de um discurso de favorecimento e desenvolvimento dos países do Sul: “a visão simplista de que a proteção intensa a direitos de Propriedade Intelectual necessariamente leva a maior inovação e a futuros benefícios à sociedade é teórica e empiricamente insustentável.”¹¹⁴

A ponderação feita por Trommetter é também no mesmo sentido da de Correa e defendida por Remiche:

Instaurar os direitos de Propriedade Intelectual nos países onde existe uma capacidade de imitação porém não de investigação, é econômica e socialmente ineficaz já que os direitos de Propriedade Intelectual bloqueiam suas capacidades de imitação sem garantir um acesso a tecnologia produtiva de inovação, nem ao “verdadeiro” produto a preço razoável para o consumidor.¹¹⁵

A propriedade intelectual tem que ser analisada com base nas características e interesses de cada Estado, não havendo propriedade intelectual mundial, global, etc., por isso, é impossível comparar sistemas de propriedade

¹¹² REMICHE, 2006, p.363.

¹¹³ LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Proteção jurídica do software**: eficácia e adequação. Porto Alegre: Síntese, 1998, p.33.

¹¹⁴ CORREA, Carlos Maria. Aperfeiçoando a eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de Propriedade Intelectual. In: VARELLA, Marcelo D. (Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2005, p.46.

¹¹⁵ REMICHE, 2006, p.51-53.

intelectual de países diferentes (EUA x Brasil x países da Comunidade Européia). O sistema da propriedade intelectual foi criado por países industrializados e copiado/obedecido por países subdesenvolvidos com base na “promessa” da transferência de tecnologia.

Ou seja, exigem uma aumento na proteção da propriedade intelectual a fim de disponibilizar os mecanismos de desenvolvimento tecnológico à países que não possuem as mínimas condições de receberem tais mecanismos ou de desenvolvê-los. Este é um dos muitos exemplos que os autores Lengyel e Bottino destacam como justificativa do prejuízo sofrido pelos países da América Latina no intercâmbio de concessões da Rodada Uruguai; inclusive destacam a participação do Brasil e da Argentina no denominado “Grupo de Amigos do Desenvolvimento”, que apresentou proposta junto à OMPI a fim de criar uma agencia que analise as conseqüências sociais, econômicas e tecnológicas da adoção de tais medidas.¹¹⁶

Remiche apresenta um exemplo concreto da estratégia utilizada pelos EUA em suas negociações internacionais. Utiliza-se de Acordos de Livre Comércio bilaterais, que já foram estabelecidos com o Chile, Singapura, América Central e República Dominicana:

oportunidade em que eleva os limites de proteção da Propriedade Intelectual acordados no TRIP's, aproveitando a enorme diferença da capacidade de negociação entre o país (e o mercado) mais importante do mundo e um país relativamente desenvolvido ou um grupo reduzido de países em desenvolvimento.¹¹⁷

Na mesma linha, questionando o interesse real desses tipos de acordos econômicos, Barbosa assim se posiciona:

A esperança – real e em parte implementada – de uma textura multilateral para a discussão dos limites e propósitos da Propriedade Intelectual, porém, é abalada pela série de acordos bilaterais de Propriedade Intelectual, de comércio, ou de investimento, que impõe aos países que pretendem se valer de benefícios econômicos outorgados por países da OECD compromissos quanto a marcas, patentes, direitos autorais e cultivares que excedem os parâmetros acordados nos acordos da OMC (...) inclusive também acima dos estabelecidos em TRIPs.¹¹⁸

¹¹⁶ REMICHE, 2006, p. 75-76.

¹¹⁷ REMICHE, 2006, p.192.

¹¹⁸ BARBOSA, Denis Borges. A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano. In: CORREA, Carlos María (Dir.). **Temas de Derecho Industrial y de la competencia.** Propiedad intelectual, innovación y competencia. N.8. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008, p.289-290.

Não bastasse este conflito entre países desenvolvidos e os em desenvolvimento, existe ainda, paralelamente, outro embate entre os setores comercial e industrial: o primeiro querendo mais liberdade, enquanto que o segundo mais proteção. Isto porque, o comércio ilícito nunca foi uma prioridade no direito internacional, nos pactos comerciais e no trabalho da polícia internacional.

Diante deste quadro pertinente as palavras de Dal Ri Júnior:

O grande problema atual concerne em encontrar mecanismos apropriados para, em meio ao processo de liberalização da economia, impedir que o mercado se desenvolva em um vazio institucional, jurídico e político, e que sejam cometidos abusos na economia internacional.¹¹⁹

Talvez tenha sido necessário o advento da pirataria de programa de computador e o nascimento do crime de propriedade intelectual para imprimir novo impulso aos esforços internacionais contra a falsificação.

Pertinente, pois, a análise feita pelo editor Naím em 2002, quando proferiu a aula inaugural na *American Society of International Law*, apontando as cinco guerras da globalização: os mercados ilícitos de armas, drogas, seres humanos, propriedade intelectual e dinheiro.¹²⁰

3.2 Natureza jurídica dos crimes contra a propriedade intelectual: direito de exclusiva versus direito da propriedade *latu sensu*

Não há dúvidas de que na visão do Acordo TRIPS os direitos da propriedade intelectual são principalmente direitos econômicos/comerciais, em poder de empresas mais do que de inventores particulares, e não tanto direitos humanos/políticos. Considerando-se, entre outros fatores, que ao outorgar direitos exclusivos ou privilégios econômicos, se impõe custos aos consumidores e a outros usuários de tecnologias protegidas:

porque a dificuldade encontra-se em que o sistema da Propriedade Intelectual procura alcançar esta reconciliação mediante a concessão de um direito privado e de benefícios materiais privados. (...). Em particular, quando o consumidor é pobre, o benefício privado pode entrar em conflito com os direitos humanos fundamentais, por exemplo, o direito a vida.¹²¹

¹¹⁹ DAL RI JUNIOR, 2004, p.162.

¹²⁰ NAÍM, Moisés. **Ilícito**: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p.15.

¹²¹ CORREA, 2005, p.44-47.

Tem-se, ainda, outros aspectos que devem ser ponderados em relação a tensão constitucional. Na ótica brasileira, atendendo aos arts.170 e 173 da Constituição Federal de 1988, o Estado não exercerá diretamente a atividade econômica, ressalva feita para os casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Adotou como princípio geral a liberdade de iniciativa privada, ficando a cargo do Estado, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, apenas o poder de fiscalizar e de incentivar. Assim, o pressuposto é a livre concorrência somente sendo tutelada quando importar em abuso de poder econômico, configurada nas hipóteses de dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.¹²²

Os princípios constitucionais da atividade econômica são: liberdade de associação, art.5º, incs.XVIII e XX; liberdade de trabalho, ofício e profissão, inc.XIII e art.170, par.único; soberania nacional, art.1º, inc.I, e art.170,inc.I; propriedade privada dos meios de produção, art.5º, inc.XXII e art.170, inc.II; defesa do meio ambiente, art.170, inc.VI e art. 225; redução das desigualdades regionais e sociais, art.3 e art.170, inc.VII; busca do pleno emprego, art.170, inc.VIII; tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileira e que tenham sua sede administrativa no País, art.170, inc.IX; Emendas 5 e 9 que eliminam o monopólio de empresas públicas, facultando ao setor privado a prestação de serviços públicos (concessão ou permissão), o que amplia a atividade econômica privada.

Além disso, no amparo à liberdade de competição e iniciativa, somam-se: princípio da liberdade de iniciativa, art.1º, inc.IV e art.170; princípio da livre concorrência, art.173, par.4º; princípio da função social da propriedade, art.5º, inc.XXIII e art.170, inc.III; princípio da defesa do consumidor, art.5º, inc.XXXII e art.170 inc.V e princípio da repressão ao abuso do poder econômico.

Estes mecanismos visam coibir a prática empresarial em duas categorias: infração da ordem econômica / abuso do poder econômico e concorrência desleal. Esta está prevista na lei de propriedade industrial e segue a via judicial, enquanto aquela tem sua prevenção e repressão de responsabilidade do Conselho

¹²² BARBOSA, 2003, p.94-95.

Administrativo de Defesa Econômica/CADE, autarquia que julga processos administrativos e atua junto à Secretaria de Defesa Econômica.

O CADE não tem autonomia para exigir compulsoriamente o cumprimento das decisões, determinando apenas penas administrativas. Suas decisões tornam-se título executivo extrajudicial e não admite recursos na esfera administrativa, sendo necessário recorrer à via judicial federal; demais regras estão estipuladas na Lei 8.884/94 – lei antitruste e de infrações à ordem econômica.

Geralmente nas análises feitas sobre as finalidades, proteção e limites da propriedade intelectual encontra-se o tema do abuso do poder econômico como variável importante. Exemplo disto é a pena de licença compulsória prevista no art.24 da lei 8.884/94 - Lei Antitruste, além da pena do art.68 da lei 9.279/96, imposta pelo INPI. Ambos são exemplos de penalidades aplicáveis à propriedade intelectual fora do âmbito penal: “o que merece tutela, solidamente, é a integridade dos direitos da Propriedade Intelectual, que não devem ser abusados de forma a lesar a concorrência e os interesses públicos”.¹²³

Porém, a mesma Carta constitucional que defende a concorrência livre em outros dispositivos estabelece preceitos de proteção à propriedade intelectual, o que restringe tal concorrência. Ou seja, há uma tensão, um conflito entre princípios constitucionais relativos à liberdade de concorrência e à limitação da concorrência da propriedade intelectual, situação que se resolve pelo princípio da razoabilidade.¹²⁴

Portanto, além de ter sua natureza eminentemente econômica e por vezes conflitar com direitos fundamentais, este novo sistema da propriedade intelectual, conforme voz dominante dos principais nomes da América Latina, limita a capacidade dos países em desenvolvimento de adotarem práticas políticas industriais e tecnológicas, a fim de alcançarem o mesmo desenvolvimento permitido aos demais países, hoje desenvolvidos, e que disputam em desigualdade de condições o mercado internacional.¹²⁵

¹²³ BARBOSA, 2008, p.139, 144 e 250.

¹²⁴ O autor Barbosa ainda apresenta outras tensões de ordem constitucional: a colisão entre a proteção dos interesses do investidor e do criador e o princípio do uso social das propriedades; a cláusula finalística da propriedade industrial; os parâmetros constitucionais de proteção à tecnologia, a autonomia tecnológica e à cultura; as liberdades constitucionais de criação artística e de expressão e a tensão de interesses entre a economia nacional e o capital estrangeiro. BARBOSA, 2003, p.96-98.

¹²⁵ BARBOSA, 2003, p.98.

Um dos instrumentos de limitação encontra-se no art.61 do Acordo TRIPS, que trata dos procedimentos penais na inobservância dos direitos da propriedade intelectual, nos seguintes termos:

Os membros estabelecem procedimentos e sanções penais ao menos nos casos de falsificação dolosa de marca de fábrica ou de comércio ou de pirataria lesiva do direito de autor em escala comercial. Os recursos disponíveis compreenderão a pena de prisão e/ou a imposição de sanções pecuniárias suficientemente dissuasivas que sejam coerentes com o nível das sanções aplicadas para delitos de gravidade correspondentes. Quando possível, entre os recursos disponíveis figurará também o confisco, o decomiso e a destruição das mercadorias infratoras e de todos os materiais e acessórios utilizados predominantemente para a execução do delito. Os membros poderão prever a aplicação de procedimentos e sanções penais em outros casos de infração de direitos de Propriedade Intelectual, em particular quando são cometidos com dolo e em escala comercial.

Na legislação brasileira, ainda no auge do Código Penal de 1940, os crimes contra a propriedade imaterial vinham logo na seqüência dos crimes patrimoniais.

Com o advento das leis específicas de propriedade industrial, direito autoral, programa de computador e todas as outras que integram o ordenamento da propriedade intelectual, a serem analisadas oportunamente neste trabalho, o título III ficou limitado a apenas um único capítulo com solitários dois artigos. O art.184 tratando da violação de direito autoral - esta figura incluída na última alteração do tipo teve o dolo específico substituído de “para fins de comércio” para termo mais abrangente “com intuito de lucro” -, e o art.186 definindo as regras da ação penal. As demais normas penais foram incluídas respectivamente nas leis esparsas.

Todavia, nos estudos sobre o bem jurídico protegido em cada um dos crimes contra a propriedade intelectual, tanto no ordenamento brasileiro como no argentino¹²⁶, é quase unânime a idéia de que trata-se de um direito patrimonial *lato sensu*. Na realidade estamos lidando com uma categoria jurídica distinta, denominada de direito de exclusiva, cuja proteção penal nos parece ser excessiva e desnecessária, que será demonstrada no momento oportuno.

Barbosa apresenta uma análise econômica deste fenômeno, apesar da expressão propriedade ser comumente utilizada pela doutrina jurídica, que em termos bem genéricos a define como sendo o “controle jurídico sobre bens

¹²⁶ CARBONE, Roland D. Regimen penal de proteccion: las patentes de invencion em la ley 24.481. In: PETRONE, Aldo (Dir.). **Cuadernos de propiedad intelectual**. n.03, ed.1, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.165.

econômicos”. Porém considerando os fundamentos de uma economia de mercado, grande parte da doutrina econômica denomina estes direitos, que na realidade são exclusividades, como “monopólios instrumentais” ou “direitos de exclusiva” isto porque “quanto mais estritos são os princípios de exclusividade e de transferência da propriedade de um bem, mais o valor comercial desse bem tenderá a subir. Em suma, o verdadeiro bem é menos a coisa do que os próprios direitos”.¹²⁷

Continua afirmando que a criação de uma nova categoria de direitos de propriedade surgiu após o Renascimento, por exigência decorrente da aceleração do processo informacional e do desenvolvimento da economia industrial, que através da tecnologia idealizou mecanismo que permitiu a reprodução em série de produtos comercializáveis e criou direitos exclusivos sobre esta idéia. A estes direitos exclusivos de reprodução ou emprego de um produto (ou serviço), é que se denomina de propriedade intelectual.¹²⁸

Tomemos como exemplo o direito de autor, que tem suas origens no Iluminismo, cujos pensadores defendiam à época o reconhecimento da propriedade intelectual, como forma de não só defender o direito individual dos autores, mas também de disseminar suas idéias, portanto, havia um interesse social e político. A necessidade era escapar do sistema de privilégios de publicação concedidos pelo rei que, obviamente, era acompanhado de prévia censura à conteúdos que fossem contrários aos interesses da coroa.¹²⁹

Assim, desde sua origem, o direito de autor está atrelado à liberdade de expressão e nesta dicotomia já se apresenta a diferença do direito de propriedade com o direito de exclusiva: este apresenta várias limitações a fim de assegurar o livre acesso à informação, dentre eles a limitação temporal que, esgotada, coloca o trabalho em domínio público. Além disso, mesmo durante o direito de exclusiva, a lei impõe restrições como a cópia para uso privado, para uso em escolas, imprensa, trabalhos públicos, etc, que serão oportunamente comentados.

¹²⁷ BARBOSA, 2003, p.16-20.

¹²⁸ BARBOSA, 2003, p.15.

¹²⁹ REMICHE, 2006, p.251-254.

A lei espanhola¹³⁰ considera os crimes contra os direitos de autor delitos contra a ordem socioeconômica, não obstante fazerem parte dos capítulos dos delitos contra o patrimônio. Mesmo analisando sob os aspectos das teorias da propriedade, dos bens imateriais e da personalidade, nenhuma conseguiu atingir o núcleo criativo (*iter creativo*), ou seja, o processo de criação pelo qual passou a mente do autor até chegar no resultado oferecido ao público.¹³¹

As diferenças, portanto, entre ambos os institutos são poucas, porém importantes para reconhecer que enquanto na propriedade podemos falar de um bem jurídico, no direito de exclusiva tem-se apenas um privilégio, pois trata-se de direitos imateriais, que não são fundamentais.

Duas diferenças importantes entre o direito de exclusiva e a propriedade: tempo limitado e natureza do objeto. O direito de exclusiva está limitado a um determinado tempo previsto em lei, durante o qual irá se garantir juridicamente o privilégio (15, 25, 50, 70 anos), o que não ocorre com o direito de propriedade; além disso, o privilégio do direito de exclusiva pode ser dividido e reproduzido sem modificar o objeto ou sua natureza, ao contrário do objeto da propriedade, que classificado como bem real, não permite divisão.

Podemos citar, ainda, que nos crimes patrimoniais os sujeitos ativos e passivos não requerem nenhuma característica específica e o *animus* é qualquer vantagem indevida. Já nos crimes contra a propriedade intelectual os envolvidos encontram-se geralmente numa situação de disputa comercial lícita ou ilícita, são concorrentes cujo *animus* é aumentar a margem de lucro retirando o outro da concorrência, por isso, denominados de “crimes bipróprios”.

Cumpramos ressaltar que dentro dos crimes contra a propriedade intelectual existem situações onde se lida com o comércio lícito de um lado e de outro o comércio ilícito. Esta prática é conhecida como pirataria, realizada através da reprodução/contrafação/falsificação abusiva ou não autorizada, que será objeto de análise mais adiante; ressalvada a modalidade de concorrência desleal, onde há

¹³⁰ Código Penal de 1999, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 22/1987, de 11 noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia e Real Decreto 114/2000, de 28 enero. Crea y regula la Comisión Interministerial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

¹³¹ LATORRE, Virgilio. **Protección penal del derecho de autor**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p.90 e 125.

uma disputa entre empresas legais que se utilizam de artifícios antiéticos. Observa-se, portanto, que nos crimes contra a propriedade intelectual não raro se tem a presença de empresas envolvidas, o que é outro fator distintivo desta modalidade criminosa em relação aos crimes patrimoniais.

3.3 A estrutura da propriedade intelectual no Brasil

As raízes históricas da propriedade intelectual se encontram no Estatuto do Monopólio inglês de Jaime I, enquanto que na legislação brasileira remontam ao ano de 1809, através de um alvará concedido por João VI, marcando o Brasil como uma das quatro primeiras nações no mundo a legislar sobre o tema. Já em sede de direitos autorais, temos como marco histórico nacional a lei de criação das Faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo em 1827.¹³²

Por aqui, a discussão terminológica também teve seu cenário. Na defesa dos “direitos do pensamento” apresentavam-se Barreto e Tenório, enquanto que Octácio, na linha de Batiffol utilizava-se das palavras do Imperador D.Pedro II, para quem o pensamento não pode ser objeto de propriedade, já que não se transfere, apenas comunica-se, defendia a expressão “bens intelectuais”.¹³³

É Espínola que volta a aplicar o sistema dualista¹³⁴ de proteção ao trazer os direitos de autor, então denominado de “direitos intelectuais-literários, artísticos e científicos” no capítulo do Código Civil relacionado aos bens, enquanto que a propriedade industrial (“as marcas industriais e o nome comercial”) se localizavam no direito comercial relacionado nos atos de comércio; foi esta a classificação seguida nos currículos das Faculdades de Direito. No contexto latino-americano citam-se dois exemplos: a “propriedade imaterial” denominada por Goldschmidt e a “propriedade industrial e intelectual” utilizada por Boggiano.¹³⁵

Inicialmente cumpre apresentar um conceito de propriedade intelectual, que pode ser compreendida como uma espécie de propriedade sobre bem imaterial. Ou seja, na ótica das leis comerciais e civis brasileiras, seria o poder de usar, utilizar, fruir e dispor de uma coisa (material ou imaterial), podendo ainda reavê-la de

¹³² BARBOSA, 2003, p.04, 11 e 112.

¹³³ BARBOSA, 2003, p.112.

¹³⁴ Pontes de Miranda dividiu os direitos em “bem incorpóreo intelectual” e “bem incorpóreo industrial”. BASSO, 2000, p.40.

¹³⁵ BASSO, 2000, p.39 e 45.

quem quer que injustamente a possua ou detenha, nos limites legais. Um conceito mais apropriado, considerando os aspectos constitucionais do tema, é apresentado por Pimentel: “A Propriedade Intelectual é um conjunto de princípios e regras jurídicas que regulam a aquisição, o uso, o exercício e a perda de direitos sobre ativos intangíveis diferenciadores que podem ser utilizados no comércio”.¹³⁶

Segue Pimentel explicando que a propriedade intelectual possui elementos diferenciadores (novidade, originalidade e distinção). Seu principal objetivo é evitar a concorrência desleal, já que as criações protegidas permitiriam ao titular a exclusividade no comércio. Esta exclusividade não é absoluta, pois está sujeita a algumas restrições e limites legais, como no caso de segurança nacional e da licença compulsória, bem como ter duração limitado a determinados prazos, inclusive, a falta de uso de algumas espécies pode acarretar a caducidade.

Relembrando que o aporte normativo internacional da propriedade intelectual se encontra na Convenção da União de Paris e na Convenção de Berna que criou a OMPI, ambas criadas nos anos 80 do séc.XIX.

Na visão de Basso, as Convenções de Paris e Berna, “se diferenciam dos tratados e convenções anteriores, em razão de seus fins preponderantemente jurídicos, trazendo a propriedade intelectual como grande tema impulsionador rumo à formação de um “direito internacional privado comum”. Principalmente porque a construção jurídica da matéria teve sua maturidade científica com a inclusão da OMC-TRIPS, que trouxeram uma perspectiva econômica internacional, aumentando o “poder de mercado e o desenvolvimento do comércio internacional”; finalmente os direitos de propriedade intelectual encontraram seu lugar na ciência do Direito.”¹³⁷

No Brasil, além das convenções citadas e outros quatro tratados em vigor¹³⁸, o sistema de propriedade intelectual inicialmente está amparado nos incisos IX, XXVII, XXVIII, XXIX do art.5º da Constituição Federal de 1988, que tradicionalmente era dividido em duas partes, mas hoje apresenta um terceiro sistema. Todo o acervo legal engloba por enquanto cinco leis ordinárias distintas,

¹³⁶ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e universidade**: aspectos legais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.18.

¹³⁷ BASSO, 2000, p.107, 109 e 125.

¹³⁸ Tratados sobre propriedade industrial: dois acordos bilaterais com o Panamá e o Uruguai, e duas convenções, Interamericana de 1911, de Buenos Aires, para patentes, desenhos e modelos industriais, e a Interamericana de 1923, de Santiago do Chile, sobre marcas e nomes industriais.

que através da patente, registro e do certificado, respectivamente, concedem o título de propriedade intelectual. A divisão atual é Propriedade Industrial, Direito Autoral e um sistema *sui generis*:

1) Propriedade Industrial, lei n. 9.279/96, considerando o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País determinado no artigo 2º da lei, compreende cinco espécies de proteção:

a) concessão de patentes de invenção e modelos de utilidade: um direito exclusivo concedido temporariamente a um inventor, cujo objeto de invenção deve preencher três características: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial;

b) concessão de registro de desenhos industriais: protegem os aspectos estéticos (forma, textura, desenho e cor) de um objeto, além de suas características técnicas;

c) concessão de registro de marcas, incluindo, título de estabelecimento e sinal de propaganda: direitos exclusivos para utilizar signos distintivos (símbolos, combinação de cores, figuras, letras, formas ou nomes) com o objetivo principal de induzir/causar a confusão ou associação ao consumidor;

d) repressão às falsas indicações geográficas. Identificam a origem geográfica específica de um produto, dividido em:

- indicação de procedência: conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço;

- denominação de origem: designa produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos;

e) repressão à concorrência desleal. Determina regras e condutas para permitir a liberdade comercial e evitar atos excessivos. Nos quatorze incisos do art.195 da lei, estão previstos os crimes:

- Informações do concorrente: inc.I (publicidade falsa) e inc.II (falsa informação);

- Captação de clientes: inc.III (desvio de clientela), inc.IV (propaganda dispersiva), inc.V (uso indevido de nome comercial), inc.VI (substituição de nome);

- Propaganda: inc. VII (falsa atribuição de recompensa);
- Produto Alterado: inc.VIII (fraude em embalagens alheias);
- Relação empregatícia: inc.IX (corrupção ativa de empregado); inc.X (corrupção passiva de empregado);
- Informações não divulgadas: inc.XI (violação de segredo de fábrica), inc.XII (utilização, divulgação ou exploração de conhecimentos ou informações obtidos por meios ilícitos ou fraudulentos) c/c § 1º (inclui empregador, sócio ou administrador da empresa), inc.XIV (divulgação, exploração, utilização de resultado de testes e outros dados, destinados a entidades governamentais) c/c § 2º (não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização do produto, quando necessário para proteger o público);
- Propriedade Intelectual: inc. XIII (venda, exposição ou oferecimento à venda de objeto protegido pela propriedade intelectual).

2) Direito Autoral¹³⁹, lei n. 9.610/98-LDA e art.184 do CP, Dec.Lei n. 2.848/40:

a) direitos de autor em obras literárias, artísticas e científicas, e direitos conexos: direitos exclusivos aos criadores de obras estendidos parcialmente aos artistas intérpretes ou executantes, produtores e empresas;

b) base de dados: direitos exclusivos na forma de expressão da estrutura da coleção de dados;

c) programa de computador, lei n. 9.609/98: protege o código fonte e o código objeto, recebem o mesmo tratamento jurídico da LDA, mas com direitos morais limitados. As demais documentações (descrição do programa e material de apoio) são protegidas pela LDA.

3) Sistemas *sui generis*, que apresenta proteções híbridas:

¹³⁹ A doutrina e os órgãos especializados trazem algumas práticas saudáveis e seguras para a proteção do direito autorial: obra técnica com resultado sujeito à patente, primeiro providenciar o devido registro depois realizar eventual publicação; atenção nas citações de fonte, transcrito ou parafraseado; busca bibliográfica sobre o conteúdo da obra para evitar possível plágio. Sites importantes: <<http://www.bn.br/Script/index.asp>>; <<http://www.pastadoprofessor.com.br>>; <<http://www.persocom.com.br/brasil/plagio1.htm#registro>>; <<http://www.plagiarism.com>>;

a) cultivares, lei n. 9.456/97: direitos concedidos aos melhoristas de variedades vegetais novas (variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior);

b) topografia de circuitos integrados, lei n. 11.484/07: desenho de circuitos integrados de computadores;

A OMC, através do Acordo TRIPS, já apresenta uma divisão diferente, pois considerou padrões relativos à existência, à abrangência e ao exercício de direitos: direitos de autor e direitos conexos; marcas; indicações geográficas; desenhos industriais; patentes (produto ou processo); topografias de circuitos integrados; proteção de informação confidencial e controle de práticas de concorrência desleal em contratos e licenças.

Existem diferenças também entre ordenamentos jurídicos nacionais. O sistema de propriedade intelectual da Argentina, por exemplo, é dividido em Propriedade Industrial e Intelectual. Na primeira integram as marcas (lei n. 22.362/1980), designações (art.27 a 30 da lei n. 22.362/1980 e art.300 do Código de Comércio), as invenções e os descobrimentos (lei n. 111), os desenhos e modelos ornamentais (Dec.Lei n. 6.673/1963), segredos industriais (art.156 do CP) e a concorrência desleal (também no art.159 do CP). Enquanto que o regime legal da propriedade intelectual encontra-se na lei n. 11.723/1933, com alterações da lei n. 23.741, abarcando além dos direitos de autor, o programa de computador e as compilações de dados.¹⁴⁰

Não obstante a diferença nas divisões, através do Decreto n. 1.355/1994, o Brasil incorporou ao direito interno os resultados da Rodada Urugui de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT de 1994. Tais direitos além de serem aplicáveis aos nacionais e domiciliados no país, estendem-se aos estrangeiros residentes, já os não residentes não tem direito constitucional à propriedade intelectual, assegurados pelos tratados internacionais em vigor no Brasil.¹⁴¹

¹⁴⁰ LEDESMA, Julio C. **Derecho penal industrial**. Buenos Aires: Depalma, 1987 e LEDESMA, Julio C. **Derecho penal intelectual**. 2.ed.atual.ampl. Buenos Aires: Universidad, 2002.

¹⁴¹ "O que não é possível (...) aos aspectos internacionais da Propriedade Intelectual, é supor uma prevalência dos tratados sobre a nossa ordem constitucional. Nosso sistema não o permite em nenhuma hipótese". BARBOSA, 2003, p.102-103.

Em síntese, os direitos de propriedade intelectual, são exercidos sobre direitos contratuais de cessão ou licença voluntária¹⁴² e divididos conforme já demonstrado.

Possuem entre si como elemento comum, a imaterialidade do seu objeto (incorpóreo e intangível), sendo considerados pela legislação civil como bens móveis, visando à proteção dos elementos diferenciadores de outras criações. Por isso a exigência de certas características como a novidade, originalidade e a distinguibilidade, sendo que o principal efeito econômico (direito patrimonial) é a exclusividade pelo titular por determinado lapso temporal.

Já suas diferenças encontram-se principalmente nos “objetos de proteção e reflete-se na diferente natureza dos direitos concedidos”.¹⁴³ Ou seja, na obrigatoriedade ou não de registro; um incide principalmente sobre *idéias*, enquanto que o outro sobre *expressões*; um protege o uso, o outro a cópia desautorizada.

Dentro do direito autoral, com natureza um pouco diversa, a terminologia *copyright* é utilizada nos países do *common law*, “pois para eles o que importa é o resultado final, não o processo de criação e os investimentos intelectuais. Por isso, admite-se a titularidade de uma pessoa jurídica, sendo que o direito moral, quando reconhecido, o é em certos limites, do contrário, é negado”. Já nos países do *civil law* ou de tradição romano-germânica, a autoria é atribuída apenas à pessoa física, que por sua vez, é a única passível de titularidade originária de um direito autoral. Isto porque consideram a pessoa jurídica uma ficção, sem capacidade criativa, permitindo a ela apenas adquirir o direito autoral à título derivado, o que permite a aquisição da titularidade, porém nunca da autoria e, por conseqüência, jamais terão direitos morais, privativos do autor original; é desta diferença que surgiu o conceito pluralista de autor.¹⁴⁴

Uma das grandes virtudes deste sistema, tanto dos direitos de autor como do *copyright*, é a possibilidade de se conferir uma proteção extraterritorial, através das convenções internacionais, garantindo aos autores os seus direitos, mesmo além dos limites territoriais do país. Sendo necessário, no entanto, que lá fora (no

¹⁴² Distinção mais apurada entre os termos “cessão” e “licença” encontra-se na obra de CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Software**: Direito autoral e contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.72-75.

¹⁴³ PIMENTEL, 2005, p.18-20.

¹⁴⁴ BASSO, 2000, p.195.

país em questão) aquele seja signatário de uma convenção sobre o assunto e que preveja e efetive tais direitos.¹⁴⁵

Aproveitando, oportuno também apresentar a diferença conceitual entre Direito Autoral e Direitos de Autor. Aquele pode ser entendido como gênero, pois abrange não só a proteção ao autor, como ao titular e conexos, enquanto que o Direitos de Autor é específico à proteção da criação e sua utilização econômica, não abarcando os terceiros diretamente interessados (titular e conexos).¹⁴⁶

3.3.1 Figuras típicas prevista no ordenamento nacional

A demonstração da confusão gerada pelo excesso de legislação pode ser feita em relação a propriedade intelectual no Brasil que é composta por cinco leis mais o art.184 do CP. Cada uma destas leis traz em seu texto figuras delitivas próprias, fato que por si só já complica e dificulta o conhecimento, entendimento e aplicação legal porque, quase sempre, ocorre o concurso aparente de normas, resolvido pelo princípio da especialidade. Alguns exemplos de artigos conflitados: Código de Defesa do Consumidor (art.67), Lei da Economia Popular (art. 2º, III e V, art.3º, inc.VII), Código Penal (arts.154, 155, 168, 175, 272, 273, 275), Lei de Contravenções Penais (arts.20, 44, 55 a 77).

Assim, podemos dizer que a propriedade intelectual no Brasil está protegida pela previsão legal de 16 tipos penais, considerando apenas a quantidade numérica dos artigos e não os verbos nucleares de cada tipo, que muitas vezes apresentam em média três condutas possíveis.

Os crimes contra a Propriedade Industrial previstos na lei n. 9.279/96 estão assim divididos: Violação de privilégio de patente de invenção/ modelo de utilidade (art.183, incisos I e II, art.184, inc. I, com sete verbos, e inc.II e art.185); Violação de desenho industrial (art.187, com dois verbos, e art.188, inc.I, com sete verbos, e inc. II); Violação de marcas (art.189, inc.I, com dois verbos, inc.II e art.190, com sete verbos, incs.I e II); Violação de brasões, símbolos, etc., oficiais, estrangeiros/internacionais (art.191, com dois verbos); Violação de Indicação Geográfica (arts.192, com dois verbos, 193 e 194, com três verbos); Concorrência Desleal (art.195 com seus quatorze incisos e trinta e quatro verbos).

¹⁴⁵ LUPI, 1998, p.39.

¹⁴⁶ ORRICO JÚNIOR, 2004, p.113-114.

Já a lei autoral (lei n. 9.610/98) não prevê nenhum tipo penal, aplicando-se o art.184 do CP e seus parágrafos. Em relação à violação de direito autoral de programa de computador (lei n. 9.609/98), o art. 12 e seus parágrafos apresentam o tipo penal correspondente, que serão abordados em capítulo próprio.

Por fim, a lei de cultivares (lei n. 9.456/97) apresenta no art.37 a conduta de violação dos direitos do melhorista, distribuída em oito verbos, enquanto que a lei n. 11.484/07 trata no art.54, combinado com os arts. 26 e 36 da respectiva lei, da violação de topografia ou circuito integrado.

Não há previsão de figura culposa, sendo que, na grande maioria (aproximadamente dez dispositivos), o elemento subjetivo é o do dolo específico para “fins econômicos”. A objetividade jurídica desta espécie de criminalidade é a proteção que se faz da probidade, da lealdade e correção que devem orientar a prática industrial em seu significado mais amplo: para a indústria, o comércio e os serviços. Por isso, entende-se que a lei na espécie, protege o interesse do sujeito que exerce tais atividades e não dos consumidores.¹⁴⁷

Algumas figuras delituosas comportam a modalidade tentada, outros são permanentes, formais e acessórios, sendo em quase todos se aplica a hipótese de erro essencial (de tipo e de proibição).

Ainda, nos crimes contra a propriedade intelectual não há previsão legal da punição da pessoa jurídica e, na maioria dos casos, principalmente de concorrência desleal, os sujeitos são bipróprio, ou seja, tanto o sujeito ativo como o passivo precisam possuir uma qualidade especial, já que o bem jurídico é a proteção à liberdade de concorrência; portanto, precisam estar nesta situação.

A regra geral é que estes crimes são de ação penal privada, ou seja, o Estado apesar de conservar o seu *jus puniendi* transfere ao ofendido o direito pessoal do *jus accusationes*; cabendo ao ofendido ou seu representante legal a decisão de processar ou não criminalmente quem lhe ofendeu o bem jurídico.

Nas ações penais privadas vários institutos jurídicos são possíveis, ao contrário da ação penal pública, como é o caso da possibilidade da renúncia, do perdão, os efeitos da perempção, além talvez da mais importante, a decadência. Isto

¹⁴⁷ PIERANGELI, 2003, p.218.

porque, tendo o interesse individual se sobreposto aos interesses estatais, o processo criminal somente se iniciará se oferecida uma queixa-crime, no prazo decadencial de 06 meses, a partir da data do conhecimento da autoria do crime.

Na lei de Propriedade Industrial o crime de violação de brasões do art.191, é a única exceção em relação à ação penal, pois prevê a adoção da ação penal pública incondicionada. Da mesma forma que a lei autoral, através do art.186 do CP, seguido do parágrafo terceiro do art.12 da violação de programa de computador e, por fim, o parágrafo quarto do art.54 da violação de topografia/circuito integrado, que prevêem algumas exceções à ação privada.

As sanções civis estão previstas em todo o ordenamento jurídico e são muito semelhantes.

Na lei de propriedade industrial, os artigos 198, 202 e 209 trazem a previsão da apreensão e destruição das mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas, marca, etc., enquanto que os artigos 207 à 210, prevêem a possibilidade de indenização, perdas e danos e lucros cessantes, cujo prazo prescricional para ação civil é de 05 anos. No mesmo sentido é o art.37 da lei das cultivares e o art.54 sobre topografia de circuitos integrados.

Por fim, e não divergindo, na LDA, o art. 102 prevê a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível; o art. 103, a perda dos exemplares que se apreenderem e pagamento do valor dos que tiverem sido vendidos; o art. 106, a destruição de todos os exemplares ilícitos e os arts.107 e 109 o pagamento de perdas e danos e multa.

No que se refere as sanções penais, as semelhanças são menores e os problemas técnicos maiores, por isso neste momento serão apenas citadas, porque posteriormente serão analisadas com mais cuidado.

A lei de propriedade industrial estipula pena de detenção, com variações entre as penas abstratas, porém a mínima é de 01 mês enquanto que a máxima não ultrapassa 01 ano, sendo a multa prevista alternativamente. Desta forma, aplicável os procedimentos do Juizado Especial Criminal/JEC, lei n. 9.099/95, cuja ação penal é, em regra geral, privada. As regras processuais serão analisadas com mais detalhes no decorrer da pesquisa.

Em relação à topografia de circuitos integrados, a previsão também é de pena de detenção de 01 à 04 anos e multa, via ação penal privada. Já quando se trata da lei de cultivares, o art.37 trouxe um grave problema na redação do tipo penal. Explicando melhor, no mesmo artigo se redigiu o tipo penal, porém apenas estipulou sanções civis, não determinando as penais, o que gera nulidade absoluta ao dispositivo, em virtude da violação do princípio da legalidade.

Concluindo, a LDA, junto com a lei de programa de computador e o Código Penal, trazem basicamente as figuras conhecidas popularmente como plágio e pirataria, punindo-as com penas de detenção e reclusão, cujo mínimo abstrato é de 03 meses e o máximo de 04 anos, com multa cumulativa e alternativa. Assim, o procedimento penal tanto pode ser de ação penal pública ou privada, realizado na justiça comum estadual, federal ou JEC, dependendo da gravidade da violação.

Isto ocorre porque, por tratar-se de crimes cuja lei processual prevê procedimento especial (art.524 e seguintes do CPP, alterado parcialmente pela lei n. 10.695/03), não se aplica as regras gerais, principalmente no que se refere à decadência, mas sim o prazo decadencial de 30 dias, a contar da homologação do laudo pericial.¹⁴⁸

Tais crimes normalmente deixam vestígios, e por isso, o processo precisa ser precedido de uma medida cautelar preparatória, oportunidade em que a parte interessada solicita mandado de busca e apreensão¹⁴⁹ dos objetos, que serão periciados atendendo as normas processuais. Posteriormente o juiz homologará o laudo pericial¹⁵⁰, tendo então a parte interessada 30 dias para oferecer a queixa-crime acompanhada desta medida cautelar preparatória.¹⁵¹

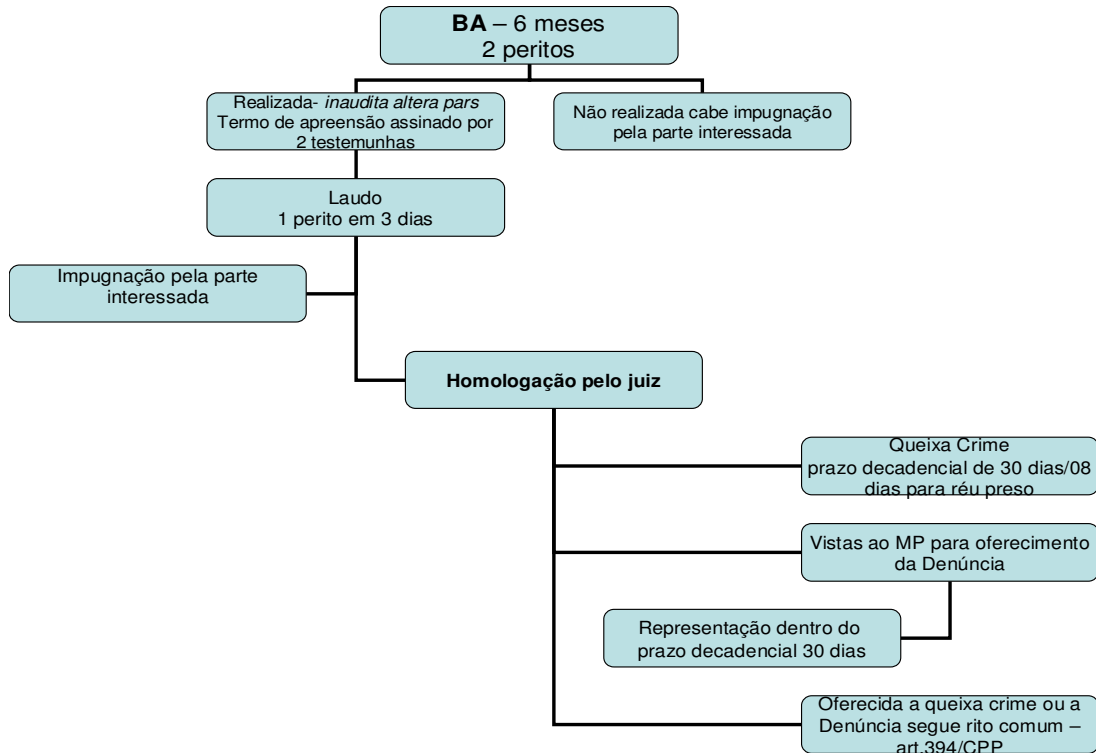
As seqüências dos atos, desta primeira e mais importante etapa, estão representadas no organograma que segue:

¹⁴⁸ Vide: TJSC, Habeas corpus n. 00.022970-9, de Balneário Camboriú, relator Des. Jaime Ramos, j.03/01/2001.

¹⁴⁹ "O mandado de busca e apreensão é dispensável em estabelecimento comercial aberto ao público". TJSC, APR n. 04.029359-7, de Brusque, rel. Des. Irineu João da Silva.

¹⁵⁰ TJSC, Mandado de Segurança n. 2004.008973-2 de Palhoça, res.De. Amaral e Silva, j.em 17/08/2004.

¹⁵¹ TJSC, Recurso Criminal n. 2002.016893-4, da Capital, relator Des. Amaral e Silva, j. 17/08/2004; TJSC, Recurso Criminal n. 98.009039-3, de Brusque, rel. Des. José Roberge; TJSC, Recurso Criminal n. 2000.020844-2, de Lages, relator Des. Irineu João da Silva, j.24/04/2001.



Exemplo do despreparo dos juízes criminais foi um caso concreto de violação de direito autoral de obras litero-musicais que haviam sido utilizadas de forma indevida em campanha eleitoral, cuja medida judicial de busca e apreensão foi realizada em 04.11.1988. Porém, entre idas e vindas recursais, diante da negativa do juiz de primeiro grau em conceder o direito, por desconhecer as normas procedimentais, somente em 26.06.1992 – quase quatro anos – tiveram os autores a homologação e finalização do procedimento pré-processual (medida cautelar preparatória), para só então, poder oferecer a queixa-crime correspondente.

Recebida e iniciada a ação penal privada, no mesmo ano foi formalizado pedido de desistência da autora, já que neste ínterim de quatro anos, havia conseguido provimento em ação ordinária de indenização, em grau de recurso junto ao STJ, cuja parte da ementa merece transcrição por demonstrar claramente a deficiência apontada:

A confusa interpretação do rito pré-processual pelo Juízo, trouxe prejuízos inequívocos aos autores (...). Custou tempo e sacrifício para os seus patronos, sobrecarregou a máquina judiciária, além do desgaste sofrido pela Justiça, na

medida em que aqueles que bateram a sua portam ficaram mais desiludidos com relação a sua eficácia e ao cumprimento da prestação jurisdicional.¹⁵²

Não obstante o julgado datar de quase quinze anos atrás, muita coisa não mudou, pois a reflexão realizada pelo professor mineiro Neto, à época dos fatos, ainda encontra pertinência, seja pela necessidade da proteção judicial, cuja importância nunca se olvidou, mas também por comprovar a ineficiência do instrumento de proteção penal:

certo de que o atual estágio social não absorveu com nitidez os contornos do crime contra a Propriedade Intelectual - possivelmente pelo caráter abstrato que caracteriza a criação intelectual - por isso mesmo ele deverá ser estudado com mais atenção, examinando com mais verticalidade, porquanto inibir a violação da Propriedade Intelectual pelas vias do Judiciário é uma das formas de fortalecer o trabalho de criação intelectual, erradicar do nosso meio a prática de sua violação, fortalecendo o trabalho de criação artístico, demonstrando para o seu autor que a criação intelectual vale a pena porque está protegida.¹⁵³

Existe ainda, mais uma norma processual passível de ser aplicada. Trata-se dos Juizados Especiais Criminais, das justiças estadual ou federal, aplicável às condutas consideradas de menor potencial ofensivo, tendo como tais, as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima abstrata não ultrapasse dois anos (lei n. 10.259/01 e art.61 da lei n. 9.099/95); de todos os crimes contra a propriedade intelectual apenas três artigos prevêem pena acima de dois anos, todos os demais se encontram dentro do limite dos JEC's.¹⁵⁴

Cumpra observar que, adotado este procedimento, muitos dos institutos jurídicos próprios das ações penais privadas ficaram comprometidos, mas em contrapartida há maiores facilidades na composição civil entre ofendido e autor da infração, sendo que o aspecto punitivo fica relegado a casos extremos.

Destarte, se de um lado temos um excesso de leis sobre o tema propriedade intelectual, acarretando conflitos aparentes de normas, dificultando o conhecimento pela sociedade, de outro o procedimento dos Juizados acaba compensando com sua filosofia de "oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação" (art.2º da lei n. 9.099/1995).

¹⁵² RT-695/1993.

¹⁵³ NETO, 1993, p.295.

¹⁵⁴ TJSC, Apelação Criminal n. 2002.025751-1, de Lages, relator Des. Irineu João da Silva, j. 04/02/2003.

A natureza e o interesse econômico da propriedade intelectual ficam ainda mais latentes quando se analisa o procedimento determinado pela lei brasileira para a instauração do processo penal, que na realidade está servindo para três finalidades específicas: instrumento de coação, produção da prova judicial e título executivo de futuro processo civil que servirá apenas para liquidação do *quantum* indenizatório.

É o que comprova o seguinte julgado do STJ, que permite ao terceiro não necessariamente prejudicado pela violação da propriedade intelectual, a legitimidade ativa para a medida cautelar mencionada, com todos os perigos dela decorrentes: “A ação penal relativa aos crimes contra a propriedade imaterial é de iniciativa privada. Assim, personalíssima. O corpo de delito, inclusive homologação, entretanto, pode ser colhido e providenciado por terceiro. Uma vez obtido, constitui fato relevante”.¹⁵⁵

A finalidade jurídica do direito penal, *o jus puniendi*, raramente é alcançado, seja em virtude do tipo de ação penal (privada), que permite o instituto do perdão até o trânsito em julgado, seja pelo rito adotado (JEC) que busca a composição civil entre as partes. Quando tais fatores inibidores não acontecem, há ainda a falta de conhecimento jurídico dos próprios operadores do direito, principalmente dos aplicadores, como será apontado na seqüência.

3.3.2 Plágio, pirataria e condutas similares

Os direitos da propriedade intelectual recebem proteção legal em diversas áreas jurídicas, principalmente nas esferas civil e penal; especificamente em relação aos direitos autorais inclui-se a esfera trabalhista. Portanto, dependendo dos objetivos da parte interessada, é possível acionar independentes esferas judiciais a fim de buscar a proteção garantida pela propriedade intelectual.

Isto é importante ressaltar porque determinadas terminologias, bem como certas punições, apenas podem ser utilizados e aplicados na esfera penal, caracterizando formas de contrafação, que é sinônimo de reprodução não autorizada ou falsificação.

¹⁵⁵ RESP 57540/SP - 6ª Turma, DJU 20.11.95, p. 39642.

O Tribunal catarinense já se pronunciou, “contrafação que não se confunde com plágio, é a reprodução de obra intelectual sem a vontade do autor, seja ou não mediante a indicação de seu nome.”¹⁵⁶

Desta forma, a propriedade intelectual pode ser violada criminalmente mediante diversas condutas, dentre elas conhecemos popularmente os termos plágio e pirataria, além das condutas típicas previstas nas várias leis esparsas que compõem este macro sistema jurídico.

De todas as dezesseis figuras típicas, a maioria poderia vir a ser caracterizada como pirataria (desde que preenchidos seus requisitos posteriormente analisados), e que muitas vezes é confundida com o plágio, cujas características e diferenças serão a partir de agora analisadas.

3.3.2.1 Plágio

A conduta do plágio, ao contrário da doutrina brasileira, recebeu da espanhola um tratamento cuidadoso; em virtude disso a escolha desta fonte para integrar este sub-capítulo.

O termo plágio, ou *plagium*, *plagiator*, deriva do grego ‘plágios’, que significa dolo ou fraude, e bem se adaptaram aqueles que cometem furto intelectual com meios fraudulentos. Muitas doutrinas utilizam-se de termos distintos, porém com o mesmo sentido: a argentina optou pelo verbo usurpar, a francesa e a italiana falam em contrafação, outras tantas citam violação, contravenção e infração.¹⁵⁷

A primeira definição de plágio que se tem conhecimento é de que se trata do ato de se apropriar do trabalho intelectual alheio. Consta que o Tribunal de Milão, em sentença de 30 de junho de 1887, considerou o plágio como “a apropriação de pensamentos ou trabalhos alheios para desfrutar-los em trabalhos próprios.”¹⁵⁸

Para Algardi é “toda simulação de criação intelectual em uma obra derivada em todo ou em parte através do conhecimento ou mediante a reprodução ou a elaboração da obra tutelável pertencente a outro.” Para Queralt, “é uma cópia, ocultando e defraudando o autor do original”; enquanto que Bajo Fernández assinala

¹⁵⁶ Apelação cível n. 42.848, da Capital, rel.Des.Alcides Aguiar, j.01.12.1994. No mesmo sentido: TJSC, gravo de Instrumento n.2003.008457-6, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j.15.09.2003.

¹⁵⁷ LATORRE, 1994, p.173.

¹⁵⁸ LATORRE, 1994, p.177.

que consistiria na “suplantação da personalidade do autor que se suprime e aniquila como tal criador, colocando outro em seu lugar.” Finalmente, Nieto sintetiza que com o plágio tem-se dois atos: a apropriação do pensamento ou trabalho criador do outro e o fingimento de originalidade.¹⁵⁹

Bastos, autor brasileiro, apresenta a definição de plágio como sendo:

o ato de apresentar, como sendo própria, obra ou parte dela, produzida por outra pessoa, constituindo violação de direito intelectual. Consiste na usurpação da idéia de outrem, publicando e imitando, com exatidão, obra literária produzida, apropriando-se da qualidade de autor.¹⁶⁰

E continua o autor afirmando que a figura do plágio também é conhecida como “furto literário”, porque “é fundado na cópia de obra alheia, na exata reprodução do que, em obra de outrem, está escrito, em parte ou no todo, sem qualquer referência à fonte de onde o texto foi reproduzido”.

Finaliza Bastos dizendo que o plágio, além de ser “uma usurpação aos direitos do autor,” também pode tomar “o caráter de contrafação quando há reprodução fraudulenta da obra alheia, objetivando lucro por parte do apropriante, com manifesto prejuízo patrimonial do seu autor.”

Poucos foram os julgados brasileiros encontrados que tratavam deste tema. Na íntegra do acórdão relatado pelo Desembargador Aguiar, tem-se o ensinamento para a figura do plágio: “não houve plágio, posto que a mera cópia assim não pode ser denominada”. Segundo o expert “para que haja o plágio, necessário se faz que ocorra o elemento que o caracteriza, ou seja: o DISFARCE”.¹⁶¹

Não obstante o reconhecimento jurisprudencial da figura do plágio há quem entende que ele “não está definido em lei como tipificadora de um ato ilícito, apenas a contrafação”. Na obra dos autores Pimenta se encontra uma vasta referência sobre o tema.¹⁶²

Conforme Latorre, a doutrina espanhola apresenta várias figuras derivadas do termo falsificação, como a suplantação, diferenciando-as do plágio,

¹⁵⁹ LATORRE, 1994, p.177-178.

¹⁶⁰ BASTOS, Aurélio Wander (Org.). **Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, p.218.

¹⁶¹ Apelação cível n. 42.848, da Capital. j.01.12.1994.

¹⁶² PIMENTA, Eduardo S. Rui Caldas. **Dos crimes contra a propriedade intelectual**. 2.ed.rev.ampl.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.163-165 e 178.

apenas na vocação lucrativa que não existiria nesta, ou ainda, apresentando subespécies de plágios, o que vem a demonstrar com que profundidade o tema chegou a ser analisado.¹⁶³

Giuriati apresenta uma diferença entre falsificação e plágio. Entende o autor que naquele existe um proveito econômico, é gênero, apesar de respeitar a paternidade, subtrai todo o benefício, enquanto que neste apenas um direito moral, sendo espécie, desvirtuando a paternidade. Assim, defende que o plágio é pessoal, enquanto a usurpação é material; ao que cabe então concluir, que “o plágio viola a relação autor-obra em seu aspecto ideal, e a usurpação a relação autor-obra em seu aspecto material”.¹⁶⁴

Enquanto Casabona entende que tanto plágio como usurpação, significam a mesma coisa, há quem discorda, como é o caso de Latorre. No plágio haveria uma conduta de copiar-imitar, enquanto que na usurpação uma ação de copiar-suplantar. Explica o autor que apesar de ambas as figuras partirem da atividade de copiar, uma o faz por meio de imitação (plágio *stricto sensu*) e a outra simplesmente suplantando (usurpando) a paternidade do autor. Ou seja, no primeiro caso pode haver uma transformação da obra, o que não acontece no segundo caso onde a obra fica intacta e quem sofre é apenas o autor. Por sua vez, Alegardi vai explicar que a essência do plágio nem estaria tanto na negação desta paternidade mencionada por Giuriati, mas sim na falsa afirmação de uma relação de gênese criativa entre o plagiador e a obra.¹⁶⁵

Com o advento da internet, plagiar ficou ainda mais fácil. No ciberespaço esta conduta é denominada de “cyberplagiarim”, sendo que o primeiro relatório que estudou profundamente este fenômeno foi realizado pelo *Journal of the Royal College of Surgeons de Edinburgh/JRCSEd*¹⁶⁶, que para encontrar plágio em um artigo acadêmico adotou uma poderosa ferramenta a www.plagiarism.org.¹⁶⁷

¹⁶³ LATORRE, 1994, p.181.

¹⁶⁴ LATORRE, 1994, p.174-175.

¹⁶⁵ LATORRE, 1994, p.183 e 176.

¹⁶⁶ O JRCSEd é uma revista indexada em várias bases de dados bibliográficas, incluindo Biological Abstracts, EMBASE, Current Contents, Index Medicus / MEDLINE, e outros, e é bimestral publicado pelo Colégio Real de Cirurgiões de Edimburgo.

¹⁶⁷ Considerado o mais sofisticado *site* de busca para detectar plágio, tendo sido desenvolvido por Barrie e Presti. Outro programa bem conceituado é o *Glatt Plágio Screening Program* visto que detecta o plágio através da análise do estilo de escrita. A adoção de “watermeters”, já em uso para imagens digitais, também é um mecanismo de proteção interessante, já que identifica a fonte de onde um determinado texto foi tirado. Além do exemplo da empresa Xerox que desenvolve o *Digital Rights Propriedade Language/DPRL*, produto que tornam

Inclusive esta foi a definição apresentada para a conduta do plágio, pelo Comitê sobre os E.U. Ciência, Engenharia e Política Pública: “utilizando a expressão de idéias ou de outra pessoa, sem dar crédito apropriado”.

Interessante é a análise na relação existente entre o plágio, transformação, interpretação e execução artística que uma obra pode sofrer. Entendem que o processo de transformação consiste em uma verdadeira imitação, porém de menor potencialidade do que a cópia absoluta e a mera imitação, porque aqui existe um determinado e mínimo trabalho criativo; da obra existente nasce uma derivada e dependente. Portanto, apenas quando se anula ou ignora o autor original se teria um delito de plágio, do contrário no máximo haveria uma infração civil dos direitos de exploração. E é Porras que resume a hipótese onde seria cabível um delito penal: somente quando estiver em jogo um direito moral do autor, nada mais.¹⁶⁸

Tentar transportar os princípios da imitação servil, a ser trabalhado no item 4.2.1.1, para o campo das idéias do direito autoral, comparando-o com o plágio, é possível porque a base é idêntica, ou seja, usurpação intelectual.

Na jurisprudência italiana e francesa, vem surgindo de forma lenta a noção de usurpação dos investimentos intelectuais, dando por ilícito o aproveitamento dos estudos e desenvolvimento técnico dos concorrentes, sem nenhum acréscimo pessoal e original do “usurpador”; por conseqüência, havendo este investimento se caracterizaria a figura da obra derivada, prevista e autorizada na lei autoral brasileira. Tal mudança viria ao encontro com o que Barbosa defende, que a proteção aos investimentos nas áreas técnicas terá necessariamente que ser temperado pela prevalência do interesse público.¹⁶⁹

Outro ponto que mereceu a atenção da doutrina espanhola é a questão dos critérios para a determinação do plágio, já que a cópia servil pode adotar distintas formas.

impossível a redistribuição de conteúdo digital, não sendo uma tecnologia de proteção de documento, nem de conteúdos, estes realizado através do *Xerox Auto Proteger Documento/SPD*. © Eysenbach Gunther. Originalmente publicado no Journal of Medical Internet Research (<http://www.jmir.org>), 31.3.2000. Eysenbach G Relatório de um caso de cyberplagiarism - e reflexões sobre a detecção e prevenir a má conduta acadêmica utilizando a Internet. Internet J Med Res 2000; 2 (1): e4 <URL: [Http://www.jmir.org/2000/1/e4/](http://www.jmir.org/2000/1/e4/)>.

¹⁶⁸ LATORRE, 1994, p.186.

¹⁶⁹ BARBOSA, 2003, p.325-329.

Dependendo do método utilizado para a averiguação do plágio poderá haver injustiças, assim, para distinguir entre uma cópia servil, uma hábil modificação da obra original ou uma simples coincidência criativa, foram propostos diferentes métodos: identidade do objeto, semelhança, a extensão, critério estético, moral e social. Nos últimos anos apresentou-se um novo critério através dos conceitos de criação e prestação, no sentido de que a valorização deve ser feita considerando a projeção, através da obra intelectual, de emoções, sensações e estado de ânimo.¹⁷⁰

Este reconhecimento ocorre através da “individualidade da representação”, “individualidade sintética”, “originalidade orgânica” ou “estrutura orgânica”, denominações que significam a mesma coisa, ou seja, reconhecimento do procedimento criativo subjetivo, fenômeno que cria uma amalgama psicofísica do nascimento da idéia criativa: as fontes, inspirações, de que se serviu o autor e as formas que adotou para a formulação da criação (*iter criativo*), através do uso de sua inteligência, ideologias e personalidade.¹⁷¹

Utilizar qualquer outro critério, ignorando um juízo analítico e complexo de todos os elementos que permeiam um processo “mágico de alquimia” criativa, é analisar o plágio de maneira automática e perigosa. Por isso, Goblot traz uma receita simples: para que sejam idênticos, é preciso que ninguém possa distinguir-los; o idêntico não é o que não foi distinguido, mas sim o indistinguível.¹⁷²

Na hipótese de haver plágio de obras idênticas, o que não é de todo impossível, apesar de difícil, a recomendação doutrinária é de outorgar a proteção a ambas. Esta posição se baseia no fato de que o que se protege, não é a originalidade objetiva, mas sim a subjetiva, isto é, o esforço pessoal do autor.¹⁷³

Já o plágio inverso consiste em atribuir uma obra a um autor que não a criou, a fim de aproveitar-se de sua fama e mérito. Vários autores, entre eles Zapatero, Rivas, Veja, Porras e Laporta, são contra a inclusão desta conduta como espécie de plágio, por entenderem que trata-se na verdade, e aqui começa a divergência entre eles, de crime de falsidade, fraude, uso indevido de nome, contra a imagem ou crime contra a honra, mas jamais no âmbito do direito de paternidade

¹⁷⁰ LATORRE, 1994, p.188-189.

¹⁷¹ LATORRE, 1994, p.190-191.

¹⁷² LATORRE, 1994, p.188.

¹⁷³ LATORRE, 1994, p.200.

autoral, até porque a lei de propriedade intelectual protege o autor em relação a violações feitas nas suas obras, criadas, determinadas e concretas, não o contrário.¹⁷⁴

Por último, as versões *Cover* de uma obra causaram algumas confusões principalmente na prática forense espanhola, pois confundiram cópia com imitação, o autor com o intérprete. A doutrina rechaçou com veemência a Sentença do TS S2^a de 14-2-84, que considerou a versão *cover* como uma das modalidades de plágio mais características. Esta discussão foi trazida pelo autor Latorre, concluindo, ao final, que o dano sofrido pelo consumidor confundido na aquisição errônea de uma fita cassete *cover* de um artista famoso, não é da seara da propriedade intelectual e sim das fraudes ao consumidor, propaganda enganosa ou qualquer outra que regula as relações de consumo.¹⁷⁵

Repetindo, tanto a figura do plágio como a da pirataria, são apenas uma das espécies de violação à propriedade intelectual, e que até pouco tempo atrás estavam limitados ao direito autoral. Ocorre que, nos últimos tempos, o termo pirataria alçou uma dimensão além da imaginada. Por isso, após ser visto *an passant* a forma de tratamento da figura conhecida como plágio, cumpre adentrar no tema mais importante para esta pesquisa: a origem e a real definição do termo "pirataria".

3.3.2.2 Pirataria e condutas similares

Resgatando o passado, a Enciclopédia Britânica¹⁷⁶ nos ensina que ao longo da história, a pirataria sempre esteve presente e vinculada ao comércio marítimo, com registros reportando ao ano 1.000 aC. Referiam-se a ataques realizados em embarcações que transportavam mercadorias pelos mares, aproveitando-se de certas circunstâncias como lugar, tempo, lentidão, que as tornavam frágil, facilitando o trabalho dos piratas no saque da carga. A cultura da pirataria era considerada parte da tradição de certos lugares e uma maneira aceitável de ganhar a vida, embora ilegal.

¹⁷⁴ LATORRE, 1994, p.204.

¹⁷⁵ LATORRE, 1994, p.205-208.

¹⁷⁶ Disponível em: <http://search.eb.com/failedlogin?target=/>. Acesso em 10 novembro 2008.

Possivelmente o ponto histórico que fomentou a pirataria, que até então era praticada apenas com fins econômicos e privados, foram as guerras européias durante o Renascimento, oportunidade em que os Estados contratavam corsários para atacarem embarcações militares inimigas.

Como pagamento pelos serviços, era autorizado aos corsários, uma quota dos bens e objetos adquiridos com a pilhagem da embarcação. Além disso, como consequência dos ataques, os tripulantes que sobreviviam se viam desempregados, circunstância que facilitava a transferência deles à serviço dos seus algozes.

Encerrada a guerra, os corsários não quiseram largar o negócio lucrativo, e mesmo sem a devida “licença” continuaram na atividade, o que os levou à semelhança dos então piratas; a partir daí ficou difícil distinguir entre guerra de corso e pirataria.

É com base neste histórico que a pirataria refere-se “ao roubo ou qualquer outra ação violenta, para fins privados e sem autorização do poder público, cometidos no mar ou no ar normalmente fora da jurisdição de qualquer Estado”.¹⁷⁷

Observa-se que a pirataria acontece onde o Estado não está presente, normalmente nas áreas internacionais, sendo por isso considerada pelo direito internacional, uma ofensa contra o direito das nações, objetivando interesses privados e não políticos.

O ato não é, *a priori*, contra o Estado e sim contra particulares de quaisquer nações, desde que tenham valor patrimonial passíveis de serem roubados.

Com o passar dos tempos, agregando a evolução tecnológica, a globalização e o fim da guerra fria, a pirataria foi organizada e acabou sendo tolerada por alguns países. Da mesma forma criou uma afinidade com o terrorismo, ultimamente estamos presenciando o terrorismo marítimo, com seqüestros não apenas das embarcações como dos marinheiros e tripulantes¹⁷⁸, panorama que despertou a preocupação mundial ao tema “Pirataria”.

¹⁷⁷ *any robbery or other violent action, for private ends and without authorization by public authority, committed on the seas or in the air outside the normal jurisdiction of any state.* JENKINS, John Philip. Piracy. Encyclopædia Britannica. 2008. Encyclopædia Britannica Online. 10 Nov. 2008 <<http://www.search.eb.com/eb/article-9060153>>.

¹⁷⁸ Em 2004 um recorde 86 marinheiros foram seqüestrados, e em quase todos os casos, o resgate foi pago.

Já se estuda os vários tipos de pirataria, do mais comum (assalto à navios em alto mar), aos ataques profissionais e elaborados, com ações planejadas em cumplicidade/conivência de funcionários locais.

O absurdo da competência criminal criou sindicatos do crime transnacional, que inclusive empregam piratas para pilhar (saquear) os navios.¹⁷⁹

Este avanço da criminalidade num nível global trouxe a conduta pirata para terra firme, cuja nomenclatura está sendo utilizada para identificar as violações à propriedade intelectual; é em virtude disso que atualmente se afirma que a pirataria está tomando um novo rumo.

Neste contexto, Vibes classifica a pirataria em dois tipos: a pirataria “negra” e a “branca”; a primeira seria a realizada por quem opera no mercado negro, difíceis de detectar e carentes de ativos na hora de se intentar uma reparação pelos danos que geram. Enquanto que a pirataria “branca” seria aquela praticada por sujeitos que se dedicam a infringir os direitos intelectuais de forma sistemática, ou ao menos em grande escala, e a diferença com os anteriores é que estes possuem ativos e meios econômicos que eventualmente servirão para indenizar os afetados.¹⁸⁰

Entende o autor que no primeiro caso apenas a sanção criminal poderia dissuadir o pirata, contrariamente ao segundo, quando uma condenação patrimonial, no âmbito civil, já surtiria efeitos de prevenção e repressão, pois acredita que a responsabilidade civil deve ser instrumento de controle social e um elemento orientador de condutas ilícitas.

Analisando as regras definidas pela OMPI, OMC e TRIPS, bem como as leis e doutrinas nacionais, não foi encontrado nenhuma definição convincente do que seria a conduta denominada de "pirataria".

¹⁷⁹ BURNETT, John S. Piracy on the High Seas. Britannica Book of the Year, 2006. 2008. **Encyclopædia Britannica Online**. 10 Nov. 2008 <<http://www.search.eb.com/eb/article-9403604>>.

¹⁸⁰ VIBES, Federico. Piratería de software y reparación de daños. In: PETRONE, Aldo (dir). **Cuadernos de propiedad intelectual**. n.03, ed.1, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.260 e 267.

O Escritório de Patentes norte-americano/USPTO define Pirataria como sendo “cópia ou distribuição de obras protegidas ou produtos sem a permissão do verdadeiro proprietário/autor de uma propriedade intelectual”.¹⁸¹

A OMC, no seu glossário de termos define a Pirataria como:

a reprodução não autorizada de materiais protegidos por direitos de propriedade intelectual (como direito de autor, marcas de fábricas ou de comércio, patentes, indicações geográficas, etc.) feita com fins comerciais, e comércio não autorizado dos materiais reproduzidos.¹⁸² (tradução nossa)

O art. 69¹⁸³ e 51¹⁸⁴ do Acordo TRIPS trazem regras para a cooperação internacional, porém separam os objetos passíveis de serem reproduzidos, ou seja, tratam de mercadorias de marca de fábrica ou de comércio falsificadas e mercadorias piratas que lesionam os direitos de autor, definindo estas como:

quaisquer cópias feitas sem o consentimento do titular do direito ou de uma pessoa autorizada por ele no país de produção e se realize diretamente ou indiretamente, a partir de um artigo quando a realização dessa cópia tenha constituído uma violação do direito de autor ou um direito conexo ao abrigo da legislação do país importador. (tradução nossa)

A União Européia, no artigo primeiro, item 2, letra b, do Regulamento n. 3295/94/CEE¹⁸⁵, traz a definição do que seriam mercadorias piratas:

¹⁸¹ *Copying or distributing protected works or products without the permission of the true owner/author of an intellectual property.* Disponível em: <<http://www.uspto.gov/go/kids/kidantipiracy02.htm>>, acessado em 10 Nov. 2008.

¹⁸² *Reproducción no autorizada de materiales protegidos por derechos de propiedad intelectual (como derecho de autor, marcas de fábrica o de comercio, patentes, indicaciones geográficas, etc.) hecha con fines comerciales, y comercio no autorizado de los materiales reproducidos.* Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/glossary_s.htm>, acessado em 10 Nov. 2008.

¹⁸³ *Cooperación internacional. Los Miembros convienen en cooperar entre sí con objeto de eliminar el comercio internacional de mercancías que infrinjan los derechos de propiedad intelectual. A este fin, establecerán servicios de información en su administración, darán notificación de esos servicios y estarán dispuestos a intercambiar información sobre el comercio de las mercancías infractoras. En particular, promoverán el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades de aduanas en lo que respecta al comercio de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y mercancías pirata que lesionan el derecho de autor.*

¹⁸⁴ *Art.51.Suspensión del despacho de aduana por las autoridades aduaneras. Nota de rodapé n.14. Para los fines del presente Acuerdo: a) se entenderá por "mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas" cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven apuesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación; b) se entenderá por "mercancías pirata que lesionan el derecho de autor" cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habrá a constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.*

¹⁸⁵ *b) mercancías piratas: las mercancías que sean, o incluyan copias producidas sin el consentimiento del titular del derecho de autor o de los derechos afines o de un titular de un derecho relativo a un dibujo o modelo registrado o no con arreglo al Derecho nacional, o de una persona debidamente autorizada por el titular en el país de producción, en el caso de que la realización de estas copias lesione dicho derecho, con arreglo a la legislación comunitaria o a la del Estado miembro de importación en el que se presente la solicitud de*

as mercadorias que contenham ou são cópias feitas sem o consentimento do proprietário dos direitos de autor e direitos conexos ou um titular de um desenho ou modelo registrado ou que não estejam em conformidade com a legislação nacional, ou de uma pessoa devidamente autorizada pelo proprietário no país de produção, no caso em que a realização dessas cópias viole esse direito nos termos da lei ou do Estado-Membro de importação em que se apresente o pedido de intervenção das autoridades aduaneiras.(tradução nossa)

No mesmo sentido é o item 3, que assemelha a proibição “a todo e qualquer molde ou matriz destinado ou adaptado especificamente a fabricação de tais mercadorias.”

As leis nacionais em nenhum momento citam o termo "pirataria", o mesmo não ocorre com a doutrina, há inclusive autores que classificam a pirataria em três espécies: pirataria comercial, privada e laboral,¹⁸⁶ enquanto o Dicionário Brasileiro de Propriedade Intelectual e Assuntos Conexos apresenta a Pirataria como sendo:

a atividade de copiar ou reproduzir, sem autorização dos titulares, marcas ou patentes, livros ou impressos em geral, gravações de som e/ou imagens ou ainda qualquer suporte típico que contenha obras intelectuais legalmente protegidas inclusive *software*.¹⁸⁷

Na obra de Goyanes, o autor se refere ao “titular do domínio pirata”, a “abstenção de uso e cancelamento do registro pirata” quando analisa marcas violadas por meio da internet. Além disso, ao tratar de desenhos industrial, cita a “pirataria de desenhos de jóias”.¹⁸⁸

Em artigo publicado em revista jurídica, cujo título desperta atenção – “Pirataria: conceitos e equívocos sobre o tema” – De Sá tenta esclarecer estes problemas de conceituação. Até porque, pirataria, “pelo senso comum”, serviria para “definir o conjunto de atos ou procedimentos ilícitos, envolvendo pessoas físicas, jurídicas ou o concurso dessas, com vistas à produção, distribuição e venda de artigos”, mais adiante o autor faz sua diferença com o termo contrafação. Assim, enquanto aquela “é a atividade de copiar, reproduzir ou utilizar indevidamente”, esta

intervención de las autoridades aduaneras; Disponível em: <http://www.cde.ua.es/dsi/nov99pc.htm>. Acesso em 22 novembro 2008.

¹⁸⁶ PIMENTA, 2005, p.179.

¹⁸⁷ BASTOS, 1997, p.217.

¹⁸⁸ GOYANES, Marcelo. **Tópicos em propriedade intelectual**: marcas, direitos autorais, designs e pirataria. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.181 e 291.

representaria a produção “por imitação, reproduzir fraudulentamente ato ou coisa. Concluindo, portanto, que pirataria é uma espécie do gênero contrafação”.¹⁸⁹

O problema é que na leitura completa deste artigo, percebe-se que o autor realiza o mesmo equívoco de vários outros quando divide a propriedade intelectual em apenas duas espécies: propriedade industrial e propriedade intelectual como sinônimo de Direito Autorais. Esta denominação gera mais dúvidas como se verá na decorrer da pesquisa.

Para Correa cópias piratas são “reproduções sem autorização de seu titular com o fim de obter um lucro mediante sua venda”. Para o autor a cópia pirata “é objeto de comercialização – geralmente a um preço muito inferior ao da copia legítima – pelo que se distingue da copia privada, já que não dá motivo ao pagamento de um preço”.¹⁹⁰

A confusão aumenta quando se analisa o conceito apresentado pelo Conselho Nacional de Combate à Pirataria/CNCP, no parágrafo único do artigo primeiro do Decreto n.5.244, de 14 de outubro de 2004, que delimita o conceito apenas a duas espécies de bens protegidos pela propriedade intelectual: “Entende-se por pirataria, para os fins deste Decreto, a violação aos direitos autorais de que tratam as Leis nos 9.609 e 9.610, ambas de 19 de fevereiro de 1998.”

A própria denominação do conselho talvez mereça uma releitura porque ele dá a entender que pirataria estaria fora do âmbito da propriedade intelectual, quando na realidade é uma espécie de violação aos direitos por ela protegidos. Além disso, leva a outro equívoco muitas vezes encontrado em referências de ponta sobre o tema.

Propriedade intelectual é gênero, dividido em três espécies, propriedade industrial, direito autoral e *sui generis*, ou seja, engloba tudo, mas costumeiramente se lê apenas propriedade industrial e propriedade intelectual ou direitos autorais e propriedade intelectual, ou seja, se encontra as mais diversas combinações, que tornam insegura a redação, compreensão e aplicação das normas legais.

¹⁸⁹ SÁ, Helio Sabino de. PIRATARIA: Conceitos e equívocos sobre o tema. Revista jurídica **JUSTILEX**. ISSN 1676-7373, ano VI, n.70, out.2007, p.36-39.

¹⁹⁰ CORREA, Carlos Maria. **La protección del software y los países en desarrollo**. Córdoba: CALAI, 1987, p.05.

Este equívoco tampouco foi esclarecido, ainda, pela jurisprudência brasileira, e os meios de comunicação aumentam, ainda mais, a confusão terminológica. Observa-se esta situação dos tribunais nacionais em alguns destaques de acórdãos, todos do STJ. Não há uma devida conceituação dos termos e condutas previstas em lei, utilizando o termo “pirataria” nas mais diversas situações. Seguem alguns exemplos:

Após analisar a lide acerca de “decisões administrativas concessivas de extensões de itinerários e alterações de itinerários de linhas regulares”, concluiu o Ministro relator em relação ao **transporte pirata**, que “a manutenção da liminar é um estímulo à ilegalidade e à pirataria. Se não têm o ônibus, as pessoas recorrerão aos 'alternativos'(fl. 14)”. Agora analisando crime de receptação de sinal afirmou outro Ministro, que o réu “havia sido preso por estar realizando **pirataria nos aparelhos da NET**”.¹⁹¹

Continuando a confusão, encontrou-se a seguinte redação num acórdão: “em Ação ordinária em que se apurou **pirataria de marca** pelo embargante-apelante.” Já um Recurso Especial apresentou em sua ementa que não havendo prova da **pirataria de sementes**, não há como acolher as pretensões cominatória e indenizatória(...).¹⁹²

Para concluir esta amostragem, apresenta-se passagem transcrita neste acórdão “(...) cassar liminarmente a patente, seria negar a atuação do órgão administrativo, e quiçá, contribuir para a proliferação da odiosa **pirataria do conhecimento** (...)”.¹⁹³

Cumprido destacar que todas estas decisões são relativamente recentes, posteriores a 1998, e que apesar disto existem outros julgados que compreendem bem os limites do termo exemplificado nos ensinamentos do Min. Delgado¹⁹⁴: “Esclareceu o Min. Relator tratar-se de apreensão de algo ilícito: sem autorização e sem nota fiscal e, enfim, de **pirataria, porque está fora do comércio legalizado**. “

¹⁹¹ Pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.023, da comarca do Rio de Janeiro, proc.n 2009/0035587-1. Agravo de Instrumento Nº 1.012.655 - RS (2008/0022457-9).

¹⁹² Agravo de Instrumento Nº 887.675 - MS (2007/0083570-8). Recurso Especial Nº 686.025 - GO (2004/0120756-8).

¹⁹³ Petição n.1.019, do Distrito Federal (98/0074351-0).

¹⁹⁴ STJ, EREsp 441.573-SP, Rel. originário Min. José Delgado, Rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 23/8/2006. Informativo nº 0294.

Ou seja, o termo “pirataria” está basicamente vinculado ao comércio irregular ou ilegal, na contramão deste entendimento o problema se agrava quando se aplica o termo aos temas relacionados à informática:

Entretanto, em momento algum do feito mostrou interesse em trazer aos autos as notas fiscais ou mesmo comprovar as licenças de uso dos aludidos programas. Conclui-se, por conta disso, que **os softwares encontrados em suas máquinas foram clandestinamente adquiridos.**

Essa assertiva, no entanto, não é capaz de fazer tratar-se de contrafação. Para isso seria necessário a comprovação de reprodução dos programas, ou, pelo menos, instrumentos que indicassem a possibilidade de reprodução destes programas. Razão assiste à ré quando alega inexistir qualquer prova da contrafação. O que se tem é apenas uma utilização irregular, sem licença, dos famigerados softwares. (...)

Na lide em apreço, conforme alhures indicado, **não está comprovada a contrafação, apenas a compra de softwares "piratas"**. Mesmo assim, por ter adquirido do comércio irregular estas cópias, deve a ré, além de perder os produtos, indenizar a autora, proprietária dos programas.¹⁹⁵

Observe-se que o julgado entende que contrafação seria apenas o ato da reprodução e não o ato de comprar bem contrafeito, ou mesmo, a utilização irregular, sem a correspondente licença. Afirmando, ainda, que esta utilização irregular seria a conhecida conduta da “pirataria”, ou seja, neste caso, pirataria seria a utilização irregular de objeto contrafeito.

Em relação ao desconhecimento técnico, cursos de aperfeiçoamento já resolvem o problema, porém, no caso da definição dos termos jurídicos, é necessário um movimento maior.

Desta forma, verifica-se que não há uma definição jurídica, correta e completa, do que compreenderia a conduta da "Pirataria". E mesmo ela não sendo a mais adequada para representar a conduta da reprodução não autorizada, após transcrever e analisar como o termo é utilizado pelas instituições citadas, propõe-se a seguinte classificação de Reprodução em duas espécies:

- a) a reprodução autorizada, portanto legal;
- b) a falsificação: reprodução não autoriza, portanto ilegal, que é subdividida em três hipóteses denominadas de contrafação, pirataria e plágio:

¹⁹⁵ TJSC, Apelação Cível n. 2003.027025-6, de Blumenau, j.10/08/2006.

b.1) contrafação: a reprodução não autorizada ou abusiva, sem fins comerciais; ex: criar um modelo de calçado e colocar a marca de outra empresa (contrafação de marca), para fins pessoais.

b.2) pirataria: a reprodução não autorizada ou abusiva, com fins comerciais (dolo específico); ex: copiar um modelo de calçado produzido por uma determinada empresa, incluindo a imitação da marca original, para fins comercializáveis, praticando com isso uma forma de competição comercial ilícita.

b.3) plágio: a reprodução fraudulenta, que seria a usurpação dolosa da qualidade de autor.

A pirataria, desta forma, é uma espécie do gênero falsificação, uma cópia realizada desrespeitando os direitos de autor de duas formas: reprodução sem autorização do titular ou abusiva (além da autorização concedida). Desta reprodução ilegal decorrem várias outras condutas ilegais.

Porém, a pirataria não se confunde, por exemplo, com o furto, porque neste a vítima perde a propriedade do bem; não se trata de contrabando, porque apesar de ambas serem proibidas, neste não é necessário que os bens sejam falsificados; do mesmo modo que no descaminho, tem-se uma irregularidade de cunho fiscal ou tributário.

Como visto, de todas as leituras realizadas, nenhuma apresentou um conceito adequado, completo e geral do que seria a conduta da pirataria. Assim, após uma análise sistêmica tanto da doutrina, dos julgados, dos textos legais e, principalmente, do direito consuetudinário, definiu-se a Pirataria como sendo: **o ato típico de reprodução não autorizada ou abusiva de objeto comercializável, protegido pela propriedade intelectual, bem como qualquer outro ato que permita a circulação ou utilização do objeto pirateado para fins comerciais.**

Esta proposta de definição vai ao encontro do art.69 do Acordo TRIPS, que prevê a cooperação internacional para coibir o comércio internacional de bens que violem os direitos de propriedade intelectual, ou seja, engloba não só as violações autorais, como também as industriais e as *sui generis*. O conceito é mais amplo, porém determina uma finalidade específica e ilícita: atos para comercialização. É mais fácil adaptar a lei ao entendimento popular do que o contrário.

Analisando todas as condutas ilícitas previstas no ordenamento nacional, podemos indicar como passíveis de serem identificadas como pirataria, dentro do conceito proposto, as condutas previstas nos seguintes dispositivos: art.184, I e II, art.188, I e II, art.189, II, art.190, I e II, art.191, art.192, art.193, art.194, art.195, VIII, todos da LPI. Art. 184, §1º, 2º e 3º do CP, art.12, §1º e 2º da Lei de Programa de Computador, art.37 da lei n. 9.456/97 e art.36, II e III da lei n. 11.484/07.

Portanto, a diferença básica entre o plágio e a pirataria, pode ser assim sintetizada:

a) o plágio é uma espécie de furto ou furto literário, com violação dos direitos morais e patrimoniais, porque alguém atribui a si, como autor, obra ou partes de obra de outrem, utilizando-se de disfarce na cópia para enganar o leitor e o autor. Não podendo se confundir o plágio com a conduta permissiva da imitação livre, que faz uso da utilização de idéias, métodos, formas ou sistemas, porém as expressa de forma original, própria, sem reprodução alheia. Esta conduta está materializada no *caput*, art.184 do CP: “Violar direitos de autor e os que lhe são conexos”.¹⁹⁶

b) a pirataria é uma imitação servil, de baixa qualidade e imitando o máximo possível produto original, por isso não há omissão da autoria, mas sim da sua autorização, o que acaba, portanto, violando apenas os direitos patrimoniais; é a reprodução de objeto original para fins de comércio, não autorizado pelo autor, ou de forma abusiva, além do permitido por este.

Citando como exemplo legal o mesmo art.184, que nos seus parágrafos 1º, 2º e 3º, pune condutas piratas, quando realizadas com o dolo específico da obtenção de lucro direto ou indireto, tais como a reprodução, venda, aluguel, aquisição, entre outras formas de oferecimento ao público de conteúdo protegido por direito autoral.¹⁹⁷

¹⁹⁶ O verbo “Violar” compreende vários atos, como ofender, infringir, transgredir, através da publicação, reprodução ou modificação de obra protegida pelo direito autoral. Ocorre que o dispositivo é uma norma penal em branco, pois o Código não conceitua “direito autoral”, porém a doutrina afirma que os direitos autorais abrangem: a) Obras literárias – livros e outros escritos; b) Obras científicas – livros ou escritos contendo exposição, elucidação ou crítica dos resultados obtidos pela ciência, em todos os ramos, inclusive as obras didáticas; c) Obras artísticas – trabalhos de pintura, escultura e arquitetura, desenhos, obras dramáticas, musicais, cinematográficas, coreográficas ou pantomímicas, obras de arte gráfica ou figurativa, bem como trabalhos de tv; d) Direitos conexos: direitos dos artistas intérpretes (arts.90 a 92) ou executantes da obra literária ou artística, dos produtos fonográficos (arts.93 e 94) e da empresas de radiodifusão (art.95).

¹⁹⁷ TJSC, Apelação Criminal n. 2003.010636-7, de São Francisco do Sul, relator Des. Solon d’Eça Neves, j. 02/09/2003. No mesmo sentido: Apelação Criminal n. 2008.010068-9, de Tubarão, j. 18/06/2008.

A confusão gerada na utilização de tais termos advém da falta de preparo técnico e cuidado científico no trato do tema propriedade intelectual. Isto porque, ainda nas faculdades de Direito geralmente não há uma disciplina específica e obrigatória para tratar da propriedade intelectual, o que leva ao desconhecimento de seus conceitos básicos.

Somado a falta ou pouco acionamento do Poder Judiciário para analisar lides nesta área, o que auxilia no despreparo e desinteresse dos juristas. Ainda, esta situação é alimentada pela imprensa que fomenta jargões populares na identificação e denominação de certas condutas sem o apuro técnico-jurídico necessário.

3.3.3 Causas excludentes que limitam o “direito de exclusiva”.

Verificando que em matéria de propriedade intelectual estamos na realidade tratando de uma forma de privilégio e não um direito de propriedade, ainda assim as garantias são pontuais:

Um direito exclusivo de Propriedade Intelectual é, por definição, um título legítimo pelo qual se adquire uma posição de mercado; mesmo se essa posição é objetivamente exclusiva, sem alternativas reais para o consumidor, ou seja, um monopólio de sentido econômico(...).¹⁹⁸

Quando da diferenciação entre o direito de propriedade com o direito de exclusiva, já foi apontado a questão dos limites legais. Restrições impostas pela lei, tanto no que se refere à determinadas situações, como ao lapso temporal, que, decorrido, transfere para o domínio público o acesso, sem ônus, da informação.

A regra dos três passos (*three-step test*), contida na Convenção de Berna e adotada pelo Acordo TRIPS, é a bússola que direciona as hipóteses passíveis de serem adotadas pelos países na limitação do direito de exclusiva: a) em certos casos especiais; b) quando não conflitam com a exploração comercial normal da obra; c) e quando não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.¹⁹⁹

Desta forma, a legislação de propriedade intelectual e as normas penais brasileiras trazem excludentes/conduas permissivas, que retiram o caráter criminoso

¹⁹⁸ BARBOSA, 2008, p.234.

¹⁹⁹ Cláusulas que se encontram: CUB (OMPI) – art. 9.2, TRIPS (OMC) – art. 13, Diretiva europeia 91/250/CEE (programa de computador) – art. 6.3, Diretiva europeia 96/9/EC (base de dados) – art. 6.3, Diretiva europeia 2001/29/EC (sociedade da informação) – art. 5.5.

da conduta, bem como delimitam o prazo para o domínio público, conforme pode ser visto na LPI, nos arts.10, 18, 43, 45, 98, 100, 109, 110, 129 par.1º, 132, 180, 181, 195, par.2º; na LDA nos arts.46, 47, 48, no CP no art.184, par.4º e as excludentes legais da parte geral: tipicidade (arts.15,17,20), ilicitude (art.23) e culpabilidade (arts.21,22,26,27,28). Na lei de programa de computador, o art.6, na LPC o art.10 e, finalmente, a LTCl no art.37.

Por uma questão metodológica e sistemática, começa-se a transcrição dos artigos da parte geral do Código Penal, por serem causas excludentes aplicáveis em regra a todos os tipos penais. Deixa-se para citação final os dispositivos referentes ao direito autoral e programa de computador, a fim de incluir na seqüência a análise do tema específico, na visão da lei norte-americana e da União Européia.

a) tipicidade (arts.15,17 e 20): uma das formas de se absolver alguém é caracterizar as denominadas excludentes de tipicidade, que tornam o fato atípico, excluem algum elemento integrante do fato típico (tipo legal, conduta, resultado e relação de causalidade) e por conseqüência retiram a punibilidade. Tais causas encontram-se nos arts.15, 17 e 20 da parte geral do CP e, como as demais, são aplicáveis em regra geral a todas as condutas ilícitas. O ponto em comum das três é que elas se resolvem pela análise do resultado: desistência, impedimento ou sua não ocorrência.

No mesmo dispositivo, identificado pelo art.15, constam duas excludentes. A Desistência Voluntária, que somente ocorre antes de o agente esgotar o processo executivo, ou seja, por livre (e não necessariamente espontânea) vontade desiste no meio do *iter criminis*, não chegando ao final da fase de execução que é a consumação. Pode desistir por qualquer motivo, peso na consciência, aconselhamento de outrem, etc., inclusive o motivo ignorado não descaracteriza a excludente. Por sua vez, o Arrependimento Eficaz, impede a produção do resultado acontecendo após terminada a fase da consumação, portanto, exige o desenvolvimento de nova atividade, devendo esta ser eficaz, ou seja, realmente impedir a produção do resultado. Não se aplica nos crimes em que não haja lesão patrimonial direta e a restituição/reparação não pode ser feita por terceiros e deve abranger todo o prejuízo.

Da mesma forma, os motivos do desistente não interessam para o Direito podendo o agente responder pelos atos anteriores. Não há desistência voluntária quando o agente suspende a execução e continua a praticá-la posteriormente, aproveitando-se dos atos já executados. Importante não confundir: existirá a desistência voluntária sempre que o agente pode prosseguir, mas não quer; se ele quer, mas não pode, há tentativa. Ainda, o arrependimento eficaz com o instituto previsto no art.16 - Arrependimento Posterior, pois esta é causa obrigatória de diminuição de pena aplicada na terceira fase da dosimetria penal e não excludente.

A figura do crime impossível vem prevista no art.17 do CP, que adotou a teoria objetiva pura: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

Não havendo no crime impossível elementos objetivos da tentativa, além do bem jurídico não correr risco, não se pode falar sequer em tentativa, portanto, o agente não deve ser punido. As hipóteses de tentativa inadequada, como também é denominada a figura do crime impossível, são: ineficácia absoluta do *meio* de execução e impropriedade absoluta do *objeto* material. Precisa necessariamente ser absoluta, pois se for relativa haverá tentativa. Não havendo tentativa por ausência de tipicidade, não enseja a aplicação de pena nem de medida de segurança.

A última excludente de tipicidade é conhecida como “erro de tipo”, sendo talvez uma das figuras mais difíceis de compreensão. Isto porque o dolo deve abranger a consciência e a vontade a respeito dos elementos objetivos do tipo, assim, estará ele excluído se o autor desconhece ou se engana a respeito de um dos componentes da descrição legal do crime (conduta, pessoa, coisa, etc). A diferença com o crime impossível do art.17 é que no erro do art.20 o crime chega a acontecer.

Portanto, o erro sobre elementos do tipo, se equipara a ignorância, “o homem não sabe o que faz”. Desta forma pode eliminar a conduta dolosa através da configuração de três espécies de erro: 1) Erro essencial: impede a compreensão/consciência da natureza criminosa do fato; 2) Erro acidental: não exclui o dolo, pois possui consciência e vontade, apenas errou em algo que pode ser o objeto, a pessoa ou a execução (art.73), causando um resultado diverso do pretendido (art.74); 3) Erro determinado por terceiro: a provocação deste pode ser dolosa ou culposa.

b) ilicitude²⁰⁰ (art.23): todo fato típico é também antijurídico, salvo se concorre qualquer causa de exclusão da antijuridicidade/ilicitude, previstos no art.23 do CP; além das estipuladas na parte especial ou leis esparsas, quando então o fato permanece típico, mas não antijurídico. É antijurídico apenas aquele fato que pode ser julgado lesivo a um bem jurídico, assim, são quatro as causas de justificação.

Cumprе esclarecer, em relação à causa de justificação do inc.III, *in fine*, (no exercício regular de direito) por ser a única possível de ser aplicada ao tema pesquisado, que as obrigações de natureza social, moral ou religiosa, não determinadas por lei, não se incluem na justificativa; porém, o dever pode estar contido em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, seja lei penal ou extrapenal.

c) culpabilidade (arts. 21, 22, 26, 27 e 28): a culpabilidade é o terceiro elemento a completar a punibilidade (somado ao fato típico e a antijuridicidade) e diz respeito não mais ao crime em si, mas ao agente. É a atribuição de tal ato ao seu autor; a contradição entre a vontade do agente e a vontade da norma, sendo o juízo de valor que recai sobre o agente.

A Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, adotada pelo Código Penal, é vista como a possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com as circunstâncias concretas, podia e devia agir de modo diferente. A única forma do agente não ser responsabilizado pelo ato ilícito é estar acobertado por uma das cinco excludentes de culpabilidade.

Estas dirimentes, como algumas doutrinas costumam denominar, possuem basicamente a análise de dois aspectos: intelectual (entendimento) e volitivo (controle e comando da vontade). Com base nestes aspectos são divididas da seguinte forma:

1) Imputabilidade, arts. 26, 27 e 28: Na imputabilidade penal do art.26, o sujeito não é mentalmente são e incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. A doença mental completa ou incompleta deve existir no momento da prática da infração.

²⁰⁰ A reforma de 1984 do CPB mudou a nomenclatura para ilicitude, porque entenderam que era um equívoco chamar de antijurídico uma criação do Direito, o delito, que é essencialmente jurídico. BITENCOURT, 2008, p.295.

A imputabilidade em virtude da menoridade, art.27, que ocorre até os 18 anos, conforme critério biológico adotado pela lei é, portanto, de presunção absoluta, mesmo para menor casado. Cometendo o fato típico no dia do aniversário a orientação dominante é a aplicação da regra do art.10, portanto, responde pelo crime. Com a alteração das regras do Código Civil existiu à época muita controvérsia sobre sua aplicação ou não às regras do Código Penal e Processo Penal, porém atualmente não há maiores dúvidas quanto a sua não aplicação: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

Por fim, os fenômenos da Emoção/Paixão/Embriaguez, previstos no art.28, que não excluem por si só a punibilidade, porém é possível que a emoção e a paixão tenham cunho patológico e no caso pode ser aplicada a regra do art.26. Em relação a embriaguez, apenas a involuntária, acidental por caso fortuito ou força maior pode ensejar a inimputabilidade penal (absolvição).

2) Potencial consciência da ilicitude. Exceção ao brocardo *ignorantia legis neminen excusat*. O erro sobre a ilicitude do fato ou erro de proibição, incide sobre a existência da norma complementar, “o homem sabe o que faz” mas acredita que não é contrário à ordem jurídica. Por isso pode-se eliminar a culpabilidade. Talvez esta seja a hipótese mais adequada para explicar muitas das condutas denominada de “pirataria de programa de computador”, principalmente aquelas realizadas no âmbito doméstico, por total desconhecimento da ilicitude do ato. Este desconhecimento inclusive é corroborado pela aparente licitude e aceitação do comércio ilícito nas ruas públicas e a olhos vistos das autoridades.

As discriminantes putativas se aplicam a ambas as modalidades de erros: erro de tipo (má apreciação das circunstâncias de fato, aplica-se o art.20 par.1º) e erro de proibição (má apreciação dos limites jurídicos).

3) Exigibilidade de conduta diversa: Art. 22. A coação irresistível/obediência hierárquica é aplicável tanto à coação física como a moral irresistível. Em relação à obediência hierárquica esta não pode ser manifestamente ilegal, pois do contrário não há exclusão da culpabilidade, e o subordinado é culpado, pois atualmente, não se admite mais o cego cumprimento da ordem ilegal.

Considerando que no sistema militar não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem, o fato criminoso é imputável ao superior.

d) Violação de privilégio de patente de invenção/modelo de utilidade. Excludentes dos arts. 10, 18, 43 e 45 e o art.40, tratando do domínio público em 20 ou 15 anos (no art.33 do Acordo TRIPS a previsão é de 20 anos).

e) Violação de desenho industrial. Excludentes nos arts. 98, 100, 109 e 110, com o art.108 determinando o prazo de 10 anos para o domínio público (no art.26 do Acordo TRIPS a previsão é de 10 anos).

f) Violação de marcas. Excludentes nos arts.129, § 1º e 132, seguidos do art.133, com domínio público em 10 anos.

g) A Violação de Indicação Geográfica não entra nunca em domínio público e quanto a sua violação, possui apenas dois artigos que prevêm excludentes. O art.180 cita a hipótese de “quando o nome geográfico se houver tornado de uso comum, designando produto ou serviço, não será considerado indicação geográfica.”

Na seqüência tem-se o art.181 permitindo o uso e afirmando sua hipótese quando: “o nome geográfico que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem poderá servir de elemento característico de marca para produto ou serviço, desde que não induza falsa procedência.”

h) Na Concorrência Desleal, também não se fala em domínio público e tem-se apenas uma hipótese prevista no parágrafo segundo do art.195: “O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.”

i) Violação dos direitos do melhorista. O art.37, §3º remete a excludente para as hipóteses do art.10, prevendo o art.11 o domínio público em 15 ou 18 anos.

j) Violação de topografia ou circuito integrado. Excludente no art.37 e no art.35, o prazo de dez anos para a entrada no domínio público.

k) Violação de direito autoral. Excludentes no art.184, parágrafo 4º do CP e nos arts. 46, 47 e 48 da LDA, sendo que no art.41, desta lei, tem-se a previsão de domínio público em 70 anos (no art.12 do Acordo TRIPS a previsão é de 50 anos).

l) Violação de direito autoral ao programa de computador. Excludente do art.6 e no art.2º, §2º o domínio público em 50 anos, temas que voltarão a serem analisados no capítulo correspondente.

Como exemplo das hipóteses descritas nos incisos III e IV, do art.6º, por serem mais técnicos, importante a exemplificação fornecida por Orrico Júnior. No caso do inciso III a situação entre “os editores de texto ou planilhas de cálculo como o *Word* da Microsoft e o *WordPerfect* atualmente da Corel, de um lado e o Lótus 123 da IBM e Excell da Microsoft do outro.” Já como exemplo de integração do inciso IV, a “aquisição de um banco de dados da Oracle, que se instala no sistema operacional *NetWare* da Novell, juntamente com o *Office* da Microsoft para montagem de um banco de dados a ser usado em um sistema de vendas por telefone,” permitindo ao operador realizar várias funções integradas entre estes programas.²⁰¹

Tendo em conta a competição mundial e a situação dos países em desenvolvimento, o custo do acesso ao conhecimento e a interpretação de duas hipóteses de limitações ao direito de exclusiva, o uso justo ou lícito (*fair use*) e o trato justo (*fair dealing*), devem receber atenção especial.²⁰²

Os Estados Unidos adotam o princípio conhecido como *fair use* (uso justo), previsto na seção 107, do *Copyright law*, onde a reprodução privada de uma obra em cópias ou registros sonoros ou qualquer outra forma pode ser considerada justa para fins de críticas, comentários, reportagem de notícias, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em sala de aula) e pesquisa – deve ter finalidade justa (social, cultural, etc.) e não substituir o original (pirataria). Segue, ainda, quatro fatores: a) o propósito e tipo de utilização, incluindo se o mesmo é de natureza comercial ou educacional sem fins lucrativos; b) a natureza do trabalho copiado; c) a

²⁰¹ ORRICO JÚNIOR, Hugo. **Pirataria de Software**. São Paulo: Autor, 2004, p.132.

²⁰² CORREA, 2005, p.244.

quantidade e proporcionalidade do copiado em relação ao todo; d) e o efeito do uso relativamente ao mercado potencial ou valor do trabalho sob direito de autor.²⁰³

Já foram utilizados outros fatores para a aplicação do *fair use*, como as práticas monopolistas, as práticas industriais e as políticas institucionais. Maiores informações acerca do tema podem ser encontrados no *case Basic Books*, na leitura do *Ensign Act* de 2001, que tratou da harmonização do *copyright*, tecnologia e educação, bem como nos anais da Comissão de *Fair Use* americana/CONFU.²⁰⁴

O *fair dealing* é um princípio similar adotado pelos ingleses e demais países cujo sistema jurídico está baseado no *common-law*. Um pouco mais restrito que o *fair use* porque a lei define de modo taxativo as hipóteses permitidas, que na realidade estão muito próximas das já mencionadas.

Dentro do princípio de que há um direito constitucional à livre cópia, cujos fundamentos foram apresentados por Barbosa, *a engenharia reversa apareceria como uma das práticas mais socialmente justas*. Esta afirmação estaria baseada na forma como a engenharia reversa é tratada por outras áreas:

As leis de proteção aos semicondutores reintroduziram a questão deste equilíbrio, de uma forma distinta do balanceamento das patentes (que não admite engenharia reversa) e do *trade secret* (que o supõe como essencial). Tais leis permitem especificamente o direito à engenharia reversa, e simultaneamente, proibem a cópia servil – ou seja, sem investimentos próprios do copiadador – durante certo prazo, mesmo no caso de topografias não registradas.²⁰⁵

A engenharia reversa pode ser explicada como um processo utilizado para estudar um programa, desmembrando-o minuciosamente através da inversão dos procedimentos utilizados na elaboração. E na opinião de Correa:

A proteção do código fonte do *software* pode dificultar a adaptação dos produtos as necessidades locais. Também pode limitar a competência no desenvolvimento de aplicações interoperativas ao não permitir inovações derivadas mediante o uso da engenharia reversa. Conforme o Acordo TRIPs, os países em desenvolvimento estão autorizados a realizar engenharia inversa do *software*.²⁰⁶

Somado, ao fato de sua aplicação já em algumas legislações, à exemplo da lei suíça de Concorrência Desleal de 1986, que exige dos competidores (legais) a realização de investimentos em engenharia reversa e a lei japonesa de Concorrência

²⁰³ <<http://www.copyright.gov/title17/circ92.pdf>>

²⁰⁴ CORREA, C.M. (2000), *Fair Use in the Digital Era*, UNESCO, Paris. Fonte: http://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/paper_correa.rtf.

²⁰⁵ BARBOSA, 2003, p.329.

²⁰⁶ CORREA, 2005, p.267.

Desleal de 1993, que proíbe de forma geral a imitação servil, limitando a aplicação da norma através de algumas regras específicas, como o lapso temporal. Isto vem demonstrar que, ao contrário da engenharia reversa, “a proibição de imitação não impede o progresso técnico, ressalva o domínio das patentes para proteger idéias e conceitos, e o interesse social na padronização e compatibilização industrial.”²⁰⁷

As exceções aos direitos de autor e aos direitos exclusivos de exploração do programa de computador nos EUA e na União Européia, se resumem basicamente nos seguintes casos:²⁰⁸

a) EUA (17 USC §117): cópia ou adaptação do programa de computador quando este é necessário para o uso do referido programa na máquina, para fins de arquivo ou no caso de manutenção/reparação da máquina, além das criações jurisprudenciais;

b) CEE (Diretiva n.91/250/CEE): o art.5.1 da Diretiva estabelece a desnecessidade da autorização do titular, para o caso do legítimo adquirente necessitar exercer os direitos previstos nas letras a e b do artigo 4, no sentido de reproduzir, traduzir, adaptar, ajustar ou modificar o programa, “de acordo com o fim a que esse programa se destina, bem como para a correção de erros”; situações que podem acarretar a execução de uma cópia de apoio e ou de *back-up*.

Além disso, o art.5.3, concede o direito de observar, estudar ou testar o funcionamento do programa, permitindo, por conseqüência, a descompilação dos programas (uma das etapas da engenharia reversa), a fim de conseguir a interoperabilidade dos sistemas.

Para legitimar a descompilação a lei européia exige que seja realizada pelo usuário legítimo, que não haja de forma alguma acesso à informação necessária para a interoperabilidade que se busca e, finalmente, limitação dos “atos àquelas partes do programa original necessárias para se conseguir a interoperabilidade.”

²⁰⁷ BARBOSA, 2003, p.330.

²⁰⁸ PIMENTEL, Luiz Otávio. CAVALCANTE, Milene Dantas. Patente de invenção e programa de computador. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **A proteção jurídica da propriedade intelectual de software: noções básicas e temas relacionados**. Série Platic. Florianópolis: IEL, 2008, p.64-72.

As informações adquiridas nesta operação não pode ser transferidas, utilizadas ou divulgadas, de forma à prejudicar os direitos de autor/titular do programa original.

Várias condutas praticadas atualmente e que configurariam em tese crime de pirataria de programa de computador, podem ser acobertadas por algumas das excludentes gerais citadas, isto sem fazer uso dos princípios e regras internacionais de limitação. Importante salientar que existirá crime mesmo que a obra seja utilizada para fins filantrópicos sem a devida autorização, “pois só faz uso do direito quem o tem”.²⁰⁹

Basta recordar, à título de exemplificação, o usuário que faz um *download*, ou desiste no meio da operação, seja por falta de tempo, seja por deficiência técnica do equipamento, da mesma forma aquele que vai até locais públicos e adquire um programa de computador vendido às claras e inclusive com garantias e nota fiscal e, por fim, os inúmeros atos da vida civil que atualmente somente podem serem exercidos via *on line* fazendo com que o cidadão se obrigue a ter a configuração exigida. Todos, hipoteticamente, poderiam fazer uso dos arts.15, 17, 20, 21 ou 23, III do CP, desde que bem adequados juridicamente à realidade do programa de computador.²¹⁰

3.4 Regulamentação do programa de computador frente às regras do Acordo TRIPS²¹¹

A complexidade do sistema de proteção da propriedade intelectual na sociedade de informação, delimitada no direito autoral que rege o programa de computador, demonstra a necessidade de se estudar o tema. Somado a este fato, estudos apontam o direito autoral como um dos três direitos fundamentais atingidos negativamente pela internet, seguido pelo direito de receber informações de fonte idônea e o direito da preservação da privacidade.

Isto porque o mundo digital fez nascer novas técnicas de reprodução, exploração e violação dos direitos, ou seja, aumentou de forma significativa tanto as

²⁰⁹ PIMENTA, 2005, p.208.

²¹⁰ STJ, HABEAS CORPUS Nº 102.240 - MG (2008/0058127-4), j. 26/03/2008; STJ, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 629.771 - RJ (2004/0130396-5), j. 31/03/2005.

²¹¹ Sub-capítulo construído com base na análise das leis secas, na obra do Prof.Dr.Luiz Otávio Pimentel e do texto da mestranda Diana Zerbini de Carvalho Martins: “A proteção jurídica do software e sua comercialização”.

possibilidades de lesão, seja em termos de qualidade como de quantidade dos direitos, acrescido da dificuldade de sua investigação. Desde o momento em que a informação deixa de ser um bem, mais ou menos tangível, e possa circular pela rede em poucos segundos, seu controle se torna muito mais difícil.²¹²

3.4.1 O domínio da internet nas relações comerciais e sua dependência com o programa de computador

A propriedade intelectual e a internet estão estreitamente relacionados, cabendo aquela, enquanto instituição jurídica, regular todas as implicações sociais e individuais derivadas da criação intelectual. Já a internet se nutre da informação que explora, fruto da criação intelectual, enquanto esta depende também da rede para difundir seu trabalho, diga-se que é uma relação “coparasitaria”, um se alimenta do outro.²¹³

Tais informações são difundidas de forma mais rápida e barata através da internet, que por suas características desenvolveu o comércio eletrônico.

Outra característica advinda da internet, proliferada neste mundo globalizado, foi o acesso por todos à economia mundial. Ou seja, não apenas as grandes empresas, mas as pequenas e mesmo o cidadão comum podem, com rapidez e baixo custo, praticarem atos de comércio, circunstância que fez com que qualquer um pudesse disputar espaço na rede; o comércio mundial mudou de cara e a competição aumentou, dando maior poder aos pequenos atores sociais.

Não obstante, alguns estudos já demonstram que a rede está sendo dominada por interesses comerciais e, a curto prazo, poderá ser controlada por um grupo pequeno de empresas, observe-se que atualmente a Microsoft e a Google disputam este controle, inclusive utilizando-se de algumas práticas que, acreditam alguns, violam a propriedade intelectual; enquanto uma está copiando livros, a outra está criando um banco de imagens, isto sem falar na febre do MP3 e dos vídeos caseiros. Seria o fim da idéia de que a rede mundial de computadores iria

²¹² MIRÓ LLINARES, Fernando. **Internet y delitos contra la propiedad intelectual**. Madrid: Fundación Autor, 2005, p.37.

²¹³ MIRÓ LLINARES, 2005, p.33.

democratizar o poder, a propriedade e o conhecimento, pois globalizada não poderia ser controlada por nada, nem ninguém?²¹⁴

Em estudo espanhol, Athanasekou tentou sistematizar os pensamentos doutrinários a respeito do papel da propriedade intelectual na atual sociedade da informação referindo-se principalmente a quatro teorias: radicalismo, revisionismo, tradicionalismo e maximalismo. O radicalismo considera a internet um novo espaço onde apenas são possíveis os direitos de autor, porém devendo ser substituído por outros sistemas; o revisionismo entende necessária norma de propriedade intelectual como instituição jurídica para servir ao direito geral de acesso à informação; o tradicionalismo considera que a propriedade intelectual apenas se adaptará à realidade atual do ciberespaço e que pode seguir respondendo aos interesses dos criadores e da sociedade e, finalmente, o maximalismo advoga o reforço dos direitos de propriedade intelectual para dar respostas as novas realidades da sociedade da informação.²¹⁵

A idéia passa por manter os incentivos na pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, porém protegendo os resultados da criação intelectual. Como já foi dito:

hoje, som, imagem, *softwares* e outros produtos podem ser difundidos através da internet e o controle de tal difusão torna-se essencial, pois as indústrias sobrevivem essencialmente cobrando pelas cópias vendidas e, os autores, pelos direitos autorais por cópia. A OMC, assim, se preocupa em elaborar formas de impedimento da reprodução ilegal de tais produtos.²¹⁶

Outrossim, há os que afirmam que a informação via internet, tornou-se um elemento estratégico decisivo da evolução e controle social e fator determinante no comportamento dos povos e seus governos, afetando diretamente as relações internacionais dos Estados; a quem afirma que a informação é hoje o principal bem de consumo.²¹⁷

Com o advento da internet, o computador aumentou sua capacidade de uso e importância na vida das pessoas. A rede, enquanto tecnologia da informação foi o motor impulsor das mudanças significativas da sociedade atual que vive a

²¹⁴ KAKU, William Smith. Comércio Eletrônico. In: BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC**: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p.165.

²¹⁵ MIRÓ LLINARES, 2005, p.27.

²¹⁶ KAKU, 2000, p.172.

²¹⁷ ASCENSÃO, 2006, p.19-20.

revolução da informática, dos desenvolvimentos tecnológicos no campo das telecomunicações e, sobre tudo, na possibilidade técnica de combinar-se com outras tecnologias.²¹⁸

Como já foi visto, o setor de Tecnologia da Informação é uma área estratégica, apontando-se como o grande fenómeno do final do século XX. Assume desta forma, importante participação no comércio mundial de serviços, principalmente no que se refere ao computador e serviços correlatos, o que por si só já justifica a delimitação do tema.

Exemplo real e recente pode ser observado em acórdão do TJSC, que trata de conduta violadora de direito autoral cometida por meio da internet. A conduta criminosa era praticada através da manutenção de uma página oferecendo, mediante prévio pagamento, acesso a *downloads* de filmes sem as autorizações legais.²¹⁹

No corpo do acórdão é transcrito parte do laudo pericial que identificou e especificou de forma detalhada o *modus operandi*:

- pelas características da página destinada ao sítio, das mensagens eletrônicas, aplicativos e arquivos encontrados, o sítio fimesrecentes.com se dispunha a oferecer serviço de disponibilizar filmes diversos de produtoras conhecidas (como a Paramount, Warner Bros. e outras – foi encontrado no diretório de trabalho da página o arquivo [lista_de_filmes.htm](#)) a assinantes (que obtinham este privilégio a partir de uma taxa mensal). Este serviço de disponibilização era baseado na rede Bittorrent (rede P2P), assim o responsável por este serviço não necessitaria armazenar todos os arquivos dos filmes, mas somente disponibilizar os arquivos .torrent que apontassem para um servidor tracker apropriado. O sítio filmesadultos.com tinha o mesmo princípio mas se referia a filmes pornográficos;(…)
- foram encontradas características do usuário do micro utilizar-se do serviço de host do sítio powweb.com para armazenar as bases de dados (fimesrecentes e filmesadultos – incluindo a lista de usuários e logs) e as referidas páginas de Internet editadas” (destaques no original).

Não restam dúvidas, pois, de que os direitos de propriedade intelectual encontram-se ameaçados principalmente em virtude da proliferação de tecnologias que facilitam principalmente a violação de direitos autorais. No início do século XXI, o setor mais afetado por estas tecnologias foi a indústria da música. A indústria fonográfica tentou desenvolver procedimentos que lhe permita tirar proveito da internet; de forma análoga sucedeu-se sobre filmes, livros e programa de

²¹⁸ MIRÓ LLINARES, 2005, p.27.

²¹⁹ Apelação Criminal n. 2007.022667-4, de Balneário Camboriú, julgado em 10 de julho de 2007.

computador. Vários instrumentos de proteção e segurança foram criados, como os sistemas de codificação de música, filmes e programa de computador.²²⁰

As técnicas anti-cópias desenvolvidas foram divididas em três grupos: as proteções via programa de computador, como as criptografias; as proteções via *hardware* adicional e as proteções de formato, mediante complexas formatações. Porém, a eficácia destes sistemas de proteção, estão sendo fragilizados pela difusão de programas desbloqueadores e pela falta de apoio dos próprios usuários, em razão das interferências causadas no uso normal do programas.²²¹

Não fosse só isto, ainda tem-se que o Brasil é considerado um dos cinco melhores mercados mundiais de programa de computador, levando-se em consideração que este setor abrange apenas 14% do mercado interno de Tecnologia da Informação²²², definindo essa área como prioritária. Para tanto, adotou desde 1970 políticas para sua consolidação, Lei de Reserva de Mercado, criação da Secretaria Especial de Informática, aprovou leis específicas para o setor (Lei de Informática n.8.248/91 e n.10.176/01), tudo com o intuito de prover a infra-estrutura necessária das empresas nacionais ao mercado globalizado, em posição mais agressiva na inserção do mercado mundial.²²³

O programa de computador assume ainda maior destaque no contexto brasileiro, já que seu desenvolvimento demanda menos investimentos do que criatividade na solução de problemas. Tal é o posicionamento de Cerqueira, quando assevera:

exportar *software* desenvolvido no Brasil será, em curto prazo, muito mais fácil do que se pensa, porque lá fora já se está conhecendo uma nova capacidade do brasileiro, criando-se uma mentalidade altamente receptiva para o programa desenvolvido no Brasil. As razões do sucesso do *software* no Brasil são simples e óbvias: *software* não requer tanto investimento em capital quanto criatividade em solução de problemas humanos²²⁴

²²⁰ WESTON, William Fischer. Intellectual-property law. Encyclopædia Britannica. 2008. Encyclopædia Britannica Online. 10 Nov. 2008 <<http://www.search.eb.com/eb/article-231531>>.

²²¹ CORREA, 1987, p.07.

²²² BORGES, Karla Christina Martins. Os serviços de computador e correlatos nas negociações multilaterais. In: CELLI JUNIOR, Umberto (Coord.). **Comércio de serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005, p.227 e 229.

²²³ FERNANDES, Antonio Otavio. COELHO JUNIOR, Claudionor Jose Nunes. BIGONHA, Roberto da Silva. Lei de informática e Propriedade Intelectual. In: NETO. PANIGASSI, 2005, p.20.

²²⁴ CERQUEIRA, Tarcízio Queiroz. Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000, p. 14-15. In: ROVER, Aires José (org). **O sujeito de conhecimento na sociedade em rede**. Florianópolis: Boiteux, no prelo.

No mercado, o programa de computador tem apresentado um crescimento importante. É o que mostram os seguintes dados: “9,09 bilhões de dólares movimentados em 2006, um crescimento de 22% sobre o ano anterior – ou 13% se forem descontadas as variações cambiais”²²⁵. Este destaque atinge vários setores do mercado:

Os principais consumidores de *software* e serviços foram os setores industrial e financeiro, atingindo quase 50% de representação do mercado usuário, seguidos por serviços, comércio, governo, agroindústria e outros. Já o mercado de tecnologia da informação em geral atingiu 16,2 bilhões de dólares no País, atingindo 43% do total movimentado pela América Latina, de 37,4 bilhões de dólares.²²⁶

No âmbito da propriedade intelectual, o presente estudo está delimitado ao Programa de Computador, denominado também como *Software*, cuja proteção é regida pelos Direitos de Autor.

Tanto o programa de computador como *software* são protegidos, em si, pelo direito autoral. O programa de computador (código-fonte ou código-objeto) é protegido pela lei n. 9.609/1998, enquanto os demais elementos do *software*, a documentação com a descrição do programa e material de apoio, são protegidos pela lei n. 9.610/1998; interessante que o prazo de proteção não é idêntico, aquele é de 50 anos enquanto que este é de 70 anos.

O tema pode ser analisado sob vários enfoques: penal, civil, tributário, proteção ao consumidor, etc. Dentro do direito penal, o programa de computador pode ser objeto tanto de violação da propriedade intelectual como patrimonial, bem como servir de meio para outros ilícitos. Na obra de Toubol²²⁷ apresenta-se uma análise argentina do programa de computador nas figuras do roubo e do segredo de fábrica, entre outros.

Cumprе ressaltar, que neste estudo, o programa de computador será analisado como objeto de proteção dos Direitos Autorais e não como partícipe da violação, enquanto instrumento que permite as práticas ilícitas.

²²⁵ FUSCO, Camila. Software e serviços: um mercado em expansão, apesar dos tropeços. **Computerworld**. 21 mar. 2007. Disponível em: <http://www.softex.br/portal/_mercado/mercado.asp?id=1393>. Acesso em: 12 ago. 2007.

²²⁶ FUSCO, 2007.

²²⁷ TOUBOL, Frédéric. **El software**: analisis jurídico. Buenos Aires: Zavalia, 1990.

3.4.2 As regras jurídicas de proteção do programa de computador

Foi no ano de 1973, através da Convenção de Munique, o marco inicial da proteção jurídica dos programas de computador, seguida da Convenção de Berna. Em nível global registra-se a constituição da OMC (janeiro de 1995), no final da Rodada do Uruguai, no âmbito do GATT, que em 1994 deu origem ao já denominado Acordo TRIPS.

O Acordo TRIPS instituiu uma estrutura jurídica para ampliar a proteção da propriedade intelectual como um todo, dispondo em seu artigo 10, que “programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971)”. Observa-se que o referido artigo não define “programas de computador”, deixando livre aos Estados-Partes criarem seus próprios conceitos, seguindo, como referencial o glossário da OMPI.

Os Membros da OMC, que são também signatários do TRIPS, se comprometeram, portanto, a adotar em sua legislação interna a proteção dos programas de computador com base nos princípios de direito autoral preconizados na Convenção de Berna.

Desta feita, se tem basicamente dois tipos de proteção: o Direito Autoral e o *copyright*, traduzido como o “direito de cópia”. Apesar de serem muitas vezes confundidos como sinônimos são distintos na essência. Enquanto o Direito Autoral protege o criador da obra, sua personalidade e os direitos morais, o *copyright* protege os direitos materiais do titular, ou seja, os direitos de reprodução da obra, adotado pelos países de origem anglo-saxônica.

Já em sede da OMPI, ao concluir o Tratado de Direito de Autor, foi fixado o conceito de *Software* em três categorias: programa de computador, descrição do programa e material de apoio.²²⁸ Assim, o programa de computador é designado pelo TRIPS e pela OMC como objetos do direito de autor.

Esta classificação é seguida pela grande maioria dos países, dentre eles os EUA, Brasil e a União Européia, o que não impede que possam ser também patenteáveis, como é o exemplo norte americano.

²²⁸ WACHOWICZ, Marcos. Os elementos que integram a noção jurídica do software. In: KAMINSKI, Omar (Org.). *Internet legal: o direito na tecnologia da informação*. ed.1., 4.tir. Curitiba: Juruá, 2006, p.133.

A lei americana, além de manter a proteção do *copyright*, permite o depósito de patentes de programa de computador. Portanto neste ponto recebe tratamento diverso do nosso.

A única hipótese possível por aqui de se patentear o programa de computador, e tratá-lo como propriedade industrial, é se fizer parte de “um sistema cuja função seja fechada, um *software* embutido ou embarcado ou ainda um *software* que automatize um processo”;²²⁹ ao que parece, considerando as últimas palestras da instituição, o INPI anda revendo esta posição.

Relata Correa, que foi no ano de 1969, através de uma ameaça de ação judicial antitruste por parte do Departamento de Justiça americana, a origem jurídica do programa de computador, momento em que se abriu uma porta decisiva para o desenvolvimento do mercado com a decisão da IBM em separar o *software* do *hardware*, vendendo-os de forma independente.²³⁰

A forma como o tema é tratado pelos EUA é importante para análise e justificativa, política e econômica, de eventual flexibilização na proteção dispensada ao programa de computador. Desde 1980 as leis norte americana utilizam o sistema do *copyright*, que protege a forma de expressão da idéia, com algumas limitações, porém alcançando nesta proteção, por via dos precedentes jurisprudenciais, muito mais hipóteses; como é o caso do código-fonte, código-objeto, sistema operacional, aplicativos, a seqüência, estrutura e organização, além da exibição audiovisual.²³¹

Existe uma multiplicidade de mecanismos para proteção com diferentes alcances e eficácias.

Dentro da propriedade intelectual tem-se a patente, desenhos e modelos industriais, marcas, direito de autor, segredo industrial e profissional e concorrência desleal. Perante as normas penais das falsificações, passando pelo furto, roubo, apropriação indébita, chegando até à divulgação de segredos. Já no direito privado a responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, autonomia da vontade, são alguns dos institutos aplicáveis.

²²⁹ FERNANDES, COELHO JUNIOR & BIGONHA, 2005, p.22.

²³⁰ CORREA, 1987, p.12.

²³¹ PIMENTEL, CAVALCANTE, 2008, p.63-66.

Os países da União Européia, através da Diretiva n.91/250/CEE, reconhecem a importância do programa de computador no desenvolvimento industrial e recomenda a instituição protetiva do sistema dos direitos de autor.

Além disso, a Diretiva não estabeleceu uma definição para “programa de computador”, o que permite a adequação futura às inovações tecnológicas diariamente lançadas no mercado por este setor industrial. Isto significa dizer que “a apresentação do programa de computador (código-fonte ou objeto) e o suporte (disquete, chip-semicondutor, papel, etc.) se tornem irrelevantes para fins de proteção”.²³²

Como já mencionado, foi na década de 1970 que o Direito apresentou a proteção legal ao programa de computador dentro do sistema do direito autoral e, posteriormente, durante a década de 1980 e 90, os tribunais de muitos países deliberaram que o programa de computador também poderia ser protegido através de patentes.

O resultado foi que os desenvolvedores de programas de programa de computador, dependendo do país, podem se socorrer de um ou de ambas as proteções legais para impedir os consumidores de cópia, e rivais de vender, programas idênticos ou muito semelhantes, reforço que não impediu o aumento das reproduções ilícitas.²³³

Ainda, no âmbito da OMC, tem-se a análise do tema – programa de computador - sob os aspectos de bem e de serviços, através do Acordo de Tecnologia da Informação/ITA e do Acordo Geral sobre Comércio e Serviços/GATS.

Porém não serão estas perspectivas abordadas no momento, até porque o Brasil, por sua vez, não apresentou compromissos para o setor de computador e serviços correlatos, que não se encontra consolidado.²³⁴

3.4.2.1 Aplicação brasileira do direito autoral na proteção do programa de computador: definição legal de programa de computador

No Brasil são apontadas duas leis n. 9.609 e n. 9.610, ambas de 1998, que regulamentam o programa de computador e os Direitos Autorais e Conexos,

²³² PIMENTEL, CAVALCANTE, 2008, p.67.

²³³ WESTON, William Fischer. Intellectual-property law. Encyclopædia Britannica. 2008. Encyclopædia Britannica Online. 10 Nov. 2008 <<http://www.search.eb.com/eb/article-231531>>.

²³⁴ BORGES, 2005, p.238

respectivamente, e que como afirmado, implementaram os compromissos do Acordo TRIPS.

Não obstante muitos autores, entre eles Barbosa, entenderem que pela natureza claramente tecnológica dos programas de computador, tratar-se-ia mais de um *tertius genus*. Ainda, há a lei n. 10.695/03 que alterou dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal (Dec.Lei n. 3.689/41).

Ambas as leis substituíram a lei n. 7.646/87, conhecida como lei do “*Software*”, que foi “fruto de uma definição política pelo internacionalismo, já que teria, na explicação de Barbosa, atendido ao que dispunha o *Trade Act* de 1974, que determinava sanções comerciais, literalmente, contra os países que não adotassem em suas legislações de *software* o direito autoral”. O autor, narrando os bastidores políticos, lembra que o então Ministro da Ciência e Tecnologia, Dep.Luiz Henrique da Silveira, atualmente governador do Estado catarinense, “ressuscitou através de seu projeto de lei a uma das mais discutidas questões à época(...): a do controle do aceso do *software* estrangeiro ao mercado nacional”²³⁵.

Assim, atendendo ao disposto no art.2º da lei n. 9.609/98, ao programa de computador se aplica as regras jurídicas dos direitos autorais e conexos, ressalvados os direitos morais, dentre outras disposições que serão analisadas no capítulo seguinte.

No momento, no entanto, interessa transcrever o conceito legal de programa de computador apresentado no art.1º da mencionada lei:

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.

Este conceito já sofre críticas²³⁶ posto que não considerou a hipótese do *software* de inteligência artificial que foge ao conceito limitado de programa, já que faz a máquina raciocinar dedutivamente, portanto, a curto prazo o conceito de programa já não caberá mais dentro da definição legal apresentada.

²³⁵ BARBOSA, 2003, P.12-14.

²³⁶ Cita-se, por exemplo, Tarcísio Cequeira.

Lembrando, novamente, que para fins deste estudo a terminologia programa de computador será utilizada como sinônimo de *software*, já que este organiza-se em programas, sendo uma criação intelectual, sem forma física, exprimível somente através de uma linguagem própria, porém suscetível de ser gravado em meios corpóreos, como disquete, fitas cassetes, CDs.²³⁷

Importante notar que o programa de computador, caracterizado através de uma linguagem de programação, acaba sendo considerado um bem imaterial (móvel e incorpóreo), e portanto, “não pode ser apreendido pelos sentidos como um bem físico, material (artigo 3º, Lei n.9.610/1998, artigo 82 a 84, Código Civil)”²³⁸. Assim sendo, torna-se impossível sua vinculação a um *hardware* conforme atualmente exigido nos contratos de licença.

Compreenda-se que o programa de computador é o resultado do esforço criativo de alguém que o elabora.

Esta elaboração não se limita a meros cálculos, muito menos o caminho é predeterminado, mas depende de uma série de escolhas feitas pelo criador em cada passo do processo das seis fases do ciclo de vida do programa de computador: definição dos objetivos, identificação do sistema, geração de alternativas, escolha das alternativas, implementação da escolha e avaliação dos resultados; o computador só realiza aquilo que lhe foi ditado por alguém. Portanto, tem ele, o autor (criador ou titular), direito ao produto de sua criação, posto que:

Para elaborar o programa, deve o autor definir seu objetivo, traçar os meios para alcançá-lo, sistematizando as informações e ainda determinar sua aparência, entre outras atividades, sempre levando em conta o tempo hábil para o desenvolvimento do *software*, o seu custo total e a qualidade da resposta, ou seja, sua integridade, confiabilidade e precisão, empenhando-se portanto em tarefa criativa.²³⁹

Existe ainda uma discussão no campo jurisprudencial e doutrinário sobre a possibilidade da extensão do direito autoralista aos elementos primários do programa de computador, quais sejam, a estrutura/arquitetura, a seqüência criada através do algoritmo que transforma-se em uma linguagem executável pelo código-objeto e código-fonte. Segue-se a organização, composta da

²³⁷ BASTOS, 1997, p.257.

²³⁸ PIMENTEL, Luiz Otávio et al. A proteção jurídica da propriedade intelectual de software. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **A proteção jurídica da propriedade intelectual de software**: noções básicas e temas relacionados. Série Platic. Florianópolis: IEL, 2008, p.15.

²³⁹ LUPI, 1998, p.25.

documentação/manuais, acrescidos da base de dados para completar o uso do sistema.²⁴⁰ Principalmente quando for trabalho criativo original, passível de proteção de forma separada da proteção do programa em si.

É por isso, também, que a transposição ou conversão de linguagem do programa de computador, também está protegida pela direito autoral, pois assemelha-se à uma versão da obra, à exemplo da tradução de um livro. Este ato é importante na medida de que “a finalidade do programa de computador, sua utilidade e a funcionalidade que lhe agrega valor econômica estão ligadas ao tratamento da informação”,²⁴¹ que é em último caso o objetivo do usuário quando o adquire através do contrato de licença.

Tudo isto em virtude da facilidade da contrafação (cópia no todo ou em parte) de programa de computador, ilícito penal denominado de pirataria/plágio, bem como da questão da engenharia reversa.

Esta discussão ganhou fôlego com a globalização da sociedade da informação, cuja infra-estrutura necessita de segurança jurídica, por isso estendeu-se a proteção aos bens informáticos. Inicialmente aos elementos singulares informáticos, base do sistema e, posteriormente, as topografias dos produtos semicondutores, base de dados, p.ex., ressalvadas as excludentes já analisadas.²⁴²

Por fim, de todos os argumentos lidos contra e a favor da adoção da tese autoralista para a proteção jurídica do programa de computador, não ignorando a possibilidade desta proteção jurídica ser combinada com outras formas de proteção, os que a defendem encontram-se amparados em fortes argumentos: 1) entre os regimes possíveis e considerando que o programa de computador se assemelha às obras intelectuais, o direito autoral é o mais adequado; 2) sua proteção em nível interno e externo é mais eficaz e rápida, o que desestimula a pirataria; 3) é mais barata, fácil e rápida de obter, já que independe de registro e é aplicável a todos os

²⁴⁰ WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento e modalidades de comercialização do software livre e do software proprietário. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **A proteção jurídica da propriedade intelectual de software: noções básicas e temas relacionados**. Série Platic. Florianópolis: IEL, 2008, p.40.

²⁴¹ WACHOWICZ, 2008, p.37-39.

²⁴² ASCENSÃO, 2006, p.24.

programas indistintamente, ao contrário de eventual proteção via patente ou contrato.²⁴³

Abre-se parêntese para lembrar que em relação ao registro no Brasil, a lei de Direitos Autorais seguiu essa tendência da dispensa no seu art.18, cujo texto é repetido pelo § 3º do art. 2º da lei do programa de computador, assegurando, portanto, que, neste aspecto, o tratamento do programa de computador é equivalente ao das demais obras intelectuais.

Ainda, quanto à abrangência, o registro dos programas no INPI, diferentemente de marcas e patentes, possui reconhecimento internacional. Da mesma forma, os programas estrangeiros, desde que procedentes de país que conceda reciprocidade aos autores brasileiros, não precisam ser registrados no Brasil, exceto nos casos de cessão.

Mesmo sendo o registro opcional²⁴⁴, sua eficiência surge quando da necessidade de provar a novidade, anterioridade ou titularidade da criação.²⁴⁵

3.4.2.2 Outros aspectos da lei de programa de computador

A Lei n. n.9.609 (lei de programa de computador) além de repetir o conceito de programa de computador, no seu art.9º, definiu que “o uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença”, e na sua ausência basta o documento fiscal que comprove a aquisição ou licenciamento de cópia. Este entendimento já está sendo alterado: “STJ decide se apresentação de discos originais são suficientes para provar licença de uso de *software*”.²⁴⁶

O programa de computador pode ser disponibilizado no mercado através de várias modalidades, cuja opção quase nunca é do usuário. Basicamente tem-se²⁴⁷:

a) *software* proprietário ou licenciado nos direitos de uso, podendo ser desenvolvido por encomenda ou de prateleira (*canned software*). A comercialização ocorre geralmente através de um contrato de adesão, sem o código-fonte, com

²⁴³ LUPI, 1998, p.78.

²⁴⁴ Excepcionalmente o registro é obrigatório nos contratos que incluam transferência de tecnologia conforme art.11 e parágrafo único da Lei n. 9.609/98.

²⁴⁵ PIMENTEL et al., 2008, p.18.

²⁴⁶ Notícia do STJ publicada em 18/05/2009, referente aos processos Resp.913004 e Resp.913008.

²⁴⁷ WACHOWICZ, 2008, p.44-49.

restrições e limitações bem específicas, dentre elas pontua-se a utilização em apenas um único meio físico;

b) *software* locado, que vem gerando algumas discussões jurídicas diante da impossibilidade legal da locação em virtude de sua natureza fungível. Importante e oportuna é a reflexão apresentada pelo autor, que vai ao encontro do objetivo da pesquisa: “o avanço da informática e sua inserção na vida cotidiana das pessoas e das empresas demonstram a incapacidade do ordenamento jurídico em assimilar a inovação tecnológica na velocidade em que esta é produzida”;

c) o *software shareware* ou *software* demo, disponibilizado gratuitamente para fins de demonstração ou avaliação;

d) *software freeware*, gratuitos e com prazos ilimitados;

e) *software* livre ou *free software*, atualmente é denominado de *open source*, porque se apresenta com o código-fonte aberto, permitindo ao usuário total liberdade na utilização do programa, cuja filosofia (*copyleft*) deve ser seguida por todos os usuários.

Pode haver várias outras classificações de licenciamento, dependendo da doutrina que se consulta.

Orrico Júnior, por exemplo, apresenta estes como os principais tipos de licenças: *full* (*software* original), *upgrade* (atualização de um produto *full*), *update* (aperfeiçoamento do programas *full* ou *upgrades*), licenciamento individual por números de séries, licenciamento em versões atuais e anteriores, licenciamento por servidor, licenciamento por nós, licenciamento por estações ou *sites* e licenciamento por usuário.²⁴⁸

Alerta-se para a justificativa da posição do governo norte-americano que permite uma lei de programa de computador mais rigorosa, “colocando na marginalidade os defensores dos códigos livres, contrários ao uso de direitos autorais na rede”:

o conjunto de linguagens-códigos (arquitetura) – enfim, *softwares* -, que permitem o funcionamento e regulação da internet está sob controle cada vez maior do interesse privado e quem detiver esses códigos deterá maior controle sobre a

²⁴⁸ ORRICO JÚNIOR, 2004, p.68-78.

rede, seus conteúdos e aplicações, enfim, em última instância, o que se veiculará nela.²⁴⁹

Assim, o programa de computador, no Brasil, é comercializado na grande maioria dos casos na primeira modalidade e, embora tenha uma legislação específica, é protegido também, de forma subsidiária, pela LDA, cujo objetivo é a proteção da criação intelectual, geralmente gravada ou reproduzida em um meio físico (um livro, uma pintura, uma composição musical). Confere ao autor da obra dois tipos de direitos, correspondente à concepção chamada dualista que prevalece na doutrina européia: os direitos morais e direitos patrimoniais.

Os direitos morais do autor, como um todo, encontram-se no art.24 da lei, envolvem as relações jurídicas de utilização econômica do bem, e pressupõem um vínculo pessoal e indissolúvel entre o criador e sua obra sendo, portanto, personalíssimos, intransferíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e inalienáveis eis que tratam de proteger a própria personalidade e integridade daquele. Compreendem o direito de ter seu nome citado em qualquer forma de utilização ou reprodução da obra e o de impedir que a obra seja modificada ou utilizada de qualquer forma que possa atingir sua reputação ou sua honra como autor.

Enquanto que os direitos patrimoniais assemelham-se aos direitos de propriedade e por serem de natureza econômica são livremente negociados. Assim, determinam que o autor tenha o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor de sua obra, percebendo uma remuneração sempre que ela é reproduzida, utilizada ou copiada, de acordo com a natureza da obra e nos termos em que o autor a licencia.

Voltando ao contexto do programa de computador, que é geralmente desenvolvido e explorado de forma comercial, os direitos morais talvez percam a razão de ser, por isso neste aspecto a lei se aproximaria do sistema americano.

O legislador brasileiro, reconhecendo sua natureza específica, estabeleceu no § 1º do art. 2º da lei do programa de computador, que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, estipulando, no entanto, duas únicas ressalvas: “reivindicar a paternidade do programa e o direito de opor-se a alterações não autorizadas que impliquem

²⁴⁹ KAKU, 2000, p.165.

deformação, mutilação ou outra modificação do programa que prejudiquem a honra ou a reputação do autor.”

Em relação aos direitos conexos alguns autores entendem como possível sua aplicação no caso do programa de computador, principalmente com o advento da internet, que caracterizar-se-ia como comunicação direta ao público.²⁵⁰

Ainda nesta realidade econômica e característica do programa de computador, a referida lei estabeleceu em seu art. 4º, como regra geral, pertencerem exclusivamente ao empregador ou similar, os direitos relativos ao programa de computador, que for desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato de trabalho ou de vínculo estatutário, “expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.”

É importante ressaltar que no § 2º do mesmo artigo o legislador esclareceu que o programa de computador gerado sem esta relação laboral e sem a utilização de recursos, informações, materiais, instalações ou equipamentos do empregador ou contratante, pertencerá àquele que o desenvolveu.

Toda esta proteção legal determinada pelos ordenamentos jurídicos em questão não são perpétuas, apesar de quase o serem. A Convenção Universal sobre Direito de Autor estabelece que o prazo de proteção da obra intelectual não deverá ser inferior a 25 anos, contados da morte de seu autor ou da primeira publicação, de acordo com os critérios adotados pela legislação interna de cada país.

O Acordo TRIPS, ao rever o assunto, embora se reporte à Convenção de Berna, estendeu esse prazo para 50 anos, conforme consta de seu art. 12, porém o legislador brasileiro optou por tratar o programa de computador de forma diferente dos direitos autorais em geral.

Enquanto a lei autoral estipula que os direitos autorais de natureza patrimonial²⁵¹ permanecem por um período de 70 anos a contar da morte de seu

²⁵⁰ LUPI, 1998, p.43.

²⁵¹ Os direitos morais, que são intransferíveis, extinguem-se com a morte do autor.

autor, ressalvados algumas hipóteses, em relação ao programa de computador, no entanto, a Lei de Programa de Computador preferiu conceder um prazo menor e desvinculá-lo do prazo de vida do autor; seguindo o exemplo da Indonésia e da lei brasileira anterior – lei n. 7.646/87 -, ambas em 25 anos, bem como dos EUA e da Comunidade Européia, que limitaram em 50 anos.

Assim, com base no § 2º do art.2º, o prazo de proteção dos direitos autorais sobre programas de computador é de 50 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

Este lapso temporal é praticamente inócuo se considerarmos a velocidade da evolução das tecnologias, que na média de dois anos já se tornam quase obsoletas, e também é contraditório, levando-se em consideração o prazo concedido às patentes²⁵², que requerem muito mais investimentos que as criações de direito autoral.

A mais de vinte anos, em 1985, Barbosa já sustentava que “o prazo de proteção deve ser ligeiramente inferior ao da vida útil do *software*, para que ao fim do termino, a comunidade possa aproveitar do livre uso da tecnologia”.²⁵³

3.4.2.3 Tipo penal e aspectos processuais da lei de programa de computador

A Diretiva da União Européia que trata da proteção jurídica do programa de computador estabelece no seu art.7, as condutas que deverão ser proibidas pelas legislações nacionais, não necessariamente no campo penal.

Seguindo tais disposições, deverá ser combatida a conduta de colocar “em circulação uma cópia de um programa de computador, conhecendo, ou não podendo ignorar o seu caráter ilícito”; da mesma forma a situação de estar de posse, para fins comerciais, de uma cópia ilícita, conhecendo ou não podendo ignorar tal caráter; por fim, seguindo ainda com o dolo específico “fins comerciais”, a conduta humana de “pôr em circulação ou estar de posse, (...) de meios que tenham como

²⁵² A patente de invenção possui prazo de 20 anos e a de modelo de utilidade o prazo de 15 anos, conforme a lei n.9.279/96.

²⁵³ apud, CORREA, 1987, p.10.

único objetivo facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer dispositivo técnico eventualmente utilizado para a proteção de um programa”.²⁵⁴

A fim de combater a violação intelectual do programa de computador, a lei trouxe sanções de natureza penal e civil, não descartando o amparo administrativo, através dos órgãos competentes do setor. Precisando inicialmente apenas a comprovação da titulação dos direitos autorais e documentação técnica (certificados de registro ou similar).

O art.14, *caput*, determina o ilícito civil, enquanto que o ilícito penal está no art.12, que estipulou no *caput* a conduta da reprodução sem fins lucrativos e a conduta da pirataria nos parágrafos.

O referido dispositivo pune basicamente três tipos de condutas. O *caput* apresenta uma normal penal em branco, ou seja, não especifica com clareza a conduta violadora (verbo) nem o objeto (direito de autor) sendo necessária a aplicação em conjunto dos arts. 5º, inc.VI e VII e art. 7º, inc.XII e par.1º, ambos da LDA. Com esta interpretação sistêmica tem-se que o verbo nuclear do tipo penal é a contrafação (reprodução não autorizada) de programa de computador, com dolo genérico, isto é, sem necessidade de uma finalidade específica.

O dolo é a grande diferença entre o *caput* do art.12 e seus parágrafos, já que nestes a lei exige o dolo específico para fins de comércio. Portanto, aquele que reproduz programa de computador sem autorização legal para uso próprio, viola o *caput* do artigo e o falsificador profissional, que o faz para ganho econômico, aqui considerado o verdadeiro pirata, responde pelo parágrafo primeiro. Já quem disponibiliza, facilita ou adquire o objeto falsificado pelo pirata, responde pelo parágrafo segundo.

Entre os parágrafos a única diferença é a conduta e o sujeito, pois as penas e o elemento subjetivo são idênticos. Desta forma, considerando tudo que já foi aqui tratado e analisado, é possível dizer que o pirata propriamente dito é o sujeito da figura do primeiro parágrafo, aquele que realmente pratica a contrafação, enquanto e os demais, previstos no segundo parágrafo, se beneficiam da pirataria alheia. Não seria coerente tratar o violador do *caput* do mesmo modo, pois este o faz

²⁵⁴ PIMENTEL, CAVALCANTE, 2008, p.72.

com uma finalidade distinta, cujo prejuízo causado é de menor monta, inclusive considerado de menor potencial ofensivo.

Por fim, no que se refere às causas excludentes específicas ao art.12, que são aquelas hipóteses previstas em lei que limitam o direito de autor e permitem em tese a violação autoral, apesar da lei penal não mencionar, aplicam-se o parágrafo 4º do art.184 do CP, além do art.46 da LDA, junto ao art. 6º da Lei de Programa de Computador, já transcritos anteriormente.

Resumidamente, tais dispositivos combinados e adequados à realidade do programa de computador, e considerando a regra dos Três Passos adotada pelo Acordo TRIPs, o direito do *fair use* americano e a engenharia reversa, citados no item 3.3.3 desta pesquisa, autorizariam basicamente três condutas (reprodução, citação e integração) nas seguintes hipóteses:

a) a reprodução de uma cópia do programa adquirida legalmente, para salvaguarda, bem como, a reprodução do programa para fins de uso privado, sem intuito de lucro (art.6º, inc.I c/c art.184, par.4º, in fine), além da reprodução para uso exclusivo de deficientes visuais, sem fins comerciais, através da integração do programa ao sistema Braille ou similar (art.6º, inc.IV c/c arts.184 e 46, I, letra d);

b) a citação parcial do programa, na medida justificada para atingir fins didáticos (estudos, crítica, polêmica, apanhado de lições em estabelecimento de ensino, demonstração à clientela, prova judiciária ou administrativa, etc.), em qualquer meio de comunicação ou obras literárias, artísticas ou científicas, desde que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art.6º, inc.II c/c arts.184 e 46, III, IV, V, VII, VIII);

c) a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu (art.6º, inc.IV);

Como já adiantado, além da repressão de ordem penal, a Lei de Programa de Computador também prevê em seu artigo 14 a possibilidade de se intentar uma ação de natureza civil, buscando proibir o autor a prática do ato, cominando pena

pecuniária em caso de descumprimento, bem como para obter o ressarcimento das perdas e danos sofridos, incluindo, ainda, a responsabilidade por litigância de má-fé.

Embora a lei não tenha estipulado um parâmetro para a fixação das perdas e danos, aplica-se subsidiariamente a lei autoral, que estipula que o infrator deverá pagar ao titular dos direitos o preço de todos os exemplares da obra que tiver vendido, e não se conhecendo o número de exemplares (o que ocorre geralmente nos casos de pirataria de programa de computador) deverá pagar ao titular do direito o valor de 3 mil exemplares além dos apreendidos; alertando que em relação a esse critério quantitativo a jurisprudência já está pacificando-se em sentido diverso.

No que se refere à parte processual, a lei n. 10.695/03 que alterou parte do capítulo IV, do Título II do CPP, somente atingiu a fase pré-processual do feito. Principalmente as regras da realização da busca e apreensão e da perícia judicial dos bens apreendidos, objetos do ilícito da contrafação, bem como de seu encaminhamento (destruição, depósito, perdimento) durante ou após o julgamento.

No caso do programa de computador as normas processuais deverão ser conjugadas com as normas especificadas no art.13 da lei n. 9.609/98 (Lei de Programa de Computador), que também trata da medida cautelar de busca e apreensão, que é o principal ponto para levar o processo judicial à condenação do infrator, cujo procedimento já foi discorrido anteriormente.

4 ASPECTOS DE PODER OU CONTROLE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIFICULDADE NA EFICÁCIA DA PROTEÇÃO PENAL

Após os processos legislativos de despenalização voltou-se a conviver com os processos de incriminação. Estes processos, à exemplo do que se viu, mostram a peculiaridade de que a eles mesmos não cabe apontar um conceito de bem jurídico, elaborado nos anos sessenta e setenta para fundamentar os processos de despenalização.²⁵⁵

Vale recordar que o pensamento desenvolvido por Welzel, linha dogmática utilizada neste estudo, é no sentido de que a missão do direito penal é amparar valores elementares da vida em comunidade. Sendo o bem jurídico um bem vital, com significação social, não pode ser apreciado isoladamente, mas tão somente em relação conjunta com a totalidade da ordem social, e desta forma, o direito penal somente deve conter a proteção dos bens jurídicos contra determinada classe de agressões.²⁵⁶

Já se demonstrou, também, que o grau ou o tipo de sanção que uma sociedade através de seus representantes estabelecem para proteger um bem jurídico, dependerá de questões eminentemente políticas, econômicas, sociológicas e culturais. Não é de se estranhar, portanto, o comentário feito por Orrico Júnior:

Infelizmente, em nosso país ainda existem leis que são criadas e aplicadas de tal forma que servem apenas para dar uma satisfação social no sentido mais festivo da palavra. Isto ocorre principalmente na área criminal ou em assuntos de interesse de poderosos.²⁵⁷

Até porque, o bem jurídico na esfera penal está generalizadamente vinculado a uma situação social, que pode se dar entre várias relações: humanas; entre pessoas e coisas; em virtude de condição pessoal do agente, funcional, psíquica ou física; em relação a um bem abstrato; ou situações sociais, concretas ou abstratas, que a norma venha a tutelar.

Particularmente, o delito de "violação de direito de autor" trata-se de um tipo penal complexo que tutela inumeráveis bens jurídicos, tanto de natureza moral

²⁵⁵ SILVA SANCHES, 1992, p.16.

²⁵⁶ WELZEL, 2003, p.27 e 32-33.

²⁵⁷ ORRICO JÚNIOR, 2004, p.166.

como patrimonial, agrupados em torno da ideologia da propriedade intelectual, sem esquecer que trata-se de uma das espécies do gênero.

Como afirma Lima Vianna, “o bem jurídico deve ser caracterizado por um único e indivisível interesse jurídico a ser tutelado pela norma penal e não por um conjunto de interesses difusos reunidos arbitrariamente em torno de uma abstrata ideologia de propriedade intelectual”²⁵⁸, concluindo com o alerta, a muito repetido principalmente quando se aponta a violação do princípio da taxatividade, que “formular tipos penais “genéricos ou vagos” valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a formular nada, porém é prática e, politicamente, muito mais nefasto e perigoso.”²⁵⁹

Diante deste quadro, Tangerino expõe o caos pelo qual passa a sociedade que, na maioria das vezes, sequer percebe a contradição:

Nosso medo, alimentado pelo discurso punitivo interessadamente apropriado pela mídia, pelos políticos e até mesmo pelo Judiciário, faz com novos bens jurídicos sejam alçados à condição de penalmente relevantes. Não sendo mais tão concretos, todavia, demandarão recursos dogmáticos mais sofisticados. (...) O Direito Penal entregou-se a uma busca obsessiva de evitação de delitos: pune para evitar que outros cometam novos delitos; criminaliza condutas, cujo perigo deve ser avaliado em cada caso, para evitar dano a bens jurídicos não concretos; criminaliza condutas cujo perigo está presumido, para evitar dano a bens jurídicos não concretos;²⁶⁰

O sistema legal possui diferentes tipos de normas de proteção de bens jurídicos, e ao se acionar o direito penal deve-se ter em conta que os princípios da subsidiariedade, lesividade e proporcionalidade devem estar amparando esta decisão. Isto para que a ameaça não seja uma mera declaração e as normas penais não passem a integrar o bloco do que se tem chamado de “inflação legislativa em matéria penal” levando a se falar de um “Direito Penal simbólico”.²⁶¹

4.1 Eficácia da punição penal e argumentos para a descriminalização

A eficácia da proteção penal de um bem jurídico não começa nem acaba com a sanção da norma que a reconhece. Sofre interferências de vários fatores,

²⁵⁸ LIMA VIANNA, Túlio. La ideología de la propiedad intelectual. La inconstitucionalidad de la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.120, ano 2007. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2382670&orden=137382&info=link>>, acessado em 02/10/2009, p.815-817.

²⁵⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.78.

²⁶⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Sobre ursos e lobos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 191, p. 7, out, 2008.

²⁶¹ CARBONE, 2007, p.162-163.

causados principalmente pela ineficiência do Estado em dar conta do excesso de demanda, por isso, a justiça penal muitas vezes é uma via que não satisfaz as expectativas depositadas pelos que a ela recorrem; quando eventualmente consegue chegar a uma sentença condenatória, muitas vezes a punição, em virtude da demora processual, perdeu seu caráter preventivo, retributivo e ressocializador.

Deste modo, para Zaffaroni as teorias da pena partem de uma base empírica irreal, desconhecem a realidade do sistema penal que funciona numa dicotomia radical, em constante tensão: de um lado o exercício do poder punitivo (não jurídico, violento, seletivo, irracional) e de outro, o direito penal (jurídico, pacificador, neutralizante, racional); “boa parte da criminalidade é fruto do próprio sistema penal e não da maldade naturalmente humana.”²⁶²

Para o autor, o Estado possui vários poderes coercitivos jurídicos, o penal é apenas um, e o pior de todos. Existem pelo menos dois usos estatais da força (coerções jurídicas) que nunca foram colocados em dúvida quanto a legitimidade de sua função: a) a coerção reparadora ou restitutiva e b) a coerção direta. A primeira corresponde ao direito privado e a segunda ao direito administrativo. Ninguém duvida nem questiona o fato de que se alguém comete uma lesão a um direito alheio, é correta a coerção estatal que lhe imponha o dever de restituir ou de reparar. Tampouco se pode duvidar que a lesão gera um conflito e que a reparação ou restituição o resolve de forma efetiva, já que aqui há duas partes, o que já não acontece no modelo punitivo.

Já está mais do que claro que o modelo punitivo não faz nada pela vítima e nem resolve os conflitos, se limita a apenar, o que acaba também impedindo ou dificultando, eventualmente, a aplicação de outros modelos de solução de conflitos: “quanto maior é o número de questões que uma sociedade submete ao poder punitivo, menor é sua capacidade para solucioná-los. O excesso de poder punitivo é a confissão da incapacidade estatal para resolver seus conflitos sociais”.²⁶³

Manter tais criminalizações é contribuir para a expansão do direito penal, ao revés da campanha que se encontra na última década dentro da comunidade

²⁶² ZAFFARONI, 2007, p.04.

²⁶³ ZAFFARONI, 2007, p.6-8.

jurídica-penal que defende a necessidade de se reconduzir a intervenção punitiva do Estado ao mínimo necessário.

As doutrinas que estudam os processos de descriminalização apresentam vários mecanismos que orientam a desinflação penal: descriminalização (retirar o caráter de ilícito penal ao fato); desinstitucionalização (retirar dos órgãos oficiais a competência para a solução do litígio); despenalização (evitar a pena de prisão); diversificação (atribuir a órgãos ou entidades não penais a solução de conflito, sem retirar o caráter ilícito do fato); descarcerização (evitar ao máximo possível a prisão cautelar).

Assim, enquanto a despenalização é a etapa mais urgente da descriminalização, a diversificação procura suspender os procedimentos criminais²⁶⁴, à exemplo das hipóteses de conciliação por juízes leigos do JEC.

Após analisar todos estes conceitos, Cervini sintetizou em sua obra, as principais ferramentas práticas para o sucesso do processo de desinstitucionalização. Considerando as aplicações no campo dogmático penal, o autor classificou tais práticas em “intradogmáticas”, num total de oito, e doze “extradogmáticas”. Serão destacadas, nesta oportunidade, apenas aquelas relacionadas com o tema deste trabalho.²⁶⁵

a) Intradogmáticas: deve-se levar as disposições derogatórias ou restritivas da penalidade a todos aqueles âmbitos dogmáticos onde sua vigência, por rigor lógico, tenha que ingressar; deve se descriminalizar aquelas condutas previstas nos textos penais que aparecem como opostas a claros mandatos constitucionais; não devem ser incriminadas as condutas desprovidas de nocividade social; deve retirar-se dos códigos penais as figuras de responsabilidade objetiva.

b) Extradogmáticas: deve-se excluir do sistema penal a chamada “criminalidade de bagatela”; urge descriminalizar as condutas que já não são consideradas indesejáveis; devem ser excluídas dos códigos penais as condutas para as quais bastam como meios de controle outros procedimentos menos enérgicos do que as reações penais; devem ser descriminalizadas as condutas que foram favorecidas por atitudes cujo risco deve ser assumido por quem as

²⁶⁴ CERVINI, 2002, p.85 e 88.

²⁶⁵ CERVINI, 2002, p.125-141.

empreende; deve-se descriminalizar quando os fatores exteriores à conduta podem ser modificadas; a lei penal não deve incluir proibições cujos subprodutos sejam mais nocivos do que a conduta que tende a desestimular; devem ser retiradas dos textos penais as proibições que violentem aquilo que é culturalmente aceito; não se deve incluir uma proibição na lei penal se não for possível colocá-la em vigor, posto que as “cifras negras da criminalidade” debilitam a credibilidade de todo o sistema penal; devem ficar fora do sistema penal os fatos que se situam exclusivamente na ordem moral; os chamados “delitos sem vítima” devem ser descriminalizados.

As práticas relacionadas por Cervini vão ao encontro das críticas que tentam combater o denominado por Jakobs como “Direito Penal do Inimigo”, que é a representação da aplicação do ‘Direito Penal de autor’ ao invés do ‘Direito Penal do fato’, posto que pretende punir o sujeito não pelo ato que cometeu e sim pelo que é, pelo que representa para a sociedade. Gomes sintetiza desta forma o poder deste fenômeno:

Direito penal do inimigo é uma nova "demonização" de alguns grupos de delinquentes. A criminalidade etiquetada como *inimiga* não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causam grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado). O Direito penal surge como solução para aniquilar o inimigo: o político apresenta o Direito penal como o primeiro remédio para isso.²⁶⁶

Este é o comportamento alimentado por uns poucos, mas infelizmente aceito e exigido pela sociedade, que vive com “a noção de que do Direito penal espera-se proteção social.” Numa outra ótica, mas sob a mesma visão de Jakobs, é a análise de Tangerino:

O homem, sendo lobo do homem, precisa de um Estado que o proteja de seus concidadãos que são, em verdade, inimigos em potencial, cujo poder de destruição está temporária e instavelmente abafado pela ameaça da pena. O discurso da proteção organizou-se, então, a partir de três elementos centrais: o agressor, o bem jurídico que ele viola e o castigo que ele recebe.²⁶⁷

É em virtude de fenômenos como o descrito que vários autores estão chamando para o jurista penal a responsabilidade pela mudança da ordem social. Neste sentido, oportuna é a análise feita por Luisi:

²⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). **Revista jurídica eletrônica UNICOC**. Ribeirão Preto, n.2, 2005. ISSN 1807-023X. Data de publicação: 27/09/2004. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 21 outubro 2008.

²⁶⁷ TANGERINO, 2008, p. 7.

Essa preocupação de disciplina da criminalização, bem como da descriminalização, por parte dos penalistas de nossos dias, deu margem a que se falasse na existência de um "idílio" entre a dogmática e a política criminal. O universo normativo vigente, particularmente o penal, está a exigir um excepcional esforço para se ajustar às necessidades emergentes do trepidante progresso científico e tecnológico que marca o dia-a-dia do mundo contemporâneo. E esse imperativo fez com que o jurista, especialmente o penalista, deixasse de ser apenas um intérprete da lei e passasse a dar sua contribuição para a renovação da ordem legal.²⁶⁸

4.1.1 Direito administrativo sancionador: o direito de intervenção

Em 1819, Mittermaier já percebeu a necessidade de conter os excessos criminalizadores, da mesma forma que Birnbaum, em 1834, preconizou que a tutela penal devia ter por objeto bens jurídicos, e tão-somente bens jurídicos materiais, a eles se limitando. Porém, como já visto, a proteção do direito penal se estendeu além dos bens de natureza corpórea, incluindo-se na sua área também bens imateriais. Vieram as escolas teóricas, vários autores, todos tentando conceituar o bem jurídico e, determinada a sua função, limitar o direito penal.²⁶⁹

Como reflexo do movimento de descriminalização, ressurge a discussão da relação entre sanção penal e sanção civil, mas agora evoluído para uma administrativização do direito penal, porque este sozinho comportaria apenas os valores fundamentais da comunidade, já aquele:

Trata-se de uma nova postura político-criminal, à custa do abandono do conteúdo liberal do conceito de bem jurídico, para a proteção de contextos cada vez mais genéricos e de questionável potencialidade crítica. Neste contexto o bem jurídico possui uma forma difusa, porque os tipos descrevem geralmente situações de perigo abstrato.²⁷⁰

A polêmica se encontra entre aqueles que defendem o abandono pelo direito penal da perspectiva liberal (clássica) e tome como sua tarefa a tutela de interesses vagos, difusos, verdadeiros bens jurídicos universais, supra-individuais e do outro lado, os que ainda estão apegados aos valores do direito penal clássico, representada pela Escola de Frankfurt, que remetem para outros ramos extrapenais a tarefa de salvaguardar os novos valores coletivos: "O Estado só deve intervir para

²⁶⁸ LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ)**. Brasília, v.2, n.4 jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/138>>. Acesso em: 21 outubro 2008.

²⁶⁹ FIGUEIREDO, 2008, p.118.

²⁷⁰ FIGUEIREDO, 2008, p.119-120.

salvaguardar a liberdade do cidadão, e nunca para promover valores ou “funções” que lhe causem prejuízo.”²⁷¹

Essa constitucionalização do bem jurídico não vem sendo tarefa fácil, porque nos textos constitucionais a criminalização encontra proibições expressas, bem como vedações implícitas. Desta forma as discussões foram basicamente agrupadas em duas correntes. A primeira representada por Rudolphi, de caráter geral, “onde todos os comportamentos que não perturbam as funções, e, pois, não exercem um efeito nocivo sobre os organismos sociais, ficam fora das proibições jurídicos penais”. Em contraposição, apresentam-se as teorias estritas:

O legislador penal encontra nas constituições prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem recebidos na ordem jurídico penal.(...) A criminalização encontra fronteiras insuperáveis nos princípios fundamentais da Constituição que a mesma enumera ora na base de disposições de âmbito geral, bem como em normas relativas a específicos setores e áreas.²⁷²

Alguns autores, como os constitucionalistas Jose Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, são da opinião que os direitos da propriedade intelectual deveriam constar entre as normas da ordem econômica e não mereceriam ser alçada ao nível de direito fundamental do homem, à exemplo da aplicação americana. De uma forma geral o raciocínio desenvolvido é de que:

como o tipo clássico dos direitos exclusivo é a propriedade, todos sistemas jurídicos – em maior ou menor proporção – sempre utilizaram algumas categorias gerais relativas à propriedade para compor o quadro onde se colocaram os direitos sobre bens imateriais.²⁷³

Com a mesma preocupação, Palazzo apresentou uma diferença entre princípios de direito penal constitucional e princípios pertinentes à matéria penal. Os primeiros incidem diretamente no sistema penal, impondo limites e restrições, ex: legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade, ou seja, “delineiam a feição constitucional de um determinado sistema penal”. Enquanto que os princípios pertinentes à matéria penal condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, como seria o caso do catálogo de direitos fundamentais: na dimensão de Estado de Direito (os tradicionais direitos, liberdades

²⁷¹ FIGUEIREDO, 2008, p.123-129.

²⁷² LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ)**. Brasília, v.2, n.4 jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/138>>. Acesso em: 21 outubro 2008.

²⁷³ BARBOSA, 2008, p.24-26.

e garantias pessoais), na dimensão social (os direitos sociais, econômicos e culturais).²⁷⁴

É através de Goldschmidt que surge o termo ‘direito penal administrativo’ ou ‘direito administrativo sancionador’. Um direito de mera ordenação social, ramo do direito administrativo, que intervém em nome do bem-estar coletivo, impondo sanções pecuniárias, criando, assim, uma nova categoria (não penal) de ilícito.²⁷⁵

Em Portugal, através de Dias, há a divisão entre o direito penal de justiça (direitos, liberdades e garantias das pessoas) e o direito penal secundário (direitos sociais e à ordenação económica). São duas zonas relativamente autónomas na atividade tutelar do Estado: uma que visa proteger a esfera de atuação especificamente pessoal (embora não necessariamente individual) e outra que visa proteção da esfera de atuação social (do homem como membro da comunidade); Ser-individual x Ser-social.²⁷⁶

Portanto, desde as sociedades primitivas, onde o direito penal era forte em decorrência do poder total do Estado, passamos a uma civilização (termo que bem pode entender-se como a transformação de reações penais em civis), ao mesmo tempo que o poder estatal se reduz e muitas condutas deixam de ser delitos, o que vem demonstrando a evolução permanente da penalidade. Fica clara então a missão do Estado de Direito:

aumentar paulatinamente as liberdades cidadãs, em um clima de respeito e tolerância para com as minorias, inclusive as desviadas, como base para o crescimento e desenvolvimento social, económico, político, cultural e intelectual de cada um de seus integrantes e da própria sociedade.²⁷⁷

E para não perder o foco na proteção do programa de computador, importante lembrar que o art.5º, inc.XXIX da CF brasileira apesar de vincular os direitos da propriedade industrial ao uso social da propriedade, neste ponto não diferente muito da tutela própria que recebe os direitos autorais; que possui uma regulação mais econômica, estendendo-se aos direitos de personalidade/morais em geral. Ainda assim, no que for objeto de propriedade, “o direito autoral também

²⁷⁴ FIGUEIREDO, 2008, p.72-73.

²⁷⁵ FIGUEIREDO, 2008, p.104-110.

²⁷⁶ FIGUEIREDO, 2008, p.127.

²⁷⁷ RAFECAS, Daniel Eduardo. Una Aproximación al Concepto de Garantismo Penal. **Revista Jurídica Lecciones y Ensayos**, Buenos Aires, n. 80, 2004, p.171-172.

encontra-se sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum”²⁷⁸.

4.2 A disputa de mercado pode ser fundamento para a aplicação penal?

Até a criação da OMPI o tema da propriedade intelectual era analisado pelo direito comercial e direito civil, no capítulo dos direitos reais, apenas posteriormente é que recebeu tratamento legal distinto. Da mesma forma que na Convenção de Paris o objetivo principal centrava-se no interesse das empresas e não dos Estados, tanto é que Barbosa descreve com exatidão o comportamento unilateral dos EUA que, isolado na votação de 1 X 113 dentro da OMPI, provocou por volta de 1982, a transferência da discussão da propriedade intelectual para o âmbito do GATT, através da Rodada Uruguai, resultando no Acordo TRIPS da OMC.²⁷⁹

Este “surto patrimonialista” dos EUA se justifica em alguns pontos que a história dos dois últimos séculos apresenta em relação ao desenvolvimento das economias emergentes: a) tradicionalmente os países utilizaram do sistema de propriedade intelectual para atingir seus próprios interesses econômicos, modificando seus sistemas em diferentes etapas do desenvolvimento; b) em diferentes momentos foram excluídas as proteções de patentes e alguns tipos de invenções em certos setores industriais, para permitir maior evolução econômica; c) entre 1850 e 1875 já havia várias discussões sobre os prejuízos causados ao livre comércio em virtude dos monopólios exercidos pelas patentes; d) os países asiáticos foram os melhores exemplos da utilização de proteção mínima da propriedade intelectual para fortalecer suas economias internas, flexibilidade que praticamente desapareceu com o Acordo TRIPS.²⁸⁰

Estas informações demonstram que o tema de propriedade intelectual sempre teve razões de fundo comercial, e todas as normas legais, nacionais e internacionais desenvolvidas são essencialmente de direito privado, já que o interesse das empresas subjugou inclusive os interesses políticos e militares. O direito penal neste contexto somente serve como instrumento de coerção,

²⁷⁸ BARBOSA, 2008, p.41-42.

²⁷⁹ BARBOSA, 2003, p.158 e 162.

²⁸⁰ CORREA, 2005, p. 71-77.

“disfarçado como instrumento de regulação do mercado econômico”²⁸¹, e não é utilizado na sua função natural.

Recentes decisões do Tribunal catarinense corroboram este raciocínio, conforme fundamentação exposta no corpo deste acórdão:

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Direito Penal é a parte do ordenamento jurídico que tutela os bens mais relevantes da sociedade, selecionando os comportamentos humanos perigosos à estabilidade do convívio social e cominando-lhes as respectivas penas.

Com efeito, o Direito Penal trata eminentemente de proteger interesse público e não se limita à tutela de cunho privado. Assim, no que se refere aos delitos contra a propriedade imaterial, a análise realizada pelo sistema criminal não se restringe à eventual lesão pecuniária obtida pela vítima; atenta-se, principalmente, ao significado que a violação ao objeto jurídico do tipo possui para o contexto social. Nesse sentido: RSE n. 2007.003912-9, de Joinville, rel. Des. Subst. José Carlos Carstens Köhler.

Segue o relator discorrendo sobre a atipicidade da conduta e o dano patrimonial causado pelas condutas violadoras da propriedade intelectual a diversas vítimas distintas:

Diferente situação ocorreria se os produtos apreendidos, caso em volume considerável, fossem do mesmo autor. Assim, poderia haver prejuízo abstratamente. E não se diga que a soma de várias apreensões em situações distintas trariam prejuízo global. O fato punível não possui como elemento característico questões hipotéticas e amorfas, que sequer tipificadas podem ser" (fl. 100/101).

Finaliza apontando outras medidas coercitivas fora do direito penal, como as administrativas e civis para proteção do direito privado, evitando que aquele seja utilizado além de sua real necessidade:

Por fim, não se diga que com a presente decisão o Poder Judiciário estará chancelando a criminalidade, porquanto a rejeição da denúncia pelo princípio da insignificância só será aplicada quando houver a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ademais, no presente caso, o recorrido certamente estará sujeito às sanções administrativas e civis. O *jus puniendi*, contudo, deverá se limitar aos casos em que, efetivamente, haja perturbação do meio social, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Portanto, com o intuito de preservar-se a aplicação do direito penal *ultima ratio*, bem como de atender às disposições legais vigentes, mantém-se a rejeição da denúncia.²⁸²

²⁸¹ LIMA VIANNA, 2007, p. 819.

²⁸² TJSC, Recurso Criminal, no. 2008.043098-4, de Joinville, rel.Des. Solon d’Eça Neves, j. em 13/01/2009. No mesmo sentido: TJSC, Recurso Criminal n. 2007.025037-6, de Joinville, j.em 28/08/2007.

Barbosa corrobora a análise do jurista Gama Cerqueira no que respeita ao uso, muitas vezes de “concorrentes inescrupulosos”, do direito penal, principalmente a medida de busca e apreensão, como instrumento “para perturbar as atividades da parte contrária e causar-lhe prejuízos na instância civil”.²⁸³

Pegando como exemplo a lei n. 9.279/96, que regula a Propriedade Industrial, se observa que ela manteve a tradição brasileira de dar tratamento duplo aos atos ilegais, sanções civis e penais, porém, a maioria das condutas tipificadas permitiriam a repressão do ilícito simplesmente no âmbito do direito privado: uma tradição copiada e não uma necessidade real verificada, o que acabou colaborando com a crise no sistema penal brasileiro.

A ineficiência administrativa nos vários setores da vida social (mas basicamente na educação, trabalho e saúde) deságua na insegurança pública e no stress social que, por sua vez, aumenta a criminalidade e congestionam o sistema penal, gerando a sensação de impunidade que realimenta a insegurança pública. Cria-se, portanto, um círculo vicioso, que afeta todos os órgãos institucionais: inflação legislativa e descrença no judiciário.

Como já visto, o âmbito penal está passando uma superposição de três crises: a imanente ao direito penal moderno e a sua legitimidade e dogmática, e a mais recente, que enfrenta uma legislação penal expansiva com um sistema penal em retrocesso.²⁸⁴

Se não podemos resolver *prima facie* a incompetência administrativa, devemos evitar de sobrecarregar o sistema penal, chamando-o para atender situações que não decorrem de evidente dano social, como é o caso da propriedade intelectual, que possui vários outros mecanismos para proteção de seus distintos direitos: “em relação à lei de patentes se observa uma escassa utilidade das normas penais, em razão de que praticamente não se registra nenhuma condenação por estes ilícitos”.²⁸⁵

Apesar dos arts. 41 a 61 do Acordo TRIPS preverem padrões mínimos de proteção judicial e administrativa dos direitos de propriedade intelectual, a legislação

²⁸³ BARBOSA, 2008, p.283.

²⁸⁴ SILVA SANCHES, 1992, p.17.

²⁸⁵ CARBONE, 2007, p.164.

brasileira os atende com excesso desnecessário e tudo leva a crer que a legislação argentina também. Na ótica penal esta proteção acarreta vários problemas jurídicos, que foram levantados na análise da “Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às medidas penais destinadas a garantir o respeito dos direito da Propriedade Intelectual”²⁸⁶, que apesar de aprovar, registrou as seguintes observações:

a) o Comitê Econômico e Social Europeu/CESE reconhece a imprecisão de determinados conceitos jurídicos, dentre eles o de “escala comercial” e o “caráter comercial” das infrações, o que vai contra os princípios de direito penal (1.4);

b) constata, também, a utilização cada vez mais generalizada de um conceito vago de “propriedade intelectual”, que mescla conceitos jurídicos muito distintos e diversos modos de proteção e de utilização. Os direitos imateriais possuem diferentes naturezas, duração, alcance, regime jurídico próprio, validade territorial variável e instituições específicas para seus registros ou proteção. Além das interpretações das infrações poderem variar segundo o país e serem alteradas com muita rapidez (4.1);

c) pondera sobre a prática de algumas condutas que poderiam ser caracterizadas como falsificação ou cópia ilegal em vários Estados, recebendo penas altas mesmo quando não exista a intenção comercial nem associação delitiva, como é o caso da engenharia reversa e da cópia privada, entre outros (4.2);

d) aprova, igual a Directiva de 2004, o direito de que a harmonização prevista se refira apenas as infrações cometidas em escala comercial, cuja natureza possa afetar de forma substancial o mercado único. Reafirma a necessidade de definir melhor o caráter “comercial” seja em relação aos efeitos, quantidades, finalidade, etc. Também faz uma reflexão sobre a distinção entre “violação em escala comercial de um direito de propriedade intelectual” e “violações graves” mais afetas à coletividade. Além disso, questiona a natureza jurídica (se bens materiais ou intelectuais) da troca privada de dados na internet, a reprodução ou *remix* de música, ou a representação de obras, tudo em um âmbito familiar ou privado, ou com fins de estudos e experiência (4.2.2);

²⁸⁶ COM(2005) 276 final – 2005/0127(COD) e (2007/C 256/02), sessão de 12 de julho de 2007 pelo Comitê Econômico e Social Europeu que aprovou, por 76 votos a favor e 3 contra, o presente Ditame.

e) ao questionar sobre o tratamento que esta sendo dado aos programas de cópia, finaliza, com a seguinte reflexão: A criação e utilização de meios de copia para que o consumidor ou a empresa titular de uma licença de programa de computador possam exercer seus direitos (copia privada, de segurança, para a utilização em diferentes suportes) não deveriam estar penalizadas em si, mas apenas se existirem o componente moral e o componente material de um delito em escala comercial (4.3.5);

Somado a tudo isto, se é certo o interesse jurídico na tutela penal dos direitos morais do autor, a tutela penal dos direitos patrimoniais é bastante controvertida.

Não se nega a existência de um interesse individual e social em tutelar a autenticidade de uma obra, tanto como a sua integridade. Porém, a reprodução desta obra, longe de lesionar um interesse do artista ou do público, beneficiará a todos, por isso, não há qualquer interesse jurídico do autor em evitar a reprodução de sua obra. Este interesse é apenas dos detentores dos meios de reprodução, que buscam manter um monopólio na distribuição da obra para, com isso, produzir artificialmente uma escassez inexistente principalmente na era digital.²⁸⁷

Tais reflexões, somado às características comerciais da propriedade intelectual e aos problemas desiguais de ordem econômica, política e internacional entre os Estados membros que compõem o Acordo TRIPS, fortalecem a adoção do princípio da razoabilidade no trato da matéria, a fim de justificar a descriminalização da maioria das condutas que violam a propriedade intelectual, merecedora de melhor proteção em outras áreas do Direito.

Nos itens 3.1 e 3.2 deste trabalho demonstrou-se a existência na Constituição Brasileira de conflito entre princípios constitucionais relativos à liberdade de concorrência e à limitação da concorrência da propriedade intelectual, e foi apontada como solução a aplicação do princípio da razoabilidade. Importante apresentar uma noção geral do que a doutrina e os tribunais brasileiros apresentam sobre o que seria o princípio da razoabilidade.

²⁸⁷ LIMA VIANNA, 2007, p. 817.

Para a doutrina, “razoabilidade é a regra de menor interferência no *status quo*, com vistas à assegurar a máxima segurança jurídica, e a mínima intervenção estatal no âmbito jurídico das pessoas privadas”. Já o Supremo Tribunal Federal/STF aplica quatro sentidos: 1) razoável é o que decorre da experiência normal; 2) é a adequação de meios e fins; 3) é o princípio da moderação que deve restringir ao mínimo possível as agressões fundadas em direito; 4) é o balanceamento de interesses jurídicos fundamentais, de liberdades e direitos,²⁸⁸

Este conflito é só mais um exemplo da importância do direito penal também se preocupar com uma visão sistêmica. Luisi e Prado são dois autores brasileiros que se preocupam em analisar os bens jurídicos sujeitos à proteção penal sob a ótica constitucional, e demonstram que a noção apresentada do princípio da razoabilidade é a tendência também aplicada no direito penal. O delito passaria a ser considerado como definiu Bricola: “um fato lesivo de um valor constitucional, cuja significação se reflete sobre a medida da pena” Hassemer sintetizou dizendo que a repressão penal:

está vinculada a valorações que a sociedade faz dos objetos que os referidos comportamentos lesam ou põem em perigo. Essas valorações, por sua vez, são produtos de três fatores: a frequência desses comportamentos, a intensidade da necessidade da preservação do objeto merecedor da tutela e a intensidade da ameaça contra esse. Esses fatores, no entanto, apresentam-se diversamente, com nuances próprias em cada contexto social e em cada momento histórico.²⁸⁹

Na Constituição de Portugal está previsto o princípio genérico de proporcionalidade como “o estabelecimento de uma relação de proporcionalidade entre o bem jurídico penalmente tutelado e o direito restringido pela sanção penal,” com as seguintes diretrizes fundamentais que coordenaram o movimento descriminalizador: 1) o recurso à pena criminal só será legítimo quando o interesse protegido for proporcional (proporcionalidade em sentido estrito) ao valor (liberdade pessoal) atingido por ela; 2) a decisão sobre a criminalização de uma determinada conduta deve estar sempre condicionada a considerações pragmáticas ou de necessidade.²⁹⁰

²⁸⁸ BARBOSA, 2003, p.105-109.

²⁸⁹ LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ)**. Brasília, v.2, n.4 jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/138>>. Acesso em: 21 outubro 2008.

²⁹⁰ FIGUEIREDO, 2008, p.86-87.

Por isso, na visão de Lima Vianna, “enquanto aos direitos morais do autor, como se tratam de direitos personalíssimos, que abarcam interesses públicos e privados, é bastante justificável a tutela penal”. Já, com relação aos direitos patrimoniais, sem dúvida, sua natureza eminentemente civil exclui qualquer interesse público na tutela penal, “seja o interesse do autor em receber uma remuneração por seu trabalho, seja do interesse da empresa de manter seu monopólio comercial”.²⁹¹

Da aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade e das valorações sociais dos bens jurídicos constitucionais, Barbosa apresenta a seguinte reflexão relacionando-os à propriedade intelectual:

Dessas manifestações da regra de balanceamento de interesses se pode depreender que a lei de patentes ou de direitos autorais não é um estatuto e proteção de investimento – e nem dos criadores e inventores; não é um mecanismo de internacionalização do nosso direito nem um lábaro nacionalista; é e deve ser lida como um instrumento de medida e ponderação, uma proposta de um justo meio e assim interpretado. E no que desmesurar deste equilíbrio tenso e cuidadoso, está inconstitucional.²⁹²

Se não for assim, “não estaríamos diante de autênticos bens jurídicos, mas de “unidades funcionais” ou “modelos de organização social”, que numa abordagem de cunho criminológico, não protegeriam “vítimas” e sim “funções”.²⁹³

4.2.1 Direito penal econômico: concorrência desleal e responsabilidade penal da pessoa jurídica

Não resta dúvida de que a propriedade intelectual e a política de concorrência, própria do direito de mercado, possuem razão econômica. Mercado é sinônimo de concorrência, que em regra geral, é disputada por pessoa jurídica, cujos interesses afetam e interferem na política de Estado, e nesta esteira, “os direitos de Propriedade Intelectual, ao tornarem exclusiva uma oportunidade de explorar a atividade empresarial, se aproximam do monopólio”.²⁹⁴

4.2.1.1 Concorrência Desleal

Qual é o valor econômico-jurídico de qualquer propriedade intelectual, com exceção talvez da marca? “É o conferir ao seu titular um tempo de vantagem na

²⁹¹ LIMA VIANNA, 2007, p. 818.

²⁹² BARBOSA, 2003, p.111.

²⁹³ FIGUEIREDO, 2008, p.101.

²⁹⁴ BARBOSA, 2008, p.33.

concorrência.” Apesar da resposta apresentada o propósito do autor é tentar extrair dos leitores a percepção de que a propriedade intelectual tem algum propósito de beneficiar o consumidor, não obstante citar as seguintes palavras de Pontes de Miranda: “A Propriedade Intelectual não é feita para regular ou beneficiar o público, é feita para regular a competição.” Portanto, o valor social da propriedade intelectual estaria na melhora da concorrência, que culminaria em benefício do consumidor.²⁹⁵

Nas palavras de Hassemer:

a criminalidade econômica como tal sempre existiu, no sentido de que uma pessoa causa danos aos interesses econômicos de uma outra pessoa, fraude, falta de fidelidade econômica etc. Mas a criminalidade econômica moderna é bem diferente. Não se trata de casos individuais, não se trata de apenas uma pessoa como vítima, mas se trata de estratégias. A criminalidade econômica moderna é difusa – eu volto a especificar isso – mas repito que a criminalidade econômica moderna é diferente da criminalidade clássica; as vítimas, de regra, são pessoas jurídicas.²⁹⁶

Nos estudos sobre delito econômico, existem autores espanhóis que apresentam um duplo conceito, como é o caso de Fernández, para quem delito econômico em sentido estrito “é a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica entendida como regulamentação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país”; enquanto que no seu sentido amplo seria “aquela infração que, afetando a um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo, em segundo termino, a regulamentação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”.²⁹⁷

Ao analisar as características da concorrência, Barbosa afirma que “o Direito pode aceitar, e mesmo incentivar, a lesão a interesses econômicos privados”, o que poderia nesta pesquisa ser comparada a lesão causada pela pirataria “branca” aos lucros das empresas privadas, e continua afirmando que tais lesões seriam permitidas “com vistas a resguardar o interesse maior da concorrência e da livre iniciativa”, o que novamente pode ser exemplificado no direito constitucional do acesso à informação.²⁹⁸

²⁹⁵ BARBOSA, 2008, p.293.

²⁹⁶ HASSEMER, Wilfred. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 41, out./dez. 1994.

²⁹⁷ HERRERO, Cesar Herrero. **Los delitos económicos: perspectiva jurídica y criminologica**. Madrid: Ministerio del Interior, Secretaria General Tecnica, 1992, p.43.

²⁹⁸ BARBOSA, 2003, p.318.

Ou seja, existem duas idéias essenciais que sustentam a livre concorrência: mínima intervenção estatal e honestidade na competição, com obediência às leis de mercado e às normas jurídicas que a disciplinam.²⁹⁹

Dentro das regras da concorrência, desenvolveu-se algumas doutrinas jurídicas, dentre elas importante se destacar a da concorrência parasitária e da cópia servil. A primeira questiona o parasitismo econômico, que se usufrui da atividade de pesquisa e criatividade do empresário concorrente, criando com isso, um desequilíbrio na concorrência.

Já a tese da Imitação Servil se baseia na apropriação ilícita das produções intelectuais, tratada principalmente na área da concorrência desleal e por isso, diferente da figura do plágio que se refere ao direito autoral, pois gera um conflito entre partes privadas e utilidade social. Isto porque, “advoga que é devida proteção”, em qualquer sistema adotado pela propriedade intelectual,” sempre que a apropriação por um competidor de uma vantagem competitiva ocorra sem que esse competidor tenha de fazer qualquer investimento próprio”³⁰⁰

Observe-se que trata-se do competidor legalmente integrado no mercado; portanto não é o “pirata” mas também não é todo e qualquer titular de propriedade intelectual, mas apenas aquele cuja atividade é direcionada ao mercado.

Para Barbosa, estas doutrinas jurídicas demonstram que é possível se alcançar proteção tanto no que se refere a equidade entre as partes quanto da utilidade social: “o remendo irrefletido da jurisprudência que se inclina à *good conscience* sem levar em conta a função social é, sem a menor sobre de dúvida, um simulacro de justiça e uma ofensa à sociedade”.³⁰¹

Além do mais, em relação à concorrência desleal observa-se que principalmente o interesse econômico geral (*lato sensu*) e a livre concorrência (*stricto sensu*) podem ser apontados como os bens jurídicos protegidos. Isto porque representam a manifestação mais concreta da liberdade de comércio, sendo que a principal característica a ser apontada é seu caráter de instrumento de regulação econômica: proteger tanto o produtor como o consumidor contra as manobras

²⁹⁹ PIMENTA, 2005, p.247.

³⁰⁰ BARBOSA, 2003, p.327.

³⁰¹ BARBOSA, 2003, p.330.

tirânicas, opressoras e destrutivas que podem exercer as grandes empresas, os monopólios, as grandes aglomerações de capital.³⁰²

Esta natureza patrimonial, se compreendida como direito fundamental, no entender de Comparato, deve então ser assimilada levando em consideração as condicionantes sociais de sua utilização, atendendo à sua função social, pois seu uso deve servir, por igual, ao bem-estar da coletividade. Este modelo é seguido pelo Brasil e pelas Cortes Constitucionais Alemã e Italiana, além do art.7 do Acordo TRIPS, que apresenta um parâmetro das finalidades sociais da propriedade intelectual.³⁰³

Pela leitura e interpretação do art.10-bis, da Convenção de Paris, constitui concorrência desleal “todo ato de concorrência contrário às praticas honestas em matéria industrial e comercial, desta forma, seria possível rotular de crimes de concorrência desleal, todos os crimes contra a propriedade industrial”.

A seção oitava do Acordo TRIPS que trata do controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licenças, em seu art.40, não nega eventuais ônus que tais práticas possam acarretar, dentre eles o impedimento da transferência e da divulgação da tecnologia.

Magalhães Noronha, ao analisar a questão, lembra que existem atos de comércio que apesar de não primarem pela correção, não podem ser caracterizados de concorrência desleal, permanecendo no âmbito da competição desonesta, sendo que a proteção contra tais atos se encontra na esfera do direito civil, apenas os atos de maior gravidade, mais desleais, mereceriam a repressão penal.³⁰⁴

Com raras exceções, realmente é possível concluir que praticamente todos os crimes de propriedade intelectual poderiam configurar concorrência desleal, cuja figura delituosa parece ser o foco principal da propriedade intelectual, inclusive por estar tutelada em várias áreas do direito, conforme sintetiza Barbosa:

Assim, a tutela jurídica da concorrência tem sua dimensão de direito privado, que vem sendo historicamente o objeto do segmento da Propriedade Intelectual denominado concorrência desleal e, na proteção do fundo de comércio ou do aviamento, pelo Direito Comercial. E tem sua parcela de direito público, seja na

³⁰² CABANELLAS, Guillermo. **Derecho antimonopolico y de defensa de la competencia**. Buenos Aires: Heliasta, 1983, p.211-213.

³⁰³ BARBOSA, 2008, p.39-40.

³⁰⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985-1986, p.34-44.

regulação do próprio Estado, seja na tutela geral do espaço concorrencial, este objeto do chamado Direito de Defesa da Concorrência, ou Direito Antitruste.³⁰⁵

Apesar da tendência mundial ser o aumento da repressão da concorrência desleal no âmbito penal, com exceção da Alemanha, muito pouco vem se desenvolvido, teórica e dogmaticamente, neste tema. Ainda assim, a própria Alemanha vem sofrendo questionamentos em relação a compatibilidade dos tipos penais previstos nas normas de cunho econômico, com os previstos na legislação própria, principalmente no que se refere a certeza mínima exigida pelos princípios constitucionais alemães. Por tal motivo, diversos autores estão propugnando a eliminação das figuras penais na legislação de concorrência.³⁰⁶

Não é diferente a análise apresentada por Barbosa no sentido de que “a simples existência do mecanismo parece ser importante para evitar os excessos que se pretende impedir”. Mas para o autor não parece que esse já seja o caso nas condições da América do Sul:

Mesmo no caso brasileiro, onde existe um número maior de casos administrativos e judiciais relativos ao tema, pouquíssimas decisões tiveram qualquer impacto no público, na imprensa ou na formulação de políticas públicas ou estratégias privadas. Nem mesmo o conjunto das decisões, ou a política institucional do sistema brasileiro de concorrência, veio a incidir com qualquer relevância no campo da Propriedade Intelectual.³⁰⁷

Cita-se também como exemplo da dificuldade de aplicar a proteção penal no campo econômico, a legislação argentina sobre concorrência desleal, cujas análises foram trazidas por Cabanellas. Ao defender a proteção penal, o autor aponta como fundamento básico a ausência de reparação a muitos interesses lesionados pela concorrência desleal, dando como exemplo os prejuízos sofridos pelos aumentos ilegais de preço³⁰⁸. Ocorre que o direito penal, e a pena aplicada, não têm como finalidade a reparação de danos sofridos pela vítima, que possui em outras áreas do direito privado os instrumentos necessários para tal proteção. Observa-se neste ponto o perigo de operadores de outras áreas do direito manusearem instrumentos distintos de sua especialidade.

³⁰⁵ BARBOSA, 2003, p.288.

³⁰⁶ CABANELLAS, 1983, p.226.

³⁰⁷ BARBOSA, 2008, p.296.

³⁰⁸ CABANELLAS, 1983, p.213.

Outro exemplo da dificuldade de integrar alguns conceitos de direito penal em matéria econômica, e que vai ao encontro das observações do CESE, fica demonstrado nos capítulos da lei argentina. Especificamente os que tratam das causas de justificação das condutas e exclusão da culpabilidade, compreendidas no âmbito de aplicação da lei de defesa da concorrência; inclusive o próprio autor Cabanellas levanta dúvidas sobre a aplicabilidade de tais normas.

Ao analisar, por exemplo, o instituto da tentativa, tem-se a dificuldade de sua configuração; já na legítima defesa observa-se a aplicação de uma “regra da razão” a fim de justificar a conduta típica cometida. Acaba a própria lei sendo contraditória ao bem jurídico que pretendeu tutelar.³⁰⁹

No caso do erro de direito, em razão da inclusão como um dos elementos essenciais ao tipo básico o “prejuízo potencial para o interesse econômico geral”, a lei criou dificuldade de interpretação provocada pela amplitude dos termos utilizados, dificultando o alcance do que seria prejuízo potencial, dubiedade que fere o princípio penal da taxatividade (que exige redação clara, certa, objetiva e limitada).³¹⁰

Por último, cita-se também a dificuldade em relação ao instituto da participação, posto que as normas de defesa da concorrência pressupõe em geral, a existência de uma estrutura empresarial que permita a realização das condutas econômicas envolvidas e, deste ponto de vista, todas as pessoas que formam parte de uma empresa prestam a ela auxílio ou cooperação. Ocorre que apenas serão punidas quem houver compreendido a natureza anticompetitiva ou constitutiva de abuso de posição dominante dos atos da empresa, ou deveriam tê-los compreendido tendo em conta a posição que ocupa e os limites de hierarquia e obediência dentro da estrutura da empresa.³¹¹

E no Brasil não é diferente, já que a essência e as características da concorrência desleal são idênticas. Vários autores brasileiros, Hungria, Fragoso³¹², Delmanto³¹³, Barbosa, entre outros, acompanhados dos tribunais pátrios, especificam algumas particularidades desta modalidade criminosa, tais como:

³⁰⁹ CABANELLAS, 1983, p. 240 e 219.

³¹⁰ CABANELLAS, 1983, p.222-224.

³¹¹ CABANELLAS, 1983, p.245-246.

³¹² FRAGOSO, Heleno Claudio; FRAGOSO, Fernando. **Lições de direito penal**: parte especial. 10 ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

³¹³ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 7.ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

que não rival pode praticar um ato desleal, mas não um ato de concorrência desleal; (...) não há lesão possível aos parâmetros adequados da concorrência se nem competição, efetivamente exercida, existe; (...) sujeito ativo e sujeito passivo são necessariamente concorrentes, atuais ou futuros, no exercício do comércio, da indústria ou da profissão (RT 197/98, 242/377, 306/436);³¹⁴

Considerando tais características, com razão questiona Cabanellas quando afirma que as condutas tipos muitas vezes vão de encontro as ações próprias da livre concorrência, considerando que os atos de abuso de posição dominante e o de lesão à concorrência, referidos a um mesmo mercado, serão geralmente parte de uma única resolução delitiva.³¹⁵

Como já mencionado, estes problemas são comuns em muitas legislações estrangeiras.

Nos EUA, boa parte das normas antimonopólicas de ordem penal são vagas, e só não causam maiores prejuízos porque estão neutralizadas por um complexo aparato jurisprudencial somado a adoção de mecanismos administrativos destinados a outorgar um maior grau de segurança jurídica aos sujeitos afetados, através, p.ex., da emissão de opiniões prévias a respeito de casos concretos. O Mercado Comum Europeu também estabeleceu um complexo sistema administrativo enquanto a Grã-Bretanha limitou as condutas penais, basicamente as relacionadas com os procedimentos legais ou que descumprissem ordens judiciais.³¹⁶

A resposta dos dados pesquisados por Barbosa é de que existe um sistema, na maioria dos países, de tutela da concorrência, e ele está em operação. No entanto, tem sido aplicado apenas marginalmente ao campo da propriedade intelectual, e quando aplicado, obtém muito pouca eficácia principalmente no campo das políticas públicas:

Em particular no campo da análise das cláusulas e práticas restritivas, a adoção de um parâmetro TRIPs, ou talvez, o simples abandono da postura anterior pelo influxo da globalização, representou um retrocesso na ação estatal de controle dos excessos da Propriedade Intelectual. (...) o sistema europeu e o americano de controle desses contratos permanece ativo e representa a mais intensa intervenção dos sistemas concorrenciais no domínio da Propriedade Intelectual.³¹⁷

³¹⁴ AC.7740, RESE 0128053-1-Cascavel/PR, 4ª Cam.Crim., julg.27/12/2001, DJ 1/2/2002; RCCR 95.01.27068-8-GO, 4ª T., DJ 10/101996. BARBOSA, DJ., 2003, p.274-275.

³¹⁵ CABANELLAS, 1983, p. 231.

³¹⁶ CABANELLAS, 1983, p.224-225.

³¹⁷ BARBOSA, 2008, p.298-300.

Não bastasse a dificuldade jurídica, tem-se a apatia ou solidariedade de parte da sociedade. A sociedade e mesmo os profissionais do direito compreendem muito mal o alcance e a lesividade do delito econômico, bem como a responsabilização penal da pessoa jurídica. Seus infratores, longe de serem repudiados pelos círculos sociais onde vivem, são bastante invejados pelo êxito econômico que os acompanha, sendo muitos os que aguardam oportunidade propícia para imitá-los.³¹⁸

4.2.1.2. Responsabilidade penal da pessoa jurídica³¹⁹

Historicamente a imputação penal da pessoa jurídica tem primórdios remotos no Direito Romano. Para muitos autores foi em virtude da adoção da teoria da ficção de Savigny, durante o século XIX, que se teve consagrado o princípio do *societas delinquere non potest*, já para outros foi em decorrência de razões políticas.

Basicamente foram duas teorias a se preocuparam com o tema: a) teoria da ficção, as pessoas jurídicas não possuem condições psíquicas de imputabilidade, e quando atuam o fazem por meio de representantes, devendo estas responderem no âmbito penal; b) teoria da realidade/teoria organicista e da vontade real, a pessoa jurídica é um ser real.

Contrariando as majoritárias doutrinas brasileira e estrangeira, que aplicam a teoria da ficção, a Constituição Federal de 1988 adotou duas exceções: crimes contra a ordem econômica e financeira e crimes ambientais, arts.173, par.5º e 225, par.3º/CF.

Silveira recorda que a partir do Iluminismo este tipo de imputação foi abandonado na Europa continental, ressurgindo a partir do fim da Primeira Guerra Mundial junto com o nascimento das sociedades de risco pós-industriais.³²⁰

³¹⁸ FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. **Criminalidade econômica empresarial e cibernética**: o empresário como delinqüente econômico e os crimes cometidos através da internet. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p.27.

³¹⁹ Sub-capítulo realizado com base nas seguintes doutrinas: CASTELO BRANCO, Fernando. **A pessoa jurídica no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001; GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**: hipertrofia irracional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. **Jus Navigandi**, Teresina, a.6, n.58, ago.2002; PODVAL, ROBERTO (org). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.194.

Acirradas e intermináveis discussões sobre a matéria são travadas no âmbito nacional e internacional, conforme algumas doutrinas já apontadas, sendo que para muitos o pano de fundo é político-criminal. Os contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica, basicamente se apóiam em três pontos: a sua não-capacidade de ação, a sua não-culpabilidade e o fato da pena estar, por essência, orientada somente ao homem.

Baratta também entende incabível, inclusive orienta no sentido de que eventuais danos causados pelos macrodeltos econômicos-financeiros, podem ser controlados “por meio de sanções e desincentivos, passíveis de atingir a organização em seu núcleo essencial, quer dizer, em sua liberdade de operação e em seu patrimônio”.³²¹

Para Zaffaroni esta discussão é inútil, porque qualquer sanção a uma pessoa jurídica, sempre será reparadora/restitutiva (civil) ou administrativa (coerção direta); “o batismo não muda a natureza destas sanções”. O que a lei fez na realidade foi autorizar ao juiz penal acumular as funções do juiz civil, ou seja, numa mesma sentença decidir as questões civis, administrativas e penais, impondo as sanções respectivas. E completa afirmando que, atrás da responsabilização penal da pessoa jurídica, “pesam critérios de diferentes signos ideológicos, como o desenvolvimento do direito econômico, a defesa da ecologia e dos consumidores e, fundamentalmente, os critérios de defesa social contra o chamado crime organizado.” Mas alerta no final se posicionando contra esta forma de punição: “estes discursos não podem ocultar o perigo que importa deformar o conceito de conduta e lesionar o princípio de responsabilidade pessoal em matéria penal”.³²²

Grande parte da doutrina espanhola aplica a punição da pessoa jurídica e apresenta um sistema bastante evoluído com distintos institutos jurídicos, como a aplicação de medidas de segurança, conseqüências acessórias, sistema de *numerus clausus*, audiência prévia, medidas cautelares, etc., verdadeiras inovações no Código Penal espanhol de 1995.³²³

³²¹ CERVINI, 2002, p.154.

³²² ZAFFARONI, 2007, p.328.

³²³ HERRERO, Cesar Herrero. **Los delitos económicos**: perspectiva jurídica y criminologica. Madrid: Ministerio del Interior, Secretaria General Tecnica, 1992; ARROYO ZAPATERO, Luis. VICENTE MARTINÉZ, Rosario de (dirs.). **Derecho penal económico**. Barcelona: Ariel, 2001; BACIGALUPO, Enrique (Dir.) **Curso de derecho penal económico**. Madrid: Marcial Pons, 1998; BAJO, Miguel. BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal**

Apenas para citar uma delas, as medidas de segurança reconhecem a periculosidade das entidades coletivas que estão dentro da *persecutis criminis*, considerando assim, a necessidade de impor ao ente ficto algumas hipóteses de sanções, tais como: a dissolução, suspensão, revogação de permissão e licenças, proibição de fixação territorial, publicação da sentença, intervenção da atividade comercial, da contabilidade ou, em geral, da gestão empresarial, exclusão de subvenções, etc. Portanto, não se questiona o princípio da culpabilidade porque tais medidas de seguridade (ou segurança) funcionam apenas em virtude da periculosidade.³²⁴

Deste modo, concluem os autores Bajo Y Bacigalupo, baseados na filosofia apresentada pela doutrina espanhola, que o papel do direito penal na luta contra a delinqüência econômica está condicionado pelo princípio de igualdade ante a lei penal. Com efeito, é necessário que o direito penal deixe de ser um instrumento de opressão de uma classe, para converter-se em um autêntico meio de liberdade e progresso social permitindo uma ordem mínima de convivência.³²⁵

Tudo isto passa por uma redefinição do princípio *societas delinquere non potest*, cuja vigência, revogação e/ou reformulação é matéria de inúmeros estudos como já informado:

em resumo, entre a expansão sem freios da intervenção penal, defendida por Giorgio Marinucci e Emílio Dolcini e a preservação do núcleo do Direito Penal, fundamentado na função exclusiva de proteger subsidiariamente os bens jurídicos fundamentais e de defender direitos, liberdades e garantias das pessoas, conforme Félix Herzog, Winfried Hassemer e Jorge de Figueiredo Dias, põe-se de permeio a expansão moderada de Silva Sánchez.³²⁶

econômico. Madrid: Editorial centro de estudios Ramón Areces, 2001; CUADRADO LUIZ, María Ángeles. **La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario:** análisis crítico del art.363 del Código penal. Barcelona: José Maria Bosch, 1998; DERECHO PENAL ECONÓMICO. **Manuales de Formación continuada.** Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L. Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la "información" como valor económico de empresa. In: **AA VV, Estudios de Derecho Penal Económico** (Arroyo Zapatero/Tiedemann, edit.).Cuenca, 1994; MORALES PRATS, F. Privacy y reforma penal: la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal (1983). In: **Documentación jurídica**, vol.1. Madrid, 1983; PÉREZ DEL VALLE, C. Sociedad de riesgos y reforma penal. In: **Poder Judicial**, CGPJ, núms. 43-44. Madrid, 1996; SCHUNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v.41, n.2, p.529-558, mayo/ago.1988; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³²⁴ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico.** Madrid: Editorial centro de estudios Ramón Areces, 2001, p.138-157.

³²⁵ BAJO; BACIGALUPO, 2001, p.59.

³²⁶ FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal e econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.276.

Paralelo a este conflito de interesses e da capacidade ou não de responsabilizar-se a pessoa jurídica, já que é através dela que se constrói um monopólio de idéias, existe ainda o fato do mercado se desenvolver muito mais rápido que os governos. Prova é que as regras podem variar substancialmente de um país ao outro, como exemplo, a primeira condenação por violação à propriedade intelectual, através da falsificação, nos EUA pode significar uma multa de dois milhões de dólares e um longo período na prisão, enquanto que a mesma conduta na China acarreta uma multa de menos de mil dólares.³²⁷

Isto comprova que o tema de propriedade intelectual está dividido em dois grupos: o mundo desenvolvido, defendendo que todos os direitos de propriedade intelectual favorecem o comércio, beneficiam a sociedade e catalisam o progresso técnico, enquanto que do outro lado, há os países em desenvolvimento, afirmando que as atuais regras de proteção da propriedade intelectual obstaculizam com qualquer possibilidade de desenvolvimento da indústria, da tecnologia e da população local, e apenas beneficiam o mundo desenvolvido.³²⁸

Especificamente em relação ao programa de computador, a problemática parece ser mais grave, conforme manifestação de Ascensão: “as condições tecnológicas existentes na sociedade do conhecimento estão envoltas num ambiente tecnológico informacional no qual o *software* é um elemento fundamental”.³²⁹

Baseando inicialmente no art.52 do Código Civil, Orrico Júnior³³⁰ atribui os seguintes direitos da personalidade da pessoa jurídica:

a) direito ao nome: não confundindo o nome empresarial com o título do estabelecimento, este protegido pela lei de patentes;

b) direito à imagem: o autor a divide em imagem-retrato (representação) e imagem-atributo (qualidades);

c) direito à vida privada: que seria o direito ao segredo (sigilo comercial ou industrial ou *know-how*). Destaca o autor que “o amparo legal recai sobre a reserva

³²⁷ NAÍM, 2006, p.122.

³²⁸ CORREA, 2005, p.27.

³²⁹ apud WACHOWICZ, 2008, p.54.

³³⁰ ORRICO JÚNIOR, 2004, p.119-123.

que deve ser mantida na atividade negocial e industrial, especialmente no que diz respeito à transferência de tecnologia;”

d) direito à honra: considerada como a reputação da pessoa jurídica, proteção de sua honra objetiva.

Ainda, apresenta argumentos defendendo a inconstitucionalidade do par.1º do art.2º da lei de programa de computador, que veda a aplicação dos direitos extra-patrimoniais, a quem quiser fazer um estudo mais aprofundado sobre o tema.³³¹

A propriedade intelectual está em plena expansão, tocando quase todos os aspectos da nossa vida. O homem moderno aprecia a propriedade intelectual sem dar-se conta: escuta musica enquanto come um hambúrguer de marca sentado numa cadeira cujo desenho se encontra protegido e bebe uma bebida patenteada que o ajuda a digerir seu hambúrguer. Sem dúvida, esta propriedade intelectual onipresente está evoluindo muito favorecendo cada vez mais não ao seu criador se não ao investidor, em detrimento do interesse geral. Os direitos intelectuais devem ser utilizados no limite de sua finalidade e de sua função; nem mais, nem menos.³³²

4.3 Combate à pirataria intelectual e à de programa de computador

Considerando tudo o que já foi dito, Barbosa vem reforçar a idéia de que o tema da propriedade intelectual, mais especificamente em relação ao programa de computador, precisa ser compreendido dentro de uma ótica econômica, porém sem olvidar o viés do interesse público:

No tocante à propriedade resultante da proteção aos programas de computador, das patentes e dos demais direitos intelectuais de funções essencialmente econômicas, a Carta aceita sem dúvida a restrição à concorrência, mas evitando que os poderes dela resultantes tenham o caráter absoluto – o monopólio só existe em atenção ao seu interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.³³³

Apesar da existência do Acordo TRIPS, taxas mundiais de pirataria de programa de computador, música, filmes e jogos eletrônicos permanecem elevados, em parte porque muitos países na África e na América Latina não cumpriram os prazos impostos pelo acordo para renovar as suas leis de propriedade intelectual.

³³¹ ORRICO JÚNIOR, 2004, p.126.

³³² REMICHE, 2006, p.369-370.

³³³ BARBOSA, 2003, p.131.

Outros países, particularmente na Ásia, têm cumprido formalmente o acordo com a aprovação da nova legislação, mas que não estão sendo efetivamente aplicadas.³³⁴

Verifica-se que do ancestral contrabando à atual pirataria muita coisa mudou graças à tecnologia que rompendo fronteiras e minimizando os custos de transportes, tornou possível o comércio de uma vasta gama de produtos que até então não existiam ou não eram possíveis de serem comercializados.

O crime organizado é o outro lado da moeda da globalização e está modificando as regras do sistema internacional com a introdução de novos atores e a reconfiguração do poder político e econômico. As novas tecnologias com a abertura das fronteiras permitiram que as atividades ilícitas melhorassem suas estruturas profissionalmente e em escala planetária, tendo como principal ferramenta a velocidade e a eficiência da rede internet, que hoje é o caminho mais utilizado para a pirataria.³³⁵

A macrocriminalidade até então limitava-se à área policial e ao mundo subterrâneo e distante, porém as redes de comerciantes de bens ilícitos sem pátria estão mudando esta visão, até porque o lucro é uma motivação poderosa e mais próxima do que se imaginava:

Os traficantes e seus sócios controlam os partidos políticos, dominam importantes meios de comunicação e são os maiores filantropos por trás das organizações não-governamentais. Esse é um resultado natural em países onde nenhuma atividade econômica pode igualar-se, em tamanho e lucros, ao comércio ilícito e onde, portanto, os traficantes tornam-se o “grande empresariado” nacional.³³⁶

Limitada a uma das cinco guerras, a pirataria de programa de computador atinge várias empresas multinacionais, sendo a Microsoft a mais conhecida, porém dados apresentados pela Adobe, que produz o *software* que gera arquivos “pdf” trás números que demonstram o tamanho do comércio ilegal: estima-se, até porque os números são relativos diante das cifras negras, que 50% dos programas de computadores vendidos em seu nome são pirateados, sendo 90% na China, Vietnã e Ucrânia, 80% na Rússia, Indonésia e Zimbábue, 25% nos EUA e 50% na Espanha. Observa-se, pois, que a falsificação de programa de computador é um

³³⁴ WESTON, William Fischer. Intellectual-property law. **Encyclopædia Britannica**. 2008. Encyclopædia Britannica Online. 10 Nov. 2008 <<http://www.search.eb.com/eb/article-231531>>.

³³⁵ NAÍM, 2006, p.11.

³³⁶ NAÍM, 2006, p.11-13.

negócio lucrativo, considerando o prejuízo estimado em 2001, de 13 bilhões de dólares por ano, que sofrem as empresas legais em todo o mundo.³³⁷

Com isso aumentou as espécies de pirataria, que agora atinge também o programa de computador. A conduta denominada “pirataria de programa de computador” na visão de Orrico Júnior entende-se como “uma prática ilícita, caracterizada pela reprodução ou uso indevido de programas de computadores, legalmente protegidos”, ou seja, “é a reprodução ou utilização, não autorizada, de *softwares* de outrem, uma falsificação enfim”.³³⁸

A doutrina já chegou a arrolar os tipos de condutas tidas como pirataria de programa de computador, além da principal que é a cópia da mídia original.

Também se considera ilícito a cópia de cópia, a utilização de original em local ou país não licenciado mesmo que adquirido legalmente, a utilização fora do prazo licenciado, o *download* pela internet, o abuso de contrato e o abuso de *upgrades*. Orrico Júnior apresenta mais três hipóteses, mas que tratam-se mais de conduta meio do que o ilícito propriamente dito: pirataria por *emails*, o *grey market* (mercado cinza, transformação de um produto regularmente fabricado em pirata) e os produtos OEM (equipamento original de fábrica vendido já com o programa instalado mas que nem sempre significa já licenciado).³³⁹

Decisão que merece ser destacada vem do tribunal mineiro, que no corpo do acórdão ensinou com maestria o significado do termo “pirataria de programa de computador”, assim se pronunciando:

(...) a denominada "pirataria de *software*" nada mais é do que violação de direitos autorais, através de utilização ou reprodução de cópias de programas de computador, sem autorização ou licença do titular dos direitos autorais, que detém os direitos sobre a obra criada e, assim, deve autorizar toda e qualquer utilização do programa.³⁴⁰

Não é prioridade do tribunal catarinense a confusão em virtude do desconhecimento técnico do tema informático³⁴¹. Não bastasse o problema de definição das nomenclaturas jurídicas, o desconhecimento do tema também gera

³³⁷ NAÍM, 2006, p.117.

³³⁸ ORRICO JÚNIOR, 2004, p.59.

³³⁹ ORRICO JÚNIOR, 2004, p.93-103.

³⁴⁰ TJMG, Apelação Cível n.2.0000.00.513979-5/000(1), de Contagem, j.13/09/2005.

³⁴¹ TJSC, 3ª Câmara de Direito Civil, proc.2007.036067-7, cujo voto do relator afirma que o simples fato de realizar cópias de produto original – regulamente adquirido – para uso interno não caracteriza pirataria.

julgados errôneos e até contraditórios, como se pode verificar nas duas ementas do mesmo tribunal mineiro supra citado: “O uso irregular de *software*, através da instalação de cópias piratas em computador, configura violação de direito autoral, ensejando indenização”.³⁴²

Contrariamente na Apelação Cível da comarca de Poços de Caldas firmou-se que “o uso de um *software* em um sistema de rede interna de computadores, para o uso exclusivo de quem o adquiriu, não constitui ofensa aos direitos autorais, ex vi do inciso IV do art. 6º da Lei 9.609 de 19/12/1998”.³⁴³

Na seqüência, o acórdão após transcrever as excludentes do art.6º da Lei n. 9.609/98, especificamente interpretou e aplicou em relação a redação do inciso IV - “a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para uso exclusivo de quem a promoveu”, sentido diverso ao que realmente significa:

O uso não autorizado de um programa de computador lesa os direitos de seu autor, mas a integração desse mesmo programa num sistema aplicativo ou operacional, em rede interna de computadores, desde que para o uso exclusivo de quem o promoveu, não constitui ofensa aos direitos do autor.(...)

Ressaltou que suas atividades em nada se relacionam com o mercado de *softwares* e que fazer prevalecer a pretensão exarada na inicial, equivale a permitir o absurdo de que um livro, por exemplo, somente pudesse ser lido pelo comprador. Ou seja, em uma família com dez pessoas, seriam necessários dez livros, porque todos deveriam pagar direitos autorais.

Primeiro equívoco é entender que integração de um programa a um sistema aplicativo ou operacional é o mesmo que instalar um programa e disponibilizá-lo em rede interna. Mesmo em rede interna, cada acesso significa uma reprodução e, por tanto, uma violação da licença.

Um exemplo de integração de um programa, a fim de caracterizar a excludente, poderia ser a hipótese de se utilizar um sistema operacional Linux no computador e ao adquirir um programa, que somente funciona no sistema operacional Windows, será necessário realizar uma integração deste a fim de que ele possa ser utilizado no sistema do computador:

³⁴² TJMG, Apelação Cível n.2.0000.00.496829-4/000(1), Uberlândia.

³⁴³ TJMG, Apelação Cível n.2.0000.00.447858-4/000(1), Poços de Caldas.

Os programas que funcionam em um determinado sistema informático podem não ter nenhuma utilidade noutro sistema. A ausência de interoperabilidade constitui um freio ao desenvolvimento da informática. Cada vez mais, fabricantes de programas de computador esforçam-se por remediar essa situação, desenvolvendo interfaces externas compatíveis entre seus produtos e os dos seus concorrentes, ou alinhando-se a interfaces-padrão, tais como as do Windows. Mas para comunicar-se com outrem, é necessário conhecer sua linguagem. A fabricação de *softwares* interoperáveis pressupõe, por via de regra, a descompilação para conhecer as interfaces externas. Para ser compatível com outros programas, é preciso compartilhar de suas interfaces externas.³⁴⁴

Isto significa que a lei “contemplou as exigências de interoperabilidade de dois programas que determinam certas restrições aos direitos exclusivos do titular do direito de autor.” Mas Santos adverte que não houve a autorização expressa da “prática de atos necessários para a obtenção de elementos de interface para fins de interoperabilidade, consubstanciados no que usualmente se denomina engenharia reversa, o que suscita a questão de sua permissibilidade”.³⁴⁵

Segundo equívoco é aplicar a última parte da excludente do inciso IV – “que para uso exclusivo de quem a promoveu”, e fundamentar na ausência de atividade econômica que possa vir a concorrer com a dos direitos autorais, pois o sentido da exclusividade mencionada é em relação a integração permitida.

E neste sentido, Albuquerque entende que esta última parte do inciso desconsidera que a “descompilação é um instrumento para a criação independente com finalidade comercial de *softwares* compatíveis,” por isso recomenda a utilização em conjunto do inc.III do art.6º, a fim de justificar-se esse procedimento.³⁴⁶

Acerta, no entanto, quando faz a diferença entre a reprodução realizada pelo usuário sem fins comerciais e aquele que o faz para posteriormente revender:

O exemplo citado demonstra com clareza que não pode ser admitido tratar-se o presente caso de crime de contrafação pois o estabelecimento recorrido em momento algum utilizou de uma cópia não autorizada, tendo, repito, apenas disponibilizado os programas adquiridos em suas máquinas, através de um servidor. (...)

"A essência do direito patrimonial encontra-se na reserva da exploração econômica da obra. São em qualquer caso excluídas utilizações por terceiro que vise a lucro direto ou indireto, portanto em concorrência com o autor na exploração econômica da obra."

³⁴⁴ ALBUQUERQUE, 2006, p.179.

³⁴⁵ SANTOS, 2008, p.34.

³⁴⁶ ALBUQUERQUE, 2006, p.181.

Nessa linha de raciocínio, cobrar direitos autorais da recorrida configura verdadeiro bis in idem, já que o direito autoral restou pago por ela ao adquirir o programa de computador da MICROSOFT.

Mesmo que por meios equivocados o resultado da decisão é correto no sentido de permitir ao adquirente da licença usufruir do produto sem as amarras legais constantes do contrato unilateral, ou seja, permitir apenas uma cópia e a vinculação do programa a um único suporte físico. Utilizou, implicitamente, dos princípios do *far use / fair dealing* por entender que a exclusividade do direito autoral refere-se à exploração comercial e não pode limitar o direito de bem usufruir de quem adquire legalmente a licença.

Registre-se, apenas a título de esclarecimento, que a mera reprodução de programa de computador regularmente adquirido, desde que para uso próprio ou para necessidades específicas do usuário, não caracteriza a prática de pirataria, a teor do art. 6º da Lei n.º 9.609/98. Desta forma, ainda que alguns dos programas encontrados na rede de computadores da ré tenham sido copiados de um *software* original, tal não caracteriza a prática de pirataria, porquanto não existem quaisquer indícios de que a ré comercialize programas de computadores copiados, mormente por tratar-se de empresa do ramo da malharia. Nesses termos, impossível manter-se a sentença condenatória de primeiro grau, posto que não ficou comprovada a utilização ilegal dos programas de computador manuseados pela empresa ré.³⁴⁷

Porém, não pode entender que o uso em rede interna, por si só, não caracteriza reprodução. Afirma isto é desconhecer o funcionamento desta tecnologia, da mesma forma que não limitar o número de reproduções realizadas de um programa de computador, original e legalmente adquirido, é permitir um desequilíbrio entre os contratantes.

Cumpra sempre atentar para as distinções entre reprodução de um programa original e de um programa legalmente adquirido; este é legal, aquele pode não ser.

Em relação ao Brasil, em matéria de pirataria e de programa de computador, se destacam alguns órgãos governamentais³⁴⁸: o CNCP, o Comitê Interministerial de Combate à Pirataria, a Secretaria da Receita Federal, o Departamento de Operações de Fronteira, a Polícia Federal e a Polícia Rodoviária Federal, que junto ao Ministério Público Federal, vêm apresentando resultados

³⁴⁷ TJSC, Apelação Cível n. 2007.036067-7, de Indaial – 28/11/2008.

³⁴⁸ <<http://www.mj.gov.br/combatepirataria/>>; <www.receita.fazenda.gov.br/>; <www.dof.ms.gov.br/>; <www.policiafederal.gov.br/>; <www.dprf.gov.br/>; <www.pgr.mpf.gov.br/>

positivos no combate à criminalidade econômica, cibernética e de pirataria de programa de computador.

Com destaque também é a atuação de Delegacias Especializadas na Repressão aos Crimes contra Propriedade Intelectual. Neste sentido pontua-se a 1ª DIG (Divisão de Investigações Gerais) do Estado de São Paulo.

Em nível legislativo-nacional, exemplo a ser destacado é o convênio de Cooperação Internacional para o combate à Pirataria, firmado entre Brasil e Paraguai no ano de 2002, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 972 de 16/12/2003, e a CPI da Pirataria, criada na Câmara dos Deputados em 2003, que estimulou a conscientização e mobilização da sociedade para o problema e cujo relatório serviu de base para a elaboração do Plano Nacional de Combate à Pirataria; bem como provocou a criação da Frente Parlamentar de Combate à Pirataria que mantém permanente intercâmbio junto as ações bilaterais com os EUA.³⁴⁹

Mais recentemente houve a criação da CEPIRATA, pelo então presidente da Câmara dos Deputados Arlindo Chinaglia, que deu foco no PL 333/99, do Deputado Antônio Kandir.

Conforme consta do relatório final³⁵⁰, quando esta Comissão Especial foi instalada, em maio de 2008, se decidiu dar especial atenção às proposições relacionadas aos crimes de pirataria de falsificação e de duplicação ou cópia, apurados por aquela CPI. Foi realizado um levantamento das proposições que versam sobre combate à pirataria em tramitação na Casa, o que resultou em um rol de 11 projetos de lei. Além disso, o CNCP forneceu uma lista com 25 proposições sobre a matéria, na qual estão incluídos os projetos arquivados e os que foram apresentados e tramitam no Senado Federal. De ambas as listagens, a Comissão selecionou 26 projetos de lei para exame preliminar.

O recente relatório final apresentado no último mês de agosto/2009, pela Comissão Especial destinada a “analisar as proposições legislativas que tenham por objeto o combate à pirataria”, apresentou alguns dados, propôs algumas definições terminológicas bem como ações de políticas públicas, mas principalmente

³⁴⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Conselho nacional de combate à pirataria**. Relatório de atividades, 2º semestre de 2005, p.74.

³⁵⁰ <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/temporarias53/especial/cepirata/pareceres/CEPIRATAREL.pdf>

reconheceu o problema da conceituação: “alguns conceitos devem ser previamente abordados, para o enfrentamento dos problemas decorrentes da chamada “pirataria”, com o intuito de melhor definirmos conceitos relevantes a esse trabalho”.

Para a Comissão “falsificação”, seria “a fabricação clandestina, a mais perfeita possível, de um produto legítimo, com o objetivo de ser introduzido ilicitamente no mercado como se fosse legítimo”. Enquanto que a “duplicação ou cópia” sendo considerada uma espécie de falsificação, consistiria:

(...) na fabricação de produto associado a marca notoriamente conhecida ou de alto renome, mas sem a qualidade de acabamento do produto original, para ser comercializado com o intuito de satisfazer necessidade de demonstração de consumo por segmentos da população, os quais não podem pagar pelo produto verdadeiro.

Desta forma, a Comissão além de criar duas figuras - o falsificador e o duplicador – explicou a distinção porque “o último, em geral, não está preocupado em iludir o consumidor, que sabe estar comprando algo que tem apenas a aparência do objeto verdadeiro”.

Em relação a sonegação fiscal, se posicionou o relatório assinado pelo Deputado Pedro Chaves, Presidente e a Deputada Maria do Rosário, relatora, como sendo uma “forma de pirataria em que o Estado é o alvo imediato, mas que indiretamente atinge toda a sociedade”. E apresenta as várias formas de sonegação pirata:

A sonegação pode ocorrer na forma de sonegação em sentido estrito, como, por exemplo, a pirataria consiste em usar selos falsificados da Receita do Brasil em maços de cigarros como se os tributos devidos tivessem sido recolhidos; como contrabando, que é o crime caracterizado pela entrada ilegal de mercadoria em território nacional; e como descaminho, que consiste em iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada ou pela saída de mercadorias.

Uma análise sucinta sobre arrecadação de impostos é apresentada por Resende, quando lembra que o governo gastou no ano de 2002, a quantia de 1,2 bilhão com licença de uso de *software* proprietário, valor que seria menor se optasse por *software* livre. Informa Resende que o Estado é “onerado através de contratos sem licitação que em cinco anos acumulam, só com licença de *software* e serviços à

Microsoft, despesa irregular de R\$ 15,8 bilhões, segundo a Revista Isto É de 05.12.2002”.³⁵¹

Retornando ao relatório, citou-se umas das manifestações ocorridas durante as audiências públicas realizadas, especificamente a do Presidente do Fórum Nacional Contra a Pirataria e a Ilegalidade, que representa empresas associadas nos segmentos de livros, produtos de limpeza, combustíveis, perfumes, cosméticos, “programa de computador”, audiovisual, música, eletroeletrônicos, computadores, suprimentos de impressão, óculos, cigarros, comércio eletrônico, TV por assinatura, meios magnéticos, condutores elétricos, produtos de segurança, fármacos, bebidas, brinquedos e produtos licenciados:

O Dr. Alexandre Cruz enfatizou a conveniência para o combate à pirataria da aprovação do Projeto de lei nº 333, de 1999, cujo Substitutivo do Senado Federal contempla majoração de penas para crimes contra a propriedade industrial, possibilidade de o juiz determinar a destruição de produtos apreendidos e o perdimento dos equipamentos que se destinam à produção de bens que violam a propriedade industrial.

Sobre a PL n.333/99 encontra-se em anexo uma análise sobre sua necessidade e eficiência, afim de não se desviar muito do tema central da pesquisa.

Finaliza o relatório da CEPIRATA propondo algumas medidas de políticas públicas, dentre elas “à incorporação na economia formal do contingente de ambulantes e pequenos comerciantes das “feiras de importados” que comercializam produtos contrabandeados, falsos ou verdadeiros, ou falsificados internamente”. Bem como a implantação de delegacias especializadas no combate à pirataria e o fortalecimento dos Projetos Estratégicos Prioritários do Plano Nacional de Combate à Pirataria: “Cidade Livre de Pirataria; Feira Legal; Comércio contra a Pirataria; Portal de Combate à Pirataria e Parceiras e Cooperação com Provedores de Internet.”

No geral a intenção e o trabalho da Comissão são louváveis, com mais acertos do que erros. Porém incorreu no mesmo equívoco da maioria, ao invés de simplificar incluiu mais uma figura além do falsificador, agora se tem também o duplicador e reforçou o aumento de penas como solução para o problema da propriedade intelectual no país.

³⁵¹ RESENDE, Pedro Antonio Dourado de. Programas de computador: a outra face da pirataria. In: KAMINSKI, Omar (Org.). **Internet legal: o direito na tecnologia da informação**. ed.1., 4.tir. Curitiba: Juruá, 2006, p.227.

Já em nível do executivo estadual catarinense, existe o Grupo de Combate Ostensivo ao Contrabando, Falsificação e Pirataria que no primeiro semestre de 2005 apreendeu 8.034 e no segundo semestre 4.724 CDs de programa de computador, sendo a cidade de Joinville e região o maior foco das apreensões.³⁵²

De outro norte, mesmo frente aos elevados números da pirataria de programa de computador, salienta-se a incapacidade de escolas, bibliotecas, universidades, empresas e ONGs em países de desenvolvimento, que geralmente não têm outra alternativa, devido aos custos, senão usar “versões quase-legais” em seus computadores.³⁵³

Através desta fonte de riqueza que é o capital intelectual, surge outro paradoxo, além dos já identificados na pesquisa: a propriedade x bem cultural.

Rover é um dos que analisa o fenômeno ocorrido entre a esfera cultural e a esfera comercial. Ensina que a cultural prima pela liberdade de acesso enquanto que a comercial pela manutenção do “controle sobre o acesso e o conteúdo dessa produção cultural, com intuito comercial”, já que o importante não é mais a propriedade do bem, e sim o acesso a ele. Inclusive questiona o valor absoluto que é dado à propriedade intelectual e considera a possibilidade de uma “pirataria legítima”, “em contraposição ao puro legalismo”.³⁵⁴

Nesta mesma linha de raciocínio e verificando que o mundo vivencia a Quarta Onda, é que a preocupação em relação aos limites dos direitos autorais destacam-se como um dos maiores desafios da Sociedade da Informação.³⁵⁵

Num panorâmico mundial e geral sobre o que vem acontecendo no tema de pirataria, e que serão acompanhados no decorrer da pesquisa, verificou-se pela análise fornecida por Lauro Locks³⁵⁶ - Conselheiro da OMC/Divisão de Propriedade Intelectual na Genebra/Suíça -, que não há muita coisa acontecendo na OMC³⁵⁷ na área de *enforcement* (observância), ainda porque este é um tema polêmico dentro da organização, tem-se os documentos submetidos pela União Européia ao

³⁵² BRASIL, 2005, p.72 e 64.

³⁵³ Termo utilizado por Moisés Naím.

³⁵⁴ ROVER, 2006, p.177.

³⁵⁵ AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER. Aires Jose (Org.). **Direito e informática**. São Paulo: Manole, 2004, p.356.

³⁵⁶ LOCKS, Lauro. Legal Affairs Officer Intellectual Property Division, World Trade Organization (WTO), Centre William Rappard, 154, rue de Lausanne, CH-1211 Geneva 21, Switzerland. email: lauro.locks@wto.org.

Conselho de TRIPS: IP/C/W/471 (de 2006), IP/C/W/468 (de 2006) e o IP/C/W/448 (de 2005).

Na reunião do Conselho de 28 de outubro de 2008, foram examinadas as perguntas formuladas pelo Canadá (IP/C/W/524), União Européia (IP/C/W/521), Japão (IP/C/W/518) e os Estados Unidos (IP/C/W/520) direcionados à China, que apresentou o documento (IP/C/W/525), respondendo oralmente e genericamente alguns dos questionamentos, considerando que outros estariam pendentes de solução (DS362 – distribuído ao Grupo Especial em 26 de janeiro de 2009).

Já fora da OMC, têm muita coisa acontecendo. AOMPI³⁵⁸ tem um Comitê dedicado a este tema (*Advisory Committee on Enforcement*), que tem produzido vários documentos. O G-8 também tem se interessado, tendo inclusive criado um grupo chamado "G-8 IPR Experts", cuja última reunião ocorreu em Roma, entre fevereiro e abril de 2009, a fim de discutir e elaborar estratégias e medidas para melhorar a Sistema de propriedade intelectual. Além disso, analisaram vários projetos para o G8 de Hokkaido Toyako, incluindo o projeto proposta de “aumentar a cooperação e coordenação entre Nacional das Alfândegas e Administrações de Fronteira” Este projeto inclui, entre outros, a elaboração de um “Modelo de Acordo Bilateral sobre a Partilha de Informação para Combate à contrafação e à pirataria”.³⁵⁹

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico/OECD também tem se interessado pelo tema, e produziu dados estatísticos sobre pirataria em nível global dentro do *OECD Project on Counterfeiting and Piracy*. O projeto está dividido em três fases. A primeira fase já foi concluída através de relatório publicado em junho de 2008 sobre os tangíveis falsos e produtos piratas (produtos físicos que infringem marcas registradas ou direitos de autor), em um menor grau as violações de patentes e direitos de design. Da mesma forma, está concluída a fase II que tratou da pirataria de conteúdos digitais, cujo relatório final foi publicado em julho de 2009, restando apenas a fase III que abordará a violação de outros direitos de propriedade intelectual.³⁶⁰

³⁵⁷ <<http://www.wto.org>.>

³⁵⁸ <<http://www.wipo.int/enforcement>>

³⁵⁹ <http://www.g8italia2009.it/static/G8_Allegato/ITALY%20G8%20IPEG%20Final%20Report,0.pdf.>

³⁶⁰ <http://www.oecd.org/document/50/0,3343,en_2649_34173_39542514_1_1_1_1,00.html>

A Organização Mundial da Saúde/OMS³⁶¹ também está preocupada, mas pelo ângulo da contrafação de medicamentos. Ela criou em fevereiro de 2006 um grupo chamado IMPACT (*International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce*)³⁶². Ainda tem a Organização Internacional de Polícia Criminal/INTERPOL, que está bem envolvida com o tema, que junto com a IMPACT conseguiu em 29 de maio de 2009 uma grande apreensão de medicamentos falsos no Egito³⁶³.

Por fim, a Organização Mundial das Alfândegas/WCO que sempre teve atuação importante nesta área através do *WCO Task Force on IPRs Protection* e *WCO IPRs Strategic Group*, realizando em dezembro de 2009, na cidade de Cancun, o V Congresso Global de Combate à Pirataria.³⁶⁴

Como já mencionado, parte da comunidade jurídica entende que há grande liberalidade no espírito da lei n. 9.609/98, de tal forma que ao autor do programa de computador é permitido licenciar direito autoral da forma que melhor lhe convier, circunstância que pode ter aumentado o crime de pirataria neste setor. Segundo pesquisa realizada pelo *International Data Corporation*, a pirataria no Brasil atinge cerca de 64%, ou seja, a cada 100 computadores, mais de 60% possuem programa de computador pirata instalado.³⁶⁵

A conduta de piratear programa de computador está baseada principalmente em sete fatores: o alto valor do produto original; a boa qualidade do produto falsificado; o acesso difícil para discussão do contrato de licença e aquisição do produto; assistência legal deficitária; mudança tecnológica rápida; atualizações limitadas; forte monopólio dificultando a interoperabilidade entre programas de distintos proprietários.

Os desenvolvedores e distribuidores de programa de computador, por exemplo, insistem que a sua capacidade de se manter em atividade está dependente do seu poder para impedir a reprodução não autorizada de suas criações.³⁶⁶

³⁶¹ <<http://www.who.int/medicines/services.>>

³⁶² <<http://www.who.int/impact/en/>>

³⁶³ <<http://www.interpol.int/Public/news/2009/CounterfeitMedicine20090529.asp>>

³⁶⁴ <<http://www.wcoomd.org/home.htm> - <http://www.ccapcongress.net/>>

³⁶⁵ ALMEIDA, André de. Interoperabilidade, Software Livre vs. Software Proprietário e Pirataria. **Revista da ABPI**, São Paulo, ago.2006, edição especial, p.42-43.

³⁶⁶ WESTON, William Fischer. Intellectual-property law. **Encyclopædia Britannica**. 2008. Encyclopædia Britannica Online. 10 Nov. 2008 <<http://www.search.eb.com/eb/article-231531>>

Esta afirmação é criticada por Resende que acredita que “a pirataria de *software* é um conceito relativo, derivado do modelo de negócio em torno dele”. Até pouco tem atrás a indústria não se importava com a pirataria do consumidor doméstico, porém com a fadiga do modelo de negócio baseado na comercialização da licença de uso, “o combate a pirataria virou moeda de troca em acordo internacionais e em lobbies legislativos “contra modelos alternativos.”³⁶⁷

Para Vibes, os prejudicados pela pirataria não são exclusivamente os titulares da propriedade intelectual, pelo contrário, entende o autor que esta prática afeta toda a sociedade, pois o pirata na grande maioria dos casos atua no setor “negro” da economia, não paga impostos e emprega trabalhadores de forma irregular.³⁶⁸

Com uma visão um pouco diferente, entende Lima Vianna que a pirataria em meio físico/digital alcança os interesses do autor, “que vê seu trabalho intelectual comercialmente explorado sem a correspondente remuneração pelo proprietário dos meios de produção.” Para o autor é, sem dúvida, de “uma questão civil, jamais de um ilícito penal”. Inclusive, vai além, lembrando que criminalizar tal ato é ir de encontro a proibição do art.5º, inc.LXVII da Constituição brasileira, que proibi a prisão por dívida civil, atendendo ao Pacto de São José da Costa Rica.³⁶⁹

Correa estudou profundamente os argumentos das empresas e a realidade de diversos países em desenvolvimento e a conclusão que apresentou foca como principal problema o preço dos produtos.

Argumenta que a realização de cópias, particular ou em escala comercial, depende da relação entre o preço de venda e o custo de produzir tais cópias, devendo existir uma possibilidade de praticar preços distintos nos países em desenvolvimento. O excesso na proteção dos direitos autorais permite que estas empresas não apenas impeçam a cópia, como limitam a competência e cobram preços de monopólio pelos produtos.³⁷⁰

Ou seja, acredita que as empresas deveriam calcular o preço final, não apenas considerando seus custos e margem de lucros, mas também a realidade

³⁶⁷ RESENDE, 2006, p.225.

³⁶⁸ VIBES, 2007, p.260.

³⁶⁹ LIMA VIANNA, 2007, p. 818.

³⁷⁰ CORREA, 2005, p.258 e 266.

social e o custo de vida dos pretensos consumidores, considerando cada país de modo particular.

Além do preço, existem outras variáveis que devem ser analisadas, mas que devem ser divididas em dois focos: a reprodução ilícita feita no ambiente doméstico, sem fins comerciais e de número limitado de cópias, e aquela realizada com fins de lucro, em quantidade indeterminada e vendida ao público.

No primeiro caso a dificuldade do acesso e as limitações do contrato de licença, impedem o usuário de usufruir totalmente da cópia que adquiriu legalmente; obriga o uso do programa de computador a um único suporte físico; a cada nova versão o obriga a adquirir novo produto; muitos programas impedem a interoperabilidade com outros sistemas; o atendimento, garantias e assistência técnica muitas vezes não correspondem com a qualidade prometida.

No segundo caso, o preço baixo do produto pirata compete com o alto preço do produto original; a venda é feita à luz do dia, em local público, mantendo aparência de legalidade; a qualidade do produto pirata aumenta paulatinamente, graças as inovações tecnológicas e, inclusive, já se tem o absurdo de venda com garantia, mantendo credibilidade maior do que a empresa titular.

Analisando as exceções ao direito de exclusiva, os limites impostos pelo Acordo TRIPs e o potencial da internet para o desenvolvimento, Correa apontou três fatores importantes para os países em desenvolvimento considerarem a fim de equilibrar os interesses dos titulares, os princípios que garantem um acesso adequado e um “uso justo” para os consumidores:³⁷¹

1) O Tratado da OMPI estabelece novas regras sobre direito autoral que poderiam se converter em regras internacionais, através da pressão feita aos países em desenvolvimento.

Os EUA, através da Lei de Direito de Autor para o Milênio Digital de 1998 não só adotou as regras do Tratado da OMPI como foi além, considerando ilícito qualquer ato que tente enganar os sistemas de proteção tecnológicos utilizados pelos titulares.

³⁷¹ CORREA, 2005, p.271-275.

Estendeu a proibição a atos que até então não eram considerados ilegais, prejudicando os princípios do *fair use* e o da primeira venda, além de permitir que esta proteção tecnológica seja indefinida.

2) Alguns setores industriais estão pressionando os governos a exigirem dos fabricantes de tecnologia da informação que incorporem dispositivos destinados a impedir a cópia não autorizada de obras digitais. Os assuntos relacionados com a internet são cruciais para o desenvolvimento e é indispensável que isto não seja prejudicado.

3) Pressão pelo aumento na proteção das bases de dados eletrônicas científicas ou técnicas, além do já estabelecido pelo Acordo TRIPs, à exemplo do ocorrido na União Européia, cuja legislação restringe excessivamente o acesso a estas informações, necessárias aos países em desenvolvimento.

Por fim, o autor não aconselha a adesão dos países em desenvolvimento ao Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, “a menos que tenham razões muito específicas para isto, e deveriam preservar sua liberdade para legislar sobre as medidas tecnológicas”. Acredita que a postura adotada pelos EUA, citada no primeiro fator, não deveria ser seguida, pois concede “demasiados direitos aos produtores de material protegido pelos direitos de autor as custas dos direitos históricos dos usuários”.³⁷²

Para tentar se compreender a conduta de reprodução de programa de computador, antes é necessário entender algumas diferenças neste campo basicamente técnico, dentre tantas, o que é a reprodução e a realização de programa. A realização nada mais é do que o uso do programa, que somente poderá ser efetivado após sua reprodução. Ou seja, necessário carregar ou rodar o programa de computador no *hardware* para então o usuário poder operar, fazendo uso do produto que acabou de adquirir.³⁷³

Esta diferença demonstra que o simples termo “reprodução” não significa necessariamente uma conduta ilícita. A primeira reprodução é necessária a fim de permitir a realização do programa, ocorre que aquela pode ser feita de forma lícita (pelo usuário licenciado) ou ilícita (com violação autoral). As limitações do número de

³⁷² CORREA, 2005, p.276.

³⁷³ WACHOWICZ, 2008, p.41.

cópias permitidas ao licenciado é que representam um dos principais pontos de conflitos.

Sob esta outra ótica, analisando os termos do art.103 da LDA, Silveira também defende a atipicidade da conduta de reprodução cometida por quem é mero usuário:

(...) antes de tudo, cumpre assinalar que a nova lei isentou, claramente, o usuário de programas de computador ilicitamente reproduzidos. Só o industrial e o comerciante são punidos, acabando com a injusta chantagem contra o usuário. Assim, o § 1º do art.12 tipifica a conduta daquele que reproduz para fins de comércio programa de computador. (...) (A propriedade intelectual e as novas leis autorais. São Paulo: Saraiva, 1998, p.80/81).³⁷⁴

O problema atual é que o contrato de licença autoriza o usuário apenas reproduzir uma única vez o programa de computador em um único aparato físico, após isto estaria proibido de realizar uma segunda reprodução, salvo as hipóteses permitidas em lei.

Isto significa dizer que, caso o usuário tenha mais de um computador para uso pessoal, terá que optar por um deles para carregar o programa de computador ou então se vê obrigado a adquirir um segundo programa de computador e não por ineficácia do produto, mas sim por uma determinação contratual unilateral do proprietário comerciante.

Exemplo real é que atinge uma boa parte dos usuários das licenças da linha XP da Windows é apresentada por Resende, que entende, inclusive, que são verdadeiros contratos de aluguel:

Se agora quisermos comprar um novo computador com uma licença legítima do Windows 98 não achamos que o venda, enquanto sua pirataria é pintada como crime hediondo. Muitos técnicos especializados em Windows acham que a versão 98 ainda é a melhor na relação custo-benefício, pelo que cabe a pergunta: por que não podemos optar hoje por uma versão legítima anterior à do Windows XP? É como proibir a venda de carro usado para garagem nova.³⁷⁵

O direito de exclusiva é de natureza pública na medida em que visa proteger eventual prejuízo econômico do titular, mas também o direito do uso pleno do usuário; que mesmo adquirindo legalmente um programa de computador é

³⁷⁴ apud, ATHENIENSE, Alexandre. Análise Jurisprudencial sobre Contrafação de Softwares. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. v.1, fev./mar.2005, Porto Alegre: Magister, 2005, p.87-104.

³⁷⁵ RESENDE, 2006, p.226.

impedido de usufruí-lo livremente em virtude de impedimentos contratuais unilaterais.

Por isso, Resende vai mais longe ao afirmar “que são contratos de adesão aos quais o comprador adere sem conhecer o preço e data de vencimento das prestações seguintes”:

Não bastasse isto, são contratos que dão à produtora o direito de alterar sorrateiramente dados em arquivos do licenciado, como na gravação de links do Office, e de implodir remotamente sua instalação se ele usar o *software* para publicar material que “denigra” os produtos, serviços ou parceiros da empresa, como na licença do FrontPage.³⁷⁶

A quantidade de reproduções pode ser um critério utilizado para separar a conduta ilegal da pirataria, da conduta legal da cópia de boa fé. Mas a reprodução não é o único direito violado. A distribuição ilegal também causa graves prejuízos. Ambos são direitos autônomos, porém quase sempre conseqüentes. Esta distribuição ilícita, ao contrário da reprodução, não perde sua natureza quando realizada de forma gratuita³⁷⁷, ou seja, distribuir cópias ilegais de programa de computador, com ou sem ânimo de lucro, não descaracteriza a violação da lei.

Importante ressaltar que uma coisa é o usuário reproduzir para usufruto próprio, outra coisa é após isto ele distribuir a outrem; no primeiro caso não haveria crime, ao contrário do segundo, pois estaria violando direito de distribuição sem ter necessidade pessoal para tal. A espécie de conduta, reprodução sem distribuição, também pode ser outro critério utilizado para separar a conduta ilegal da pirataria, da conduta legal da cópia de boa fé.

Além disso, também se pode pensar no alcance do ato de reprodução. A comunicação ou reprodução de um ato estritamente no âmbito doméstico não pode ser igualado à comunicação pública, realizada a uma pluralidade de pessoas indistintamente. Eventual dificuldade na delimitação dos termos “público” e “pluralidade” de pessoas, poderá ser solucionado com a devida noção do que significa âmbito doméstico, familiar ou privado, onde há um laço de caráter pessoal entre o sujeito emissor e o receptor.³⁷⁸

³⁷⁶ RESENDE, 2006, p.226.

³⁷⁷ GÓMEZ, Alejandro González. **El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual**: de la reforma de 1987 al código penal de 1995. Madrid: Tecnos, 1998, p.176.

³⁷⁸ GÓMEZ, 1998, p.185-187.

Nesta discussão acerca da dimensão pública do programa de computador, o próprio mercado desenvolveu alternativas ao modelo então vigente, surgindo disso a licença do *software* livre, *General Public License*/GPL, também denominada *free software* e *opens source*.

Como já explicado anteriormente, sua principal característica se dá pelo código fonte aberto, já que a filosofia não é do mercado econômico, mas sim da liberdade de expressão, o que permite ao usuário dele ter conhecimento e dele fazer uso.

Este uso é uma das quatro liberdades-regras imbuídas neste tipo de licença no intuito principal de beneficiar toda a sociedade permitindo a ela a liberdade de “executar o programa, para qualquer fim; estudar como o programa funciona, adaptando-o às suas necessidades; redistribuição ilimitada de cópias do programa e liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar seus aperfeiçoamentos”.³⁷⁹

Cumprе ressaltar que o termo livre não é sinônimo de gratuito e sim de liberdade, o que permite que ele eventualmente seja utilizado de forma comercial, desde que não desrespeite as quatro liberdades já mencionadas; é a distribuição amparada na idéia do *copyleft*³⁸⁰, a fim de garantir que se mantenha livre como a primeira versão repassando idênticos direitos aos próximos usuários, desta forma cada elo da corrente contribuirá progressivamente para o desenvolvimento social.

Os frutos desta idéia já apareceram, à exemplo das licenças *free art licence* e *open áudio licence*.³⁸¹

Outra alternativa é a do *creative commons*, que desenvolve licenças públicas que possam ser utilizadas a quem interessar disponibilizar suas criações na forma de modelos abertos. Essas licenças, “são concebidas de baixo para cima”, portanto com um foco de visão diferente do modelo tradicional, que é criado por lei, já que aquelas estão “fundamentadas no exercício das prerrogativas que o indivíduo

³⁷⁹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006, 387 f. Tese de doutorado em Direito - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p.242.

³⁸⁰ <[HTTP://www.copylet.com](http://www.copylet.com).>

³⁸¹ ADOLFO, 2006, p.246.

tem, como autor, de possibilitar o acesso às suas obras e a seus trabalhos facultando que outros os utilizem e criem a partir deles”.³⁸²

Seguindo a iniciativa da Finlândia e do Japão, o Brasil foi o terceiro país a aderir ao *creative commons*, hoje encontra-se em mais de dez países. Aqui é administrado no Rio de Janeiro pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, que tem a responsabilidade de traduzir e adaptar as licenças às regras jurídicas nacionais.

Atualmente existem seis tipos de licenças: a licença de atribuição, licença proibitivo de obras derivadas, licença de vedação de utilização comercial da obra, licença de compartilhamento pela mesma licença, licença de recombinação ou licença de *sampling* e, a última, subdividida em duas, a CC-GPL (*General Public License*) e a CC-LGPL (*Lesser General Public License*).³⁸³

Como visto, existem vários argumentos que já nos permite afastar a aplicação da lei penal no que se refere a conduta de reprodução não autorizada de cópias do programa de programa de computador para fins privados, cujo ato não visa impedir ou dificultar o crescimento econômico do titular, apenas poder fazer uso de instrumento tecnológico que se tornou imprescindível na vida moderna.

Lima Vianna inclusive é mais taxativo ao defender a necessidade de se fazer uma imediata releitura dos art.184 do CP e 12 da Lei n. 9.609/98 a fim de que se declare a inconstitucionalidade da tutela penal, “seja por inobservância do princípio constitucional da taxatividade, seja pela inobservância da vedação constitucional da prisão por dívidas”. Entender de modo diverso, conclui, “é consagrar a instrumentalização do direito penal como meio de coerção ao pagamento de dívidas civis e de intervenção econômica para a garantia de monopólios privados”.³⁸⁴

Corroborando este raciocínio, a decisão prolatada na Comarca de Betim-MG que rejeitou denúncia ministerial por crime contra a propriedade intelectual, em

³⁸² ADOLFO, 2006, p.247.

³⁸³ http://www.diretorio.fgv.br/view_pub.asp?section_id=48&sub_section=37&category_id=86&id=77, acesso em 28.08.2009, maiores informações nos sites: www.creativecommons.org e www.creativecommons.org.br.

³⁸⁴ LIMA VIANNA, 2007, p. 821.

virtude da apreensão em poder do acusado, em 25 de maio de 2005, de 68 fitas de vídeo e 10 DVDs falsificados. A juíza prolatora da decisão fez o seguinte questionamento: “Se se supõe que uma das funções da pena é dissuadir a população a praticar as condutas que sabem estar definidas na lei como crime, como condenar alguém que não sabe ao certo se pratica ou não crime?”

Para tanto utilizou-se de fundamentos jurídicos (princípio da legalidade, erro de proibição, adequação social), sociais e políticos pois entendeu que para o julgador não é necessário apenas a existência da lei, mas que esta seja realmente compreendida (princípio da taxatividade) e acessível a qualquer pessoa (jurista ou leigo, letrado ou analfabeto) a que ela se dirija ou possa eventualmente atingir, porque é essencial “a compreensão e extensão do seu significado bem como a identificação no dia-a-dia do que é lícito e ilícito”. No caso *Jub Judice* reconheceu a julgadora “a dificuldade do intérprete, pessoa comum do povo, em determinar e absorver a conduta ilícita descrita.”

Desta forma, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, aponta a julgadora que não obstante a denúncia descrever uma conduta típica esta precisa estar adequada socialmente, “uma vez que o agente somente cometerá um ilícito penal se houver lei prévia que permita a ele saber – ainda que potencialmente – que a conduta é crime no ordenamento jurídico”. Os fatores apontados que teriam impedido ou dificultado a interpretação do agente seriam o desconhecimento técnico jurídico do tema e “porque em cada esquina é possível a aquisição dos bens apreendidos,” inclusive lembrou que muitas vezes o “próprio Poder Público destina o espaço físico para a comercialização de tais produtos,” concluindo assim, tratar-se erro de proibição: “É bem verdade que tanto quem vende como quem compra o CD ‘pirata’ tem consciência da ilicitude de seus atos, mas a questão que se coloca aqui não é essa, mas sim se crêem estar praticando crime”.³⁸⁵

Situação parcialmente diversa se encontra em recente decisão do STJ contra comerciante ilegal, que praticou a pirataria através da reprodução ilícita e que

³⁸⁵ <http://www.tjmg.jus.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=5074&intra=s> acesso em 26.08.2009.

não pode ser acobertado pelos mesmos argumentos jurídicos, técnicos e sociais aplicáveis ao usuário.³⁸⁶

A Associação Brasileira das Empresas de *Software* (ABES) e a *Business Software Alliance* (BSA)³⁸⁷, na divulgação de seus resultados, registrou no ano de 2005 um total de R\$ 3,9 milhões (US\$ 1,55 milhão) em indenizações nos casos de pirataria de *Software* e violação dos direitos autorais.

Segundo informações das duas entidades, em 2005 foram executadas 99 ações judiciais, gerando R\$ 3.911.420,00 (US\$ 1.556.210) em indenizações, enquanto que a regularização de programa de computador, resultantes das 3.036 notificações extrajudiciais somaram R\$ 11.284.425,00 (US\$ 4.906.272). Informam, ainda, que somadas todas as regiões do país, foram no total vistoriados 3.117 computadores, sendo o setor recordista em infrações o Industrial com 58 ações judiciais, seguido do setor de Serviços, com 29. Os estados de São Paulo e Rio Grande do Sul tiveram o maior índice de ações executadas, com 45% e 20%, respectivamente.³⁸⁸

Na última pesquisa divulgada pelas associações, que ocorreu em maio de 2009, observou-se em relação ao Brasil uma redução de 6 pontos percentuais, no acumulado dos últimos três anos (2005-2008). Por outro lado, o valor monetário de não licenciado aumentou um pouco, alcançando a cifra de R\$ 1,645 bilhão: “apesar de figurar na 9ª colocação na lista dos países cuja pirataria de *software* provoca maior dano financeiro, esse resultado revela uma significativa contenção de perdas em 2008, já que, entre 2005 e 2007, o valor subira 111,1%”.³⁸⁹

A mesma pesquisa revela que os prejuízos mundiais cresceram 5% para 50,2 bilhões, permanecendo o Brasil como o país do bloco BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) de menor índice de pirataria (58%), seguido pela Índia, Rússia e, por último a China. Já em relação a América Latina, o Brasil possui a segunda menor

³⁸⁶ Habeas Corpus n.113938 (SP-2008/0184421-3, j.03/02/2009).

³⁸⁷ Segundo Frank Caramuru, diretor da BSA no Brasil, o principal desafio no País é reduzir a utilização de software pirata em empresas. “A principal preocupação em nossos esforços para reduzir a pirataria de software no Brasil está nas empresas que adquirem licenças legítimas, mas que utilizam um número de cópias maior do que o contratado.” Disponível em: <http://global.bsa.org/globalpiracy2008/pr/pr_brazil> Acessado em: 30.08.2009.

³⁸⁸ BRASIL, 2005, p.133.

³⁸⁹ http://global.bsa.org/globalpiracy2008/pr/pr_brazil.pdf.

taxa de pirataria de programa de computador, perdendo apenas para a Colômbia (56%): “os piores índices são de Venezuela (86%), Paraguai (83%) e Bolívia (81%). Por fim, o Brasil é o primeiro no ranking de perdas, seguido de México (US\$ 823 milhões), Venezuela (US\$ 484 milhões), Argentina (US\$ 339 milhões) e Chile (US\$ 202 milhões). “

Desta forma, conforme relatório do CNCP, as ações da ABES e da BSA resultaram na retirada de 540 sítios dedicados à venda de programas piratas e 44.446 sítios e anúncios *online* que divulgavam este tipo de serviço, além da apreensão de 1.717.337 CDs falsificados, resultado das 656 ações policiais em todo país, que fecharam 19 laboratórios e realizaram 57 prisões em flagrante.³⁹⁰

Em relação a dados como os que foram apresentados, principalmente aqueles referentes às perdas sofridas pelas indústrias, Resende contrapõe-se por entender que estes valores correspondem “à expectativa de lucro, no caso de quem pirateia acima da média não tivesse alternativa, nem para escolher *software* livre nem para instalar *software* pirata”. A conta honesta, para Resende, seria outra: daqueles 58%, “quantos instalariam *software* livre ou deixariam de comprar o computador se não pudessem piratear?” Descontando estes usuários, a perda da indústria é apenas em relação as licenças restantes e, ainda assim, não pode ser basicamente intitulada em expectativas de lucro.³⁹¹

O movimento do *software* livre está crescendo, tanto que já obrigou a Microsoft a alterar sua política de mercado para 2010, oportunidade em que lançará novos produtos permitindo que outros profissionais alterem o novo Windows. O programa poderá ser modificado e disponibilizado gratuitamente na rede.³⁹²

Interessante foram os resultados colhidos na 4ª edição da pesquisa³⁹³ sobre o impacto da pirataria no setor de consumo realizada pelo IBOPE, a pedido da Câmara de Comércio dos E.U.A e do Conselho Empresarial Brasil Estados Unidos (seção americana), em parceria com a ANGARDI (Associação Nacional pela Garantia dos Direitos Intelectuais).

³⁹⁰ BRASIL, 2005, p.133.

³⁹¹ RESENDE, 2006, p.227.

³⁹² SGARBI, Luciana. A revolução da Microsoft. **Revista Isto É**. São Paulo, ano 31, n.2035, p.94, nov.2008.

³⁹³ PesquisaUSChamber_Pirataria[1].pdf, acessada em 23 de agosto de 2009, disponível em: <http://www.firjan.org.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C908CE9215B0DC4012163A14F37666B>.

O relatório apresentou dois tipos de resultados: pesquisa nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, com 10 setores, e pesquisa no Brasil, com 7 setores (roupas, tênis, brinquedos, relógios, perfumes e cosméticos, jogos eletrônicos e peças para motos).

Os principais resultados da pesquisa demonstraram que nunca se apreendeu tanto (12.466 fiscalizações em empresas, 50% a mais que em 2006), superando os anos anteriores e ultrapassando a marca de R\$ 1 bilhão de reais: “eletroeletrônicos (R\$ 79 milhões), cigarros (R\$ 77 milhões), óculos (R\$ 73 milhões), calçados, (R\$ 65 milhões) e artigos de informática (R\$ 58 milhões)”. Estes resultados são fruto não apenas da diminuição da oferta em decorrência das eficazes fiscalizações, mas também de uma mudança de hábito.³⁹⁴

A pesquisa também identificou os dois principais grupos de compradores de produtos piratas no Brasil: Grupo 1 – (76%) *Comprador Eventual*³⁹⁵ - Mulheres, de 25 a 39 anos, com ensino médio, classe social C, trabalham por conta própria, e o Grupo 2 – (24%) *Comprador Convicto*³⁹⁶ – Homens, de 25 a 39 anos, com ensino médio, classes social C, empregados assalariados. Confirmando o que já se sabia: o “diferencial de preço entre as mercadorias piratas e os produtos legais continua sendo o grande atrativo e impulso para a compra. Como em anos anteriores, 84%

³⁹⁴ Metodologia da pesquisa: Universo: População de 16 anos ou mais de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte. Amostra: 1715 entrevistas. (São Paulo e Rio de Janeiro: 602 entrevistas, Belo Horizonte: 511 entrevistas); Margem de Erro: máxima estimada em 4,0 pontos percentuais para mais ou para menos, com 95% de confiança; Seleção: Probabilística de setores censitários com quotas de sexo, idade, escolaridade, ramo de atividade e classe sócio-econômica; Período de campo: 17 a 22 de Setembro de 2008; Classe A – as entrevistas foram distribuídas desproporcionalmente por classe, a fim de permitir leitura isolada nesse segmento. Os resultados totais foram ponderados para restabelecer os pesos corretos de cada classe na população.

³⁹⁵ “Compro, sei que estou errado, mas posso mudar!” É o grupo em que a maioria das pessoas se comporta da seguinte maneira: Não compraria nas situações: Financia o crime organizado, o tráfico de drogas, vende produtos que podem prejudicar o próprio ou a família etc. Concordam com as frases: “Só compro produtos piratas quando não tenho as condições financeiras de comprar o produto original (80% do grupo), “Meu principal receio ao comprar um produto pirata é quanto à qualidade do produto” (76 % do grupo). As pessoas desse grupo não comprariam produtos piratas se soubessem que: podem prejudicar você ou alguém da sua família (99% do grupo), se os ganhos nas vendas servem para subornar funcionários do governo ou políticos (95% do grupo), se o produto pirata é vendido pelo mesmo preço do original (98% do grupo). Quase a metade desse grupo compra raramente produtos piratas (48% do grupo).

³⁹⁶ “Compro por que quero e não me importo!” É o grupo em que a maioria das pessoas se comporta da seguinte maneira: Esse grupo não se importa com as conseqüências da compra de produtos piratas. Existe uma média de 4 respostas “Continuaria comprando” nas situações: Financia o crime organizado, o tráfico de drogas, vende produtos que podem prejudicar o próprio ou a família etc. De todas as pessoas que continuariam comprando mesmo sabendo que a pirataria financia o crime organizado, 80% estão no grupo 2. Continuam comprando se sabem que o produto pirata não paga impostos (92% do grupo), se sabem que o produto pirata prejudica as empresas que fabricam os produtos originais (90% do grupo). 68% das pessoas compram produtos piratas sempre ou às vezes.

dos entrevistados nas três capitais, alegam que os produtos piratas custam menos que a metade do preço que os produtos originais.”

Além da violação ao direito autoral, a pirataria como um todo, e especificamente a de programa de computador, conforme as propagandas dos órgãos defensores, alimenta uma corrente de outros ilícitos e efeitos danosos, seja na área criminal como na tributária, comercial, etc. Destaca-se a concorrência desleal, a sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária e crimes em geral contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo, bem como os de falsificação, contrabando, descaminho e a lavagem de dinheiro.

Se todo o custo social, econômico e político auferido pela pirataria na alimentação da macrocriminalidade não for suficiente para sua prevenção e repressão, tem-se, finalmente, os danos ao patrimônio individual e da empresa que permite este tipo de conduta, conforme destacado no *site* da ABES.

Estes são os argumentos negativos do cometimento da violação: a) riscos de punições legais (prisão, pagamento de altas indenizações, comprometimento da carreira, falência do negócio, etc.); b) risco de prejuízos incalculáveis, pela presença de vírus no computador e conseqüente perda de arquivos; c) ausência total de qualquer tipo de suporte; d) intranqüilidade decorrente da prática ilegal.

De outro lado, os argumentos positivos para o uso de programa de computador legal: a) garantia contra a presença dos temíveis vírus; b) direito a assistência global do fabricante/revenda; c) garantias de atualizações dos produtos; d) possibilidade de obter significativos descontos; e) conforme volume de produtos adquiridos, se estaria contribuindo para a queda dos preços.³⁹⁷

Comparando a conduta de pirataria de programa de computador, com a mesma violação prevista na lei autoral, através dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art.184 do CP, se observa que as penas previstas na lei específica são menores que a lei genérica (reclusão, de 2 a 4 anos, e multa). No que se refere a ação penal, existe a mesma incoerência. No Código Penal as qualificadoras do tipo são de ação penal

³⁹⁷ ABES, 2007. Disponível em: <<http://www.abes.org.br/>>

pública incondicionada, enquanto que na lei de *software* elas são de iniciativa privada: “*Habeas Corpus* – art. 12, § 1º, da lei n. 9.609/98 – delito que deve ser processado mediante ação penal privada – ilegitimidade do órgão ministerial – trancamento da ação penal – ordem concedida”.³⁹⁸

Estes fatos acarretam, além de uma aparente incoerência, tratamento diferenciado para a mesma conduta ilícita (pirataria), diferenciando-se apenas quanto ao objeto material violado. Ou seja, piratear uma bolsa Luis Vutton, uma camiseta Hering ou um tênis Nike é mais grave do que piratear um programa de computador.

No Relatório Final da CEPIRATA há esta ponderação, porém incompleta porque omitiu a questão da ação penal: “Vale dizer que, para a sociedade, a pirataria de *software* é algo tão prejudicial quanto a pirataria de músicas ou filmes, não havendo motivos para tratar essas duas infrações de maneiras diferentes.”

Através de levantamento *on line* nos bancos de dados de jurisprudências do STF, STJ e do TJSC, à título de amostragem, obteve-se os resultados demonstrados a seguir e que podem servir de referencial para uma conclusão acerca da utilização dos meios jurídicos como forma de proteção.³⁹⁹

No STF, decisões a partir de 1950, dos 482 processos que tratavam de propriedade intelectual, apenas 67 eram referentes a área penal (55 acórdãos, 11 decisões monocráticas e 01 informativo de jurisprudência). Destas 67 decisões, 35 tratavam de pirataria, 36 de programa de computador, 42 de *software*, 07 de direito autoral, 35 de propriedade industrial, 20 de propriedade imaterial e 01 de propriedade intelectual, porém apenas 02 decisões monocráticas em Agravo de Instrumento de São Paulo, eram no âmbito penal, ambas tratando de programa de computador; uma na lei antiga e a outra reconhecendo a prescrição com base na nova lei.

.....

³⁹⁸ TJSC, Habeas Corpus n. 2007.018176-5, da Capital, j.29/05/2007.

³⁹⁹ Pesquisa realizada no mês de agosto/2009 utilizando as seguintes palavras chaves: pirataria, programa de computador, *software*, direito autoral, propriedade intelectual, propriedade industrial e propriedade imaterial, com a advertência de que muitos destes termos se repetiam em vários julgados.

O STJ disponibilizou decisões a partir de 1989, e dos 3077 processos analisados 218 tratavam de direito penal (116 acórdãos, 95 decisões monocráticas e 07 informativos jurisprudências). Dos 05 acórdãos penais que tratavam de “pirataria”, apenas 01 era de *software* (RHC/SP), enquanto que com o termo “*software*” foram encontrados 03 acórdãos penais (HC/PA, REsp/RS, REsp/RJ) e 05 decisões monocráticas penais (HC/RJ,Ag/SP,CC/RS,HC/MG,RHC/PR), ou seja, 09 decisões penais contra 15 decisões cíveis sobre programa de computador. Já com direito autoral existe 01 acórdão e 03 decisões monocráticas, com propriedade industrial foram encontrados 40 acórdãos, 33 decisões monocráticas e 01 informativo jurisprudencial, enquanto que com propriedade imaterial temos 31 acórdãos, 04 decisões monocráticas e 03 informativos jurisprudenciais e, por último, com o termo propriedade intelectual foram 14 acórdãos, 10 decisões monocráticas e 01 informativo jurisprudencial.

Enquanto que o TJSC, que possui em seu banco de dados *on line* decisões de 1986 a 08.07.09, foram localizados 97 processos envolvendo as palavras chaves (35 direito autoral, 03 *software*, 21 pirataria, 16 propriedade intelectual, 17 propriedade industrial e 05 propriedade imaterial). Especificamente na área penal existem 78 processos (47 apelações criminais, 13 recursos criminais, 15 HC, 02 reclamações, 01 inquérito policial). Destes, 39 decisões tratavam de matéria processual, basicamente a fase pré-processual, ou seja, a medida cautelar de produção antecipada de provas (busca e apreensão, laudo pericial, prazo decadencial). Sobre *software* foram encontrados 14 processos, sendo 06 na área penal (02 apelações criminais com sentença condenatória de mérito, 01 HC, 02 recursos criminais contra rejeição da denúncia e 01 inquérito policial arquivado) e restante eram decisões cíveis (03 apelações cíveis com uma condenação e 05 agravos de instrumentos com um provimento).

Da análise de tais dados se conclui que o Poder Judiciário é muito pouco procurado para resolver os problemas relativos à propriedade intelectual, não há esta cultura na sociedade jurídica, é praticamente um direito novo, e a situação piora na esfera penal.

Especificamente à pirataria de programa de computador comprova-se a total ineficiência da repressão penal, pois a grande maioria das lides buscam as

sanções civis. Ainda mais se for analisado o dolo específico exigido, por exemplo nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art.184 do CP – intuito de lucro direto ou indireto – da mesma forma que nos parágrafos 1º e 2º do art.12 da Lei de programa de computador – para fins de comércio – se enfrenta outro problema que é a extensão e o exato significado no elemento subjetivo.

Ambos os dispositivos ferem o princípio da taxatividade, pois tornam ambíguo um elemento do tipo penal. O que é lucro indireto? seria deixar de ter prejuízo? ou não precisar gastar? e qual a extensão do ato de comerciais? enfim, são lacunas que permitem a confusão e a insegurança jurídica que os dados estatísticos comprovaram.

Outros dados revelam, ainda, que a denominada “economia paralela” ou subterrânea, em relação ao PIB dos respectivos países, varia entre 20% e 76% na África; entre 25% e 61% na América Central e do Sul; e 13% a 71% na Ásia.⁴⁰⁰

Uma das respostas oferecidas pelas indústrias é a da responsabilidade dos governos dos países desenvolvidos e das agências de desenvolvimento oferecerem aos países em desenvolvimento subvenção a acessos à tecnologias da informação.⁴⁰¹

Porém este argumento cai por terra quando se analisa os percentuais da pirataria de programa de computador. A pirataria não é fenômeno apenas dos países em desenvolvimento, muito pelo contrário, as maiores perdas financeiras ocorrem nos países desenvolvidos, onde o mercado é muito maior.⁴⁰²

Paralelo a isto, não se nega eventual atividade governamental, que de um lado pode e deve distribuir prêmios e subsídios para os avanços técnicos, artísticos, e de outro, eventualmente, substituem parcialmente o direito de propriedade intelectual em algumas áreas. Ainda assim, as regras do sistema de propriedade

⁴⁰⁰ Decreto n.44.453 de 25 de maio de 2006 - Termo de Cooperação de Combate à Pirataria por órgãos públicos federais, estaduais, municipais e iniciativa privada do Estado do Rio Grande do Sul.

⁴⁰¹ CORREA, 2005, p.258.

⁴⁰² CORREA, 2005, p.255.

intelectual são susceptíveis de evoluir e desempenhar um papel vital na vida económica e social.⁴⁰³

A Suprema Corte norte-americana, na tentativa de encontrar o equilíbrio constitucional de interesses, afirma que a propriedade intelectual “não foi inventada para assegurar a fortuna de uns poucos, mas para garantir o bem comum”.⁴⁰⁴

Diante dos resultados das pesquisas populares e dos dados jurídicos não é de todo errado concluir que trata-se de um problema de mercado, influenciado principalmente pelo alto custo e dificuldade de acesso; não se pode acreditar que o consumidor opta pelo produto pirata por gostar, mas sim por necessitar. Ainda, a aparente anuência popular aos produtos piratas, também passa pelo descrédito em relação a aplicação dos impostos, incluindo os problemas de desrespeito entre empresas e consumidores.

4.3.1 Outras formas de proteção à propriedade intelectual

A crise ou tensão permanente do direito penal é própria da mudança social e como tal deve, por alguns momentos históricos, se adequar à necessidade social. Estamos, pois, tratando de uma crise de legitimação, oportunidade em que se questiona a justificação do recurso por parte do Estado à máquina penal, seu instrumento mais poderoso.⁴⁰⁵

Considerando, todavia, que os programas de computador estão sob a égide do sistema de proteção do direito de autor, quem controla estes direitos se encontram em real e significativa vantagem na disputa mundial pelo controle do conhecimento.⁴⁰⁶ Caracterizar toda e qualquer conduta de reprodução não autorizada como “Pirataria”, implica na conseqüência direta do abandono da técnica penal e indiretamente do carácter fragmentário da proteção penal.⁴⁰⁷

Questiona-se se o desenvolvimento da criatividade humana necessita deste modelo de mercado, bem como se ele é o único possível frente a globalização

⁴⁰³ WESTON, William Fischer. Intellectual-property law. **Encyclopædia Britannica**. 2008. Encyclopædia Britannica Online. 10 Nov. 2008 <<http://www.search.eb.com/eb/article-231531>>.

⁴⁰⁴ BARBOSA, 2003, p.326.

⁴⁰⁵ SILVA SANCHES, 1992, p.14.

⁴⁰⁶ CORREA, 2005, p.242.

⁴⁰⁷ GÓMEZ, 1998, p.156

em que nos encontramos e a resposta apresentada é que nas situações em que a criação é estimulada ou apropriada pelo mercado, duas hipóteses foram sempre suscitadas: da socialização dos riscos e custos incorridos para criar ou a apropriação privada dos resultados através da construção jurídica de uma exclusividade artificial, sendo este o modelo preferencial das economias de mercado.⁴⁰⁸

Grande parte da responsabilidade pela inflação penal é do poder legislativo, que perdeu o sentido do princípio da necessidade da pena, abandonou a coerência normativa e se esqueceu da observância aos textos constitucionais, descaracterizando o bem jurídico que passa a ser considerado como algo meramente causal.⁴⁰⁹

As cláusulas pétreas seriam o marco limitador do legislador ordinário, principalmente em matéria penal. Além disso, Palazzo acrescenta mais dois critérios: a fragmentariedade e a proporcionalidade, limitando a criminalização somente à proteção de bens muito relevantes: aqueles indispensáveis à própria existência da sociedade (vida, integridade corporal, segurança) e aqueles que sustentam o perfil ideológico da Constituição (liberdade, propriedade, etc.)⁴¹⁰

Daí a necessidade de se buscar alternativas ao direito penal, que se mostrem cabíveis para o objetivo de responder efetiva e preventivamente aos problemas emergentes. O direito de intervenção proposto por Hassemer é uma dessas alternativas.

Este “direito de intervenção” estaria situado entre o direito penal e o direito sancionatório Administrativo, entre o direito Civil e o direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao do direito penal, mas também com menos intensidade nas sanções que pudessem ser impostas aos indivíduos”.⁴¹¹

Ainda nesta linha, a doutrina dogmática desenvolveu a figura da “tipicidade conglobante”, que serve para adequar a tipicidade legal ao sistema

⁴⁰⁸ BARBOSA, 2008, p.17-19.

⁴⁰⁹ CERVINI, 2002, p.18.

⁴¹⁰ LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ)**. Brasília, v.2, n.4 jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/138>>. Acesso em: 21 outubro 2008.

⁴¹¹ FRANCO, 2000, p.271.

normativo, porque as normas jurídicas não vivem isoladas, mas entrelaçadas, algumas vezes até se contradizendo, limitando, mas jamais poderão se ignorar: a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas.⁴¹²

É necessária uma ordem mínima entre as normas, e quando isso não acontece, quando uma norma proíbe o que a outra permite, por exemplo, tem-se uma insegurança jurídica.⁴¹³ O jurisdicionado não sabe a qual deve respeitar.

Com a tipicidade conglobante (antinormatividade) é possível corrigir certos disparates, reduzindo a tipicidade penal à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, excluindo aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir.⁴¹⁴

As excludentes penais bem como a regra dos três passos, todas já analisadas anteriormente, são também ferramentas aplicáveis para eleger as hipóteses de exclusões ao direito de autor, e demonstram a necessidade de se equilibrar o direito exclusivo da propriedade intelectual com a função pública da informação.

Neste sentido, um equilíbrio justo entre a proteção dos direitos autorais e as necessidades especiais de desenvolvimento de determinados países, cujo objetivo social é alcançar uma ampla difusão do conhecimento, determinaram a inclusão dos artigos 9 e 10 da Convenção de Berna.

Ambos os dispositivos possibilitam aos países a reprodução e o uso sem autorização de obras protegidas, o fazendo para fins específicos definidos na legislação nacional, que deverão seguir estas diretrizes: as cópias deve ser para uso privado e não comercial, sendo a reprodução autorizada para um número limitado; a

⁴¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.458-461. Ordem normativa são as normas proibitivas que junto com os preceitos permissivos (causa de justificação) formam a ordem jurídica. Assim, enquanto a tipicidade penal trata da contrariedade à ordem normativa, a antijuridicidade é a *circunstância de que a conduta antinormativa não esteja amparada por uma causa de justificação*. Também não se pode entender como idênticos “conduta atípica” com “conduta justificada”. A diferença entre a tipicidade conglobante e a justificação, é que esta possui permissões concedidas pela ordem jurídica, enquanto que aquela surge da indiferença da lei penal.

⁴¹³ PIERANGELI, 2003, p.128.

⁴¹⁴ ZAFFARONI, 2002, p.459.

reprodução deve ser parcial da obra, podendo apenas ser copiada na sua integralidade quando o original não se encontram mais disponível no mercado; o meio utilizado para a reprodução deve ser o mais apropriado para o objeto protegido: obras impressas pelo processo reprográfico, armazenamento para o programa de computador, etc; as bibliotecas e arquivos deverão permitir o acesso livre do público e sem fins lucrativos, sempre levar em consideração o interesse legítimo do proprietário e as repercussões para a obra em seu mercado potencial.⁴¹⁵

Ainda no regime do direito autoral, Geiger afirma que o equilíbrio tradicional de interesses contrapostos estão alicerçados em dois fatores: econômico e técnico.⁴¹⁶

No campo econômico a informação se transformou em base essencial da atividade, tanto que já se fala em “economia do conhecimento”, cujo movimento tende à privatização do conhecimento porque os atores econômicos estão se preocupando por reservar para si, o uso da informação através dos direitos da propriedade intelectual. Já no aspecto técnico, estamos vivendo a revolução digital, que desenvolveu instrumentos que permitem a desmaterialização das obras, como a internet⁴¹⁷, o que está obrigando os titulares a desenvolverem novos métodos técnicos de proteção, porém até o momento as dificuldades são muitas, inclusive porque as leis são ineficazes neste combate.

Lima Vianna relembra que “a invenção da propriedade intelectual remonta, pois, as origens do sistema capitalista, com a função ideológica de encobrir sua natureza de "trabalho". Para resolver o problema da escassez das obras intelectuais, que naturalmente possuem seu valor de uso desvinculado de qualquer bem corpóreo, além de vinculá-las a um meio material/físico, limitou-se as quantidades de cópia e definiu-se o valor de troca.

Desta forma, afirma o autor, “se firmou a ideologia da propriedade intelectual, transferindo a venda do trabalho intelectual do autor para os detentores

⁴¹⁵ CORREA, 2005, p.251-252.

⁴¹⁶ REMICHE, 2006, p.256.

⁴¹⁷ O autor destaca a importância da internet, seus benefícios e malefícios, nestes termos: Cada vez mais se olha a internet como uma fonte de informação extraordinária. Se reconhece progressivamente que se bem a internet implica seguramente perigos para os direitos vigentes outorgados pelo direito de autor, por outra parte, oferece grandes oportunidades para ampliar e simplificar o acesso à informação e geralmente, pode julgar-se um rol importante na educação, investigação e na cultura. REMICHE, 2006, p.256.

dos meios de reprodução”, que perdurou até o séc.XX. Enquanto não havia os desenvolvimentos tecnológicos como a internet, “o valor de troca do trabalho intelectual estava sempre vinculado a escassez inerente a venda conjunta de bens e serviços”; a internet e o livre mercado acabaram com a artificial escassez.⁴¹⁸

A internet veio definitivamente provocar uma urgente rediscussão nos limites do direito de autor, talvez com a necessidade de limitar o alcance do direito de exclusiva em obras de importância social, cultural ou econômica consideráveis; uma das justificativas que o autor apresenta é de que os direitos dos usuários não são meros interesses a se ter em conta, senão, antes pelo contrário, possuem igual valor que os direitos do autor.⁴¹⁹

O livre acesso não significa que inevitavelmente deva ser gratuito, não se deve proibir o uso, porém o titular do direito deve estar legitimado para reclamar uma compensação financeira, por isso, se deveria considerar converter o direito de exclusiva em um direito à remuneração, cabendo à comunidade acadêmica buscar novos modelos para remunerar os criadores.⁴²⁰

Correa também concorda no sentido de que os direitos autorais não outorgam o direito de excluir, mas apenas o de obter remuneração dos usuários da matéria protegida, à exemplo das fotocópias, empréstimos de livros, gravação de fonogramas ou videogramas.

Inclusive, as exceções aos direitos exclusivos não se limitam apenas ao direito autoral.

As patentes também estão sujeitas à exceções gerais, de não-pagamento e automáticas, como é o caso a exceção de uso experimental, operação antecipada, importações paralelas, licenças compulsórias, a duração temporal de direitos, além da permissão de atos praticados reservadamente e em escala/objetivo não-comercial, uso da invenção para fins de ensino, preparação de remédios segundo

⁴¹⁸ LIMA VIANNA, 2007, p. 804-807.

⁴¹⁹ REMICHE, 2006, p.254-259.

⁴²⁰ REMICHE, 2006, p.262-263.

prescrições individuais, entre tantas outras hipóteses apresentadas pelas leis, doutrinas e jurisprudências.⁴²¹

Outra forma de proteção recomendada pelo Acordo TRIPS, arts.51 à 60, é em relação a adoção de procedimentos de proteção às fronteiras.

Principalmente nas aduanas/alfândegas, onde é permitido que os interessados possam se dirigir às autoridades aduaneiras a fim de conseguirem a suspensão de importação ou exportação de mercadorias suspeitas de estarem infringindo os direitos de propriedade intelectual, mediante descrição dos objetos e prova do fato.

Há, ainda, a previsão de apresentação pelo interessado, de fiança ou garantia equivalente, a fim de evitar abusos ou má-fé, bem como fixação de prazo para a duração da suspensão e possibilidade de indenização por retenção infundada. Por último, é possível a exclusão do procedimento quando tratar-se de importações com quantidades insignificantes, sem caráter comercial e para uso pessoal do viajante.

O Conselho da União Européia, através da Diretiva n.3295/94/CEE, que substituiu a Diretiva n.3842/86/CEE, recomendou regras no mesmo sentido das constantes do art.51 e seguintes do Acordo TRIPs, adotando as autoridades aduaneiras de competência no combate as mercadorias com marcas usurpadas e as pirateadas. Esta atividade ilegal obstaculiza a liberdade do comércio legítimo, causando prejuízo considerável aos fabricantes, comerciantes, autores e titulares que respeitam as leis, bem como colocam em engano os consumidores.⁴²²

Inclusive, o referido regulamento chega a levantar a hipótese de aumentar a lista de direitos da propriedade intelectual, da mesma forma que exclui as mercadorias desprovidas de caráter comercial; o que vai ao encontro do conceito sugerido neste estudo, item 3.3.2.2, que exclui da conduta pirata aqueles atos que não possuam o objetivo comercial, e reforça a idéia da necessidade de uma

⁴²¹ CORREA, 2005, p.56, 60-68.

⁴²² Disponível em: <<http://www.cde.ua.es/dsi/nov99pc.htm>>.

reformulação a fim de permitir que a propriedade intelectual também possa contribuir para o desenvolvimento social.

Para Dal Ri Junior, a liberalização do mercado deve ser controlada pelo direito internacional econômico, principalmente para “inibir a voracidade de todos aqueles que tentam bloquear a sua distribuição igualitária”.⁴²³

Belleflamme apresenta uma análise política dos últimos dez anos do Acordo TRIPS, concluindo que os países da América Latina, não estão encontrando benefícios na harmonização dos regimes jurídicos de propriedade intelectual: muito pelo contrário, parece que a situação piorou em diversos sentidos. Em contraste, os grandes países, principalmente os EUA, estão se beneficiando do Acordo TRIPS e, em virtude deste desequilíbrio, é que o autor questiona se é possível o “livre comércio da propriedade intelectual” em uma situação de ganho para todos? e em caso afirmativo, em que condições?⁴²⁴

Não nega, pois, que a proteção legal da propriedade intelectual aparece como uma resposta politicamente apropriada, porém lembra Belleflamme, dita política pode entrar em conflito com outros objetivos políticos no mínimo tão valiosos como aquele.

Para tanto, apresenta algumas reflexões destacando três áreas de potenciais conflitos entre política de inovação e outros assuntos públicos: desenvolvimento sustentável⁴²⁵, saúde pública⁴²⁶ e diversidade cultural⁴²⁷. Destaca, por fim, dois princípios gerais de política que não podem ser esquecidos: a) cada objetivo político deve ser dirigido através do instrumento mais direto e adequado; b) é errado pensar que um instrumento em particular (a harmonização dos regimes da

⁴²³ DAL RI JUNIOR, 2003, p.147.

⁴²⁴ REMICHE, 2006, p.354.

⁴²⁵ O fortalecimento dos direitos da PI no Acordo TRIPS é benéfico apenas em parte, porque se de um lado aumento o estímulo dos países desenvolvidos em exportar tecnologia, por outro, reduz a capacidade dos países em desenvolvimento de obterem uma adequada capacidade de absorção.

⁴²⁶ A proteção falha ao não atender às enfermidades essencialmente difundidas nos países em desenvolvimento, como a malária e a dengue, e quando o faz, como no caso da AIDS, o Acordo TRIPS restringe consideravelmente o acesso a ditos medicamentos por parte de quem mais os necessita.

⁴²⁷ Alertam para o risco de uma importante redução dos bens culturais, aqui considerado uma informação como produto final, diante do conhecido fenômeno do “imperialismo cultural” americano.

propriedade intelectual) pode ser utilizado para atingir diversos objetivos ao mesmo tempo.⁴²⁸

Baseado nestes princípios, oportuna é a provocação de Luisi sobre o novo papel do jurista, principalmente o penalista, que da passividade, “mero analista do Direito positivo existente, simples intermediário entre a lei já elaborada e esses usuários”, torna-se agente efetivamente mais participativo: “Está preferencialmente empenhado a desempenhar uma missão criadora, ou seja, a de colaborar na feitura de um renovado sistema penal”.⁴²⁹

Por tudo o que já foi dito e repetido, oportuno lembrar que o Acordo TRIPS exige lei interna, devendo aos Estados-Membros adotar aquelas regras legislando conforme os interesses nacionais, sistemas jurídicos e nos limites adequados à mínima, e não máxima, proteção à propriedade intelectual: os países em desenvolvimento deveriam poder ter a liberdade de eleger, dentro das regras do Acordo TRIPS, o nível de rigor de seus sistemas de propriedade intelectual.⁴³⁰

O artigo primeiro do Acordo TRIPS assinala que os Membros podem estabelecer livremente os métodos adequados para aplicar as disposições do Acordo no marco de seus próprios sistemas e práticas jurídicas⁴³¹, o que na opinião de Correa, deixa espaço para o estabelecimento de medidas pró-competição.⁴³²

Para impedir a realização de cópias não autorizadas, as indústrias do direito autoral estão respondendo com novos instrumentos tecnológicos de proteção: criptografia, programas que impedem ações que tentam enganar o sistema, além de cláusulas contratuais específicas e formas *sui generis* de proteção às bases de dados.⁴³³

Isto comprova que são necessários novos enfoques a fim de garantir as exceções criadas para o uso justo dentro do contexto digital. Algumas sugestões

⁴²⁸ REMICHE, 2006, p.355.

⁴²⁹ LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ)**. Brasília, v.2, n.4 jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/138>>. Acesso em: 21 outubro 2008.

⁴³⁰ CORREA, 2005, p.397.

⁴³¹ REMICHE, 2006, p.363.

⁴³² CORREA, 2005, p.73.

⁴³³ CORREA, 2005, p.252.

poderiam ser: a) programas de doações; b) preços subvencionados por tempo limitado; edições de livros e programas informáticos de baixo custo; melhorar o acesso econômico das editoras locais às obras estrangeiras; autorizações para impressão de obras dos países industrializados no idioma original; políticas públicas para aquisição e utilização de programa de computadores empresariais de baixo custo e de código aberto que encontram-se amplamente disponíveis no mercado; rever a legislação interna para permitir a engenharia inversa, para além da possibilidade apenas de interoperabilidade, conforme previsão constante dos acordos internacionais, não permitindo com isto, a delegação pura e simples de decisões com conseqüências internas à organismos de gestão coletiva.⁴³⁴

Prova de que melhor proteção depende de interesse político é a rejeição do Protocolo de Harmonização de Normas sobre Propriedade Intelectual no Mercosul em matéria de marcas, indicações de procedência e denominações de origem, pelo congresso nacional brasileiro.

Ainda que os direitos de propriedade intelectual nasçam de uma restrição da concorrência, já se viu longamente que eles se constroem através de um balanceamento de interesses múltiplos e complexos⁴³⁵, advindos, portanto, de vários setores com distintos objetivos. Essa multiplicidade de interesses dificulta cada vez mais soluções neste ambiente.

A proteção da propriedade intelectual é só um dos modos de corrigir as ineficiências do mercado, existindo outras formas de intervenção pública, lembrados por Belleflamme, como subsídios, investigação pública, sistema de prêmios, cujos custos e benefícios devem ser cuidadosamente examinados.⁴³⁶

No caso brasileiro a proteção jurídica da propriedade intelectual se funda na tutela da liberdade de iniciativa e livre concorrência.

Isto exige, por conseqüência, a menor intervenção do Estado, principalmente no âmbito penal, aumentando sim, as justiças especializadas cíveis em propriedade intelectual, à exemplo da comarca do Rio de Janeiro; lamentando

⁴³⁴ CORREA, 2005, p.257, 264 e 267.

⁴³⁵ BARBOSA, 2008, p.199 e 251.

⁴³⁶ REMICHE, 2006, p.356.

ser esta apenas referente à propriedade industrial. Peculiar raciocínio foi desenvolvido e apresentado por Sá, que entendeu que as leis de proteção da propriedade intelectual, não atribuem aos Fiscos deveres ou competência para apreender objetos postos em mercancia pela alegação de suspeição de pirataria ou de contrafação; na sua leitura somente a Secretaria da Receita Federal tem esta competência, e tão-somente no momento da conferência aduaneira.⁴³⁷

O autor justifica com base na diferença entre coisas relativamente e absolutamente fora do comércio⁴³⁸, afirmando que quando se tratar de comercialização da primeira hipótese – relativamente fora do comércio – não se pode aplicar as sanções legais, posto que não se pode sancionar conduta que não seja comprovadamente ilícita, e esta ilicitude, na forma de pirataria ou contrafação, somente se pode provar com o laudo pericial, privativo de quem alega, ou seja, pelo detentor do direito atacado, via ação privada.

Isto significa que a autoridade policial ou o Poder Judiciário não poderia agir de ofício, exceto nos casos de ação pública. Neste raciocínio, enquanto não comprovado a ilicitude do objeto, eles são genuínas mercadorias podendo ser livremente comercializadas.

Ou seja, enquanto não forem classificadas como coisas absolutamente fora do comércio, estão sujeitas apenas a eventual exigência dos tributos devidos e não aos atos de poder de polícia e sanções correspondentes e, “em face dessa limitação, o desestímulo a esse comércio deveria se dar pela cobrança do devido imposto sobre tais coisas, tornando equitativos os custos tributários do comércio ambulante como dos empresários”, o que determinaria a transferência da competência pela repressão às Delegacias de Combate contra a Ordem Tributária.⁴³⁹

Porém, considerando que a análise da concorrência é sempre crucial em todos os casos relativos à propriedade intelectual, mesmo que em casos isolados se possa imaginar o uso comercial fora da concorrência, e que a competição relevante

⁴³⁷ Sá, 2007, p.38.

⁴³⁸ O autor explica que coisas relativamente fora de comércio seriam aquelas que não coloquem em risco direito à vida de seus usuários e não atentem com gravidade contra o tecido social ou contra a organização do Estado, ao contrário das coisas absolutamente fora de comércio que além de todo o gravame já citado atentem também contra os direitos humanos. Cd's, dvd's, bonés pirateados seriam exemplos do primeiro caso e remédios falsificados, escravos, cocaína, armas, etc., exemplos do segundo caso.

⁴³⁹ Sá, 2007, p.39.

para a propriedade intelectual se faz entre empresas⁴⁴⁰, não é de todo absurdo restringir o seu controle nas mãos dos órgãos já existentes e mais preparados para o trata de matéria tão específica, que na maioria das vezes exige provas e exames de mercado, perícias contábeis, análises de concorrência, etc.

Há órgãos de controle administrativo⁴⁴¹, além de complexos micro-sistemas de leis⁴⁴² de natureza tributária, fiscal, econômica, antitruste, etc., que são mais fortes, porque capazes de entender melhor o tema, e eficazes, com procedimentos e execuções mais específicos e rápidos no controle, proteção e punição de condutas que violem a propriedade intelectual.

A visão de Manoel Joaquim Pereira, analisando os dispositivos constitucionais brasileiros é no sentido de que “em nosso direito, a utilização dos direitos de propriedade intelectual para dominar o mercado e impedir ou limitar o acesso ou dificultar o funcionamento de fornecedores pode configurar uma infração da ordem econômica.” Para tanto cita o art.21, XVI da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, quando da tipificação da conduta abusiva de açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia, tutelando desta forma o princípio constitucional da liberdade de concorrência.⁴⁴³

Outro fator a fundamentar o controle administrativo é que, não obstante a literatura econômica sobre o tema apresentar análises econômicas sérias, o que realmente condiciona a produção das regras internacionais são os poderosos *lobbies* da indústria.⁴⁴⁴

Sem esquecer, além disso, a circunstância de que as regras comerciais internacionais mudam a qualquer hora e conforme a política econômica do

⁴⁴⁰ BARBOSA, 2003, p.276 e 286.

⁴⁴¹ Ministério da Justiça, Secretaria da Receita Federal, Banco Central, ANVISA, ECAD, CADE, Secretaria de Previdência Complementar, CVM, Superintendência de Seguros Privados, COAF.

⁴⁴² lei n. 7.492/86 – Sistema Financeiro Nacional, lei n. 8.137/90-ordem tributária, econômica e relações de consumo, lei n. 8.884/94-infrações contra o CADE, lei n. 4.595/64 – instituições monetárias, bancárias e creditícias, lei n. 4.728/65 – mercado de capitais, LC n. 105/2001 – sigilo das operações das instituições financeiras, lei n. 11.101/05 – falência, lei n. 1.521/51 – economia popular, lei n. 6.385/76 – mercado de valores mobiliários, lei n. 8.383/91 – UFIR, lei n. 10.071/03 –quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, lei n. 10.684/03 – altera a legislação tributária, lei n. 9.249/95 – altera legislação do imposto de renda, lei n. 8.176/91 – crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis, lei n. 8.666/93 – lei de licitações, lei n. 8.078/90 – código do consumidor.

⁴⁴³ BARBOSA, 2008, p.113.

⁴⁴⁴ CORREA, 2005, p.73.

momento, situação que pode vir a produzir cada vez mais a figura jurídica do erro de proibição, o que contribuiria para tornar eficaz a aplicação penal.

Vale lembrar que onde o direito não é aceito é improvável que seja respeitado. Aumentar a severidade das sanções como estabelece a Diretiva Comunitária n.2004/48/EC, não modificará o problema, ao contrário, isto poderia gerar como efeito que mais e mais pessoas se levantem no futuro para a abolição deste sistema. Não estamos na mesma situação histórica que as idéias do Iluminismo e, mesmo naquela agitada época, o filósofo Rousseau apelou ao Rei Luis XVI neste sentido: “se queres que sigam tuas leis, tens que estar seguro que as amemos”.⁴⁴⁵

A última versão com que o autoritarismo pretende recuperar o terreno perdido, é a tentativa de implantar na opinião pública a certeza de que o sistema penal é o remédio apropriado para dar solução aos crescentes problemas da violência e insegurança que se detectam no seio social, afirmação que para Zaffaroni não passa de ilusória.

Todo este movimento é importante porque atualmente simplesmente é fácil demais produzir, transportar e vender produtos piratas, da mesma forma que é fácil ao consumidor adquiri-los.

O contra-senso é que, ao mesmo tempo em que os proprietários investem cada vez mais em despertar o desejo pela compra de seus produtos, maior é a tentação de falsificá-los a fim de disponibilizá-los no mercado por um preço menor, isto porque enquanto a procura existe, também existirá a oferta, seja lícita ou ilícita.⁴⁴⁶

Oportuno transcrever a seguinte reflexão: “a maior lição de cidadania que alguém pode dar é lutar com todas as suas forças para modificar uma lei com a qual não concorda, mas cumprindo-a integralmente enquanto ela estiver em vigor”.⁴⁴⁷ Por isso é que a pirataria deve ser combatida até a legislação ser adequada à realidade e necessidades sociais.

⁴⁴⁵ REMICHE, 2006, p.264.

⁴⁴⁶ NAÍM, 2006, p.124.

⁴⁴⁷ ORRICO JÚNIOR, 2004, p.167.

Como pode ser visto na análise de Gomes sobre o “direito penal do Inimigo”, a conclusão final e derradeira é que o direito penal tornou-se um produto de mercado: na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se sobrepõe a ela. Os juízes estão apavorados: “juiz garantista tem que enfrentar a mídia”.⁴⁴⁸

Concluindo, se para a economia a noção de “bem” é o objeto capaz de satisfazer uma necessidade humana, sendo disponível e escasso; para o jurista é o objeto de um direito; resulta disso a possibilidade de afirmar que o bem jurídico da propriedade intelectual nada mais é do que esta exclusividade, passível de se tornar um monopólio⁴⁴⁹, de caráter concorrencial, criada juridicamente, e acrescida da tutela de um comportamento leal na concorrência.⁴⁵⁰

Ou seja, além dos direitos de exclusiva, a propriedade intelectual também protege determinadas posições jurídicas que envolvem as relações privadas de concorrência, como é o caso do “conhecimento técnico não patenteado⁴⁵¹”, que apesar de não ser de livre acesso, não chega a ser exclusivo.⁴⁵²

Exatamente por isso, pertinente para finalizar, é a reflexão feita por Castro: “a discussão sobre os prós e os contras da descriminalização deve ser como um debate sobre a hipocrisia dos Códigos Penais. Se for assim, devemos enfrentá-lo honestamente, sem preconceitos corporativos nem preconceitos irracionais”.⁴⁵³

E com esta conclusão, de que o bem jurídico da propriedade intelectual está baseado na livre concorrência, ambiente freqüentado por um setor social bem específico, cujos direitos e interesses são eminentemente privados, a proteção penal desvia-se da sua finalidade pública - controle do dano social - para atender à interesses econômicos, políticos e internacionais.

.....
⁴⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). **Revista jurídica eletrônica UNICOC**. Ribeirão Preto, n.2, 2005.ISSN 1807-023X. Data de publicação: 27/09/2004. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 21 outubro 2008.

⁴⁴⁹ Nas palavras de Denis Barbosa, o monopólio é a situação fática ou jurídica em que só um agente econômico (ou uma aliança ente eles) possa explorar um certo mercado ou segmento desse. BARBOSA, 2003, p.25.

⁴⁵⁰ Anote-se que nem todos os bens jurídicos serão bens econômicos, temos bens jurídicos apatrimoniais.

⁴⁵¹ Saber fazer um pão de queijo diferente dos demais concorrentes.

⁴⁵² BARBOSA, 2003, p.24 e 27.

⁴⁵³ CERVINI, 2002, p.112.

.....

CONCLUSÃO

A evolução da propriedade intelectual passa por basicamente três análises: a extensão, porque aumentou consideravelmente o número de objetos ou novos elementos protegidos (ex: gene, conhecimento); o Acordo TRIPS, que exige

regras mínimas para todos, praticamente obrigando os estados-membros, através de pressão econômica, a protegerem tudo; e os mecanismos de proteção, criando cada vez mais normas rígidas de aplicação civil e penal.

Não há dúvidas de que a propriedade intelectual é um mercado de idéias, muitas vezes transformado em monopólio que controla não apenas a produção, como a utilização destas idéias. Há quem critique a propriedade intelectual por se tratar de uma criação artificial gerada pelo desequilíbrio econômico que acaba por agravando ainda mais a desigualdade social.

Porém, a propriedade intelectual é apenas uma das técnicas possíveis de controle social utilizada pelos grupos econômicos, através da apropriação das informações, gerada pelo poder das criações individuais. Técnica que não necessita da tutela penal, já que existem outros instrumentos mais eficazes na sua proteção.

A preocupação crescente é resgatar valores e garantias individuais, partindo-se desta premissa, tanto o Estado como o bem-jurídico penal por ele protegido, deve estar concebido como garantidor da liberdade/dignidade do homem, estes seriam os critérios primordiais indicados e reconhecidos como fundamentos da ordem política e da paz social.

O Estado é meio e não fim, ou seja, deve servir ao homem e não o contrário. Portanto, na Constituição devem estar prescritos garantias que visem assegurar o bem jurídico visado pela sociedade e não pelo mercado, liderado por pequenos mega-grupos econômicos que controlam as políticas nacionais e internacionais.

Desta forma, faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, pois sua idoneidade está diretamente relacionada com o seu valor social, mesmo que nem todo bem jurídico venha ser convertido em um bem jurídico-penal. Porque o valor social do bem merecedor de garantia penal, deve estar em consonância com a gravidade das conseqüências próprias do direito penal; deve levar em consideração a finalidade político-criminal e a relevância do interesse social do momento.

Observou-se que todas as obras consultadas sobre direito penal da propriedade intelectual, geralmente evitam uma análise dogmática, principalmente sob a ótica do bem jurídico, limitando-se a descrição do tipo e comentários de institutos mais simples da parte geral dos Códigos Penais respectivos.

Esta omissão ou deficiência também são frutos da crise da administração da justiça penal, gerada por vários fatores, mas basicamente relacionada na dicotomia entre os postulados da doutrina e a atividade legislativa, que acabam acarretando: a inflação legislativa; sistemas fragmentados, incomunicáveis entre si e geralmente criminalizantes na base da pirâmide social; falta de preparação e seleção dos agentes públicos; sobrecarga do Judiciário e morosidade em suas decisões; ineficácia das penas clássicas, em virtude de tratamentos inexistentes ou ineficazes para atingir as finalidades da pena; além do elevado custo individual, social e estatal para manter toda esta inoperante máquina punitiva funcionando.

O que se tem visto é a ditadura do lucro, disputado entre o Estado totalitário e o mercado totalitário, ficando a sociedade a mercê de interesses nem sempre legais, honestos e solidários. Por isso é de se ponderar se eventuais atos contrários ao desenvolvimento, decorrentes no caso da violação da propriedade intelectual, podem causar algum dano social capaz de justificar uma pena.

Lembrando o problema inicialmente proposto: A quem interessaria criminalizar as condutas que violam a propriedade intelectual?

Podemos responder esta pergunta da seguinte forma: que sob o aspecto econômico é interesse de vários atores que atuam no mercado; já no aspecto internacional há a pressão gerada por certos países industrializados que tem poder de impor suas vontades nas decisões da OMC/TRIPS e, finalmente, no aspecto criminológico somos vítimas de uma ilusória política criminal de garantia da segurança jurídica, através de um processo de seletividade puramente econômica e não de perigo real.

Após tudo o que foi estudo, apresenta-se as seguintes conclusões:

1. A função da propriedade intelectual está baseada em três fatores: o fator econômico visando a garantia contínua do desenvolvimento; o fator jurídico, olhando pela proteção e retorno econômico ao titular/autor; e o fator social, permitindo o acesso ao conhecimento a fim de melhorar a qualidade de vida da sociedade.
2. As violações à propriedade intelectual, na sua grande maioria, são de interesse privado e comercial.

3. Boa parte das condutas tipificadas como crimes contra a propriedade intelectual poderiam ser descriminalizadas, pois são suficientemente protegidas pelas normas civis e administrativas, bem como instituições de caráter privado.

4. Desta forma, no aspecto teórico penal não se encontra cristalizado o dano social relevante a justificar a proteção penal do bem jurídico da propriedade intelectual e no aspecto processual se aplica, na maioria dos casos, os institutos dirigidos à diversificação.

5. Além disso, importante uma revisão nas condutas típicas estipuladas na lei de propriedade industrial, pois algumas se confundem com as da concorrência desleal, cujo artigo poderia reuni-las a fim de evitar conflito de normas e *bis in idem*.

6. A pouca preocupação com o uso de nomenclaturas como contrafação, reprodução, falsificação e outros sinônimos, está causando confusões e contradições na comunidade jurídica, acarretando insegurança jurídica. Por isso, após analisar todos os conceitos encontrados sugeriu-se a seguinte classificação para **Reprodução: reprodução legal e a falsificação**, sendo esta dividida em **contrafação, pirataria e plágio**.

a) contrafação: a reprodução não autorizada ou abusiva, sem fins comerciais;

b) pirataria: a reprodução não autorizada ou abusiva, com fins comerciais;

c) plágio: a reprodução fraudulenta, que seria a usurpação dolosa da qualidade de autor.

Assim, a pirataria tem como principal vítima o particular (autor/titular/conexos), cujo bem jurídico protegido é de valor econômico, ao contrário das demais violações que vitimam o Estado no seu interesse social e segurança nacional.

7. Da mesma forma, a falta de uma única definição para a conduta conhecida como pirataria contribuiu, ainda mais, para a insegurança jurídica. Portanto, após uma análise sistêmica tanto da doutrina, dos julgados, dos textos legais e, principalmente, do direito consuetudinário, sugere-se definir-se a **Pirataria** como sendo: **o ato típico de reprodução não autorizada ou abusiva de objeto comercializável, protegido pela propriedade intelectual, bem como qualquer**

outro ato que permita a circulação ou utilização do objeto pirateado para fins comerciais.

8. Em relação ao programa de computador observou-se uma falta de conhecimento técnico dos julgadores o que já recomenda maior e melhor preparo, ou talvez, criação de varas especializadas, considerando a importância nas atuais e futuras relações sociais que cada vez mais são realizadas por meio de instrumentos tecnológicos.

9. Adequação das hipóteses legais (excludentes) de permissão de quebra da exclusividade considerando o valor e a necessidade pública dos programas de computadores, principalmente quando for para permitir que o particular possa fazer completo e total uso do objeto licenciado.

10. Revisão nos contratos de licença que acabam por desequilibrar o direito entre as partes envolvidas, a fim de incluir as hipóteses previstas nas doutrinas: três passos, *fair use*, *fair dealing*.

A conclusão geral a que se chega é que na atual sociedade da informação, com o domínio da internet e a valorização econômica da informação, cada vez mais é necessário se pensar em novas formas de proteção dos direitos da propriedade intelectual. Defendendo os sujeitos, pois merecem reconhecimento moral e patrimonial, mas também tutelar a própria sociedade, receptora dos bens culturais e economicamente valiosos para todos, resultantes da criação intelectual daqueles.

Um ponto que deve ser enfrentado é a contradição que o nosso ordenamento jurídico se encontra, fruto da adoção de diversas matrizes ideológicas, como é o caso da aplicada na Constituição. Seguimos o modelo americano, próprio de um Estado democrático, para redigir a Lei Maior, porém os demais ramos do Direito (civil, penal, administrativo, para citar os pertinentes ao estudo) foram construídos considerando as normas européias, onde vigora um Estado legal, distinto do democrático; não conhecendo, por exemplo, o controle de constitucionalidade por nós adotado. Ou seja, as leis ordinárias, anteriores à 1988, não foram construídas tendo como parâmetro a norma constitucional e, por isso, volta e meia com ela entram em conflito.

Da mesma forma os juristas, que se formaram tendo como base um modelo teórico e político diferente ao adotado na atualidade. Somado a isto, tem-se, ainda, o desenvolvimento tecnológico (*software/internet*) e a globalização econômica (OMC/TRIPS) pela qual passamos nos últimos anos. Todas estas novidades criaram algumas dificuldades, principalmente para os mais antigos, de assimilarem e adaptarem suas decisões a este novo modelo republicano internacionalizado.

Portanto, antes de tudo, a lei penal não deve ser antagônica às leis constitucionais, devem se completar não para limitar direitos individuais, mas sim para garanti-los com eficiência. Por isso descriminalizar não significa desregularizar totalmente os conflitos; mas administrar suas soluções com os mecanismos mais apropriados e com a mínima intervenção estatal.

A percepção popular demonstra alguns desvirtuamentos: o consumidor acha que comprando produto pirata esta ajudando os camelôs a não partirem para a criminalidade, não prejudicando as empresas, artistas e autores dos produtos legais, pois já se encontram suficientemente ricos.

Por isso, o consumidor não se sente o principal culpado, muito menos o único responsável em mudar toda a sociedade, apontando basicamente a ineficiência estatal e a ânsia de lucro das empresas: seja em impedir a entrada e comercialização dos produtos piratas, seja em não desenvolver políticas sociais de integração à economia formal ou, por último, em permitir que as empresas pratiquem preços inacessíveis ao mesmo tempo que estimulam o desejo de consumo. A idéia seria buscar uma maior responsabilidade social das grandes marcas.

As próprias normas repressivas nacionais demonstram que ainda falta muito para se conseguir alcançar um equilíbrio, posto que quanto mais fácil torna-se o cometimento dos ilícitos, mais difícil é a persecução penal e menor a punição legal. Até porque, a condenação sozinha, não irá resolver o problema, muito pelo contrário, uma previsão de punição pequena pode servir de incentivo à violação.

Deste modo, e como se encontra, não parece ser a norma repressiva penal a saída para o combate às violações à propriedade intelectual, restando talvez às punições no âmbito civil e administrativo, um resultado mais eminente.

É plena a convicção da importância de se aplicar um conjunto de medidas educativas, econômicas, institucionais e minimamente repressivas. Destarte, é

necessário mudanças na forma de se entender os direitos e a própria regulação, a fim de que se permita alcançar uma efetiva proteção dos direitos da propriedade intelectual, de forma a não prejudicar o desenvolvimento da sociedade emergente.



REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006, 387 f. Tese de doutorado em Direito - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A propriedade informática**. Campinas-SP: Russeli, 2006.

ALMEIDA, André de. Interoperabilidade, *Software* Livre vs. *Software* Proprietário e Pirataria. **Revista Da ABPI**, São Paulo, ago.2006, edição especial.

ARROYO ZAPATERO, Luis. VICENTE MARTINÉZ, Rosario de (dirs.). **Derecho penal económico**. Barcelona: Ariel, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e mundo globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade intelectual & internet**. Curitiba: Juruá, 2006.

ATHENIENSE, Alexandre. Análise Jurisprudencial sobre Contrafação de *Softwares*. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, v.1, fev./mar.2005.

AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER. Aires Jose (Org.). **Direito e informática**. São Paulo: Manole, 2004.

BACIGALUPO, Enrique (Dir.) **Curso de derecho penal económico**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal econômico**. Madrid: Editorial centro de estudios Ramón Areces, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997

BARBOSA, Denis Borges. A criação de um ambiente competitivo no campo da Propriedade Intelectual – o caso sul americano. In: CORREA, Carlos María (Dir.). **Temas de derecho industrial y de la competencia**. Propiedad intelectual, innovación y competencia. N.8. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BASTOS, Aurélio Wander (Org.). **Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BELING, Ernst Von. **Esquema de Derecho Penal**. La doctrina del delito penal. Tradução Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 13.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORGES, Karla Christina Martins. Os serviços de computador e correlatos nas negociações multilaterais. In: CELLI JUNIOR, Umberto (Coord.). **Comércio de serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 novembro 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código Processo Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 novembro 2008.

BRASIL, **Lei n. 7.232, de 29 de outubro de 1984**. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 10 janeiro 2006.

BRASIL, **Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 novembro 2008.

BRASIL, **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 novembro 2008.

BRASIL, **Lei n. 9.456, de 25 de maio de 1997**. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 28 agosto 2009.

BRASIL, **Decreto n. 2.556, de 20 de abril de 1998**. Regulamenta o registro previsto no art. 3º da Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da Propriedade Intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 novembro 2008.

BRASIL, **Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da Propriedade Intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 novembro 2008.

BRASIL, **Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 novembro 2008.

BRASIL. **Lei n. 10.695, de 1 de julho de 2003**. Altera e acresce parágrafo ao art. 184 e dá nova redação ao art. 186 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, alterado pelas Leis ns. 6.895, de 17 de dezembro de 1980, e 8.635, de 16 de março de 1993, revoga o art. 185 do Decreto-Lei n. 2.848, de 1940, e acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 22 novembro 2008.

BRASIL. **Lei n. 11.484, de 31 de maio de 2007**. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 28 agosto 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Conselho nacional de combate à pirataria**. Relatório de atividades, 2º semestre de 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. **O Brasil contra a pirataria**. Relatório de atividades, 1º semestre de 2005.

BURNETT, John S. Piracy on the High Seas. Britannica Book of the Year, 2006. 2008. **Encyclopedia Britannica Online**. Disponível em: <<http://www.search.eb.com/eb/article-9403604>>. Acesso em: 10 novembro 2008.

CABANELLAS, Guillermo. **Derecho antimonopolico y de defensa de la competencia**. Buenos Aires: Heliasta, 1983.

CARBONE, Roland D. Regimen penal de proteccion: las patentes de invencion em la ley 24.481. In: PETRONE, Aldo (Dir.). **Cuadernos de propiedad intelectual**. n.03, ed.1, Buenos Aires: Ed.Ad-Hoc, 2007.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

CASTELO BRANCO, Fernando. **A pessoa jurídica no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CELLI JUNIOR, Umberto (Coord.). **Comércio de serviços na OMC**. Curitiba: Juruá, 2005

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Software**: lei, comércio, contratos e serviços de informática. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Software**: direito autoral e contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2.ed.rev.trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CORREA, Carlos Maria (Dir.). **Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual y políticas de desarrollo**. N.7. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

CORREA, Carlos Maria. Aperfeiçoando a eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de Propriedade Intelectual. In: VARELLA, Marcelo D.(Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2005.

CORREA, C.M. (2000), Fair Use in the Digital Era, **UNESCO**, PARIS. Disponível em: http://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/paper_correa.rtf. Acesso em: 01 dezembro 2008.

CORREA, Carlos Maria. **La protección del software y los países en desarrollo**. Córdoba: CALAI, 1987.

CUADRADO LUIZ, María Ángeles. **La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario**: análisis crítico del art.363 del Código Penal. Barcelona: José Maria Bosch, 1998.

DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Direito internacional econômico em expansão**: desafios e dilemas. Ijuí: UNIJUI, 2003.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan 2006.

DAL RI JUNIOR, Arno. **História do direito internacional**: comércio e moeda, cidadania e nacionalidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 7.ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DERECHO PENAL ECONÓMICO. **Manuales de Formación continuada**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8.ed.atual.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Eysenbach Gunther. Originalmente publicado no **Journal of Medical Internet Research** (<http://www.jmir.org>), 31.3.2000. Eysenbach G. Relatório de um caso de cyberplagiarism - e reflexões sobre a detecção e prevenir a má conduta acadêmica utilizando a Internet. *Internet J Med Res* 2000; 2 (1): e4. Disponível em: <URL: <Http://www.jmir.org/2000/1/e4/>>. Acesso em: 17 novembro 2008.

FERNANDES, Antonio Otavio. COELHO JUNIOR, Claudionor Jose Nunes. BIGONHA, Roberto da Silva. Lei de informática e Propriedade Intelectual. In: NETO, Amintas. PANIGASSI, Rogério (Orgs.). **Propriedade intelectual**: o caminho para o desenvolvimento. São Paulo: Ed.Microsoft Brasil, 2005.

FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. **Criminalidade econômica empresarial e cibernética**: o empresário como delinqüente econômico e os crimes cometidos através da internet. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal**: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FIORE, Pasquale. **Tratado de derecho penal internacional y de la extradicion.** Madrid: Imprenta de la Revista ..., 1880.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal e econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRAGOSO, Heleno Claudio; FRAGOSO, Fernando. **Lições de direito penal: parte especial.** 10 ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FUSCO, Camila. *Software* e serviços: um mercado em expansão, apesar dos tropeços. **Computerworld.** 21 mar. 2007. Disponível em: <http://www.softex.br/portal/_mercado/mercado.asp?id=1393>. Acesso em: 12 agosto 2007

GOMES, Luiz Flávio. Evolução da Teoria da Tipicidade Penal. **Wiki-IusPédia - Enciclopédia Colaborativa do Direito.** Data de publicação: 06/06/2005. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20050606124155299>>. Acesso em: 30 setembro 2008, <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299>, Acesso em: 02 outubro 2009 e http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/SA_140308_16.pdf.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). **Revista jurídica eletrônica UNICOC.** Ribeirão Preto, n.2, 2005. ISSN 1807-023X. Data de publicação: 27/09/2004. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 21 outubro 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização:** hipertrofia irracional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GÓMEZ, Alejandro González. **El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual:** de la reforma de 1987 al código penal de 1995. Madrid: Tecnos, 1998.

GOYANES, Marcelo. **Tópicos em propriedade intelectual**: marcas, direitos autorais, designs e pirataria. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L. Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la “información” como valor económico de empresa. In: **AA VV, Estudios de Derecho Penal Económico** (Arroyo Zapatero/Tiedemann, edit.).Cuenca, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos Del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Wilfred. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 41, out./dez. 1994.

HERRERO, Cesar Herrero. **Los delitos económicos**: perspectiva jurídica y criminologica. MADRID: Ministerio del Interior, Secretaria General Tecnica, 1992.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**. Tomo I. Buenos Aires: Ed.Rubinzal-Culzoni, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. volume I, tomo II: arts.11 ao 27, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, volume V, arts.121 a 136, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

IHERING, Rudolf Von. **El fin en el Derecho**. Buenos Aires: Atalaya, 1946

JAKOBS, Gunthter. **Derecho Penal**. Parte General – fundamentos y teoria de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JENKINS, John Philip. Piracy. **Encyclopedia Britannica**. 2008. Encyclopædia Britannica Online. Disponível em: <<http://www.search.eb.com/eb/article-9060153>>. Acesso em: 10 novembro 2008.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried,. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAMINSKI, Omar (Org.). **Internet legal: o direito na tecnologia da informação**. ed.1., 4.tir. Curitiba: Juruá, 2006.

KANT, Immanuel, 1724-1804 . **Crítica da razão pura**. 2. ed. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001.

KAKU, William Smith. Comércio Eletrônico. In: BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

LATORRE, Virgilio. **Protección penal del derecho de autor**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

LEDESMA, Julio C. **Derecho penal industrial**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

LEDESMA, Julio C. **Derecho penal intelectual**. 2.ed.atual.ampl. Buenos Aires: Ed.Universidad, 2002.

LIMA VIANNA, Túlio. La ideología de la propiedad intelectual. La inconstitucionalidad de la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n.120, ano 2007. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2382670&orden=137382&info=link>>

Acesso em: 02 outubro 2009. Arquivo acessado em 07/10/2009, disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/120/art/art5.pdf>

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. t.2.Madrid: Reus, 1927 e 1929.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Rio de Janeiro: Ed.Rio, 1983.

LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ)**. Brasília, v.2, n.4 jan./abr. 1998. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/138>>. Acesso em: 21 outubro 2008.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Proteção jurídica do software**: eficácia e adequação. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. **Jus Navigandi**, Teresina, a.6, n.58, ago.2002.

MERKEL, Adolf. **Derecho Penal**, parte general. Tradução Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Editorial Indef., 2003.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1957.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1953.

MIRÓ LLINARES, Fernando. **Internet y delitos contra la propiedad intelectual**. Madrid: Fundación Autor, 2005.

MORALES PRATS, F. Privacy y reforma penal: la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal (1983). In: **Documentación jurídica**, vol.1. Madrid, 1983.

NAÍM, Moisés. **Ilícito**: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Rio de Janeiro: Ed.Jorge Zahar, 2006.

NETO, Amintas. PANIGASSI, Rogério (Orgs.). **Propriedade intelectual**: o caminho para o desenvolvimento. São Paulo: Ed. Microsoft Brasil, 2005.

NETO, Hildebrando Pontes. As sanções e o procedimento criminal dos direitos autorais. Doutrina (criminal). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.695, ano 82, p.295, set.1993.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985-1986.

ORRICO JÚNIOR, Hugo. **Pirataria de Software**. São Paulo: Ed.Autor, 2004.

PÉREZ DEL VALLE, C. Sociedad de riesgos y reforma penal. In: **Poder Judicial**, CGPJ, núms. 43-44. Madrid, 1996.

PESSINA, Henrique. **Elementos de Derecho Penal**. Madrid: Réus, 1936.

PIERANGELI, José Henrique. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTA, Eduardo S. Rui Caldas. **Dos crimes contra a propriedade intelectual**. 2.ed.rev.ampl.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e universidade**: aspectos legais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

PIMENTEL, Luiz Otávio et al. A proteção jurídica da propriedade intelectual de *software*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **A proteção jurídica da propriedade intelectual de *software***: noções básicas e temas relacionados. Série Platic. Florianópolis: IEL, 2008.

PIMENTEL, Luiz Otávio. CAVALCANTE, Milene Dantas. Patente de invenção e programa de computador. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **A proteção jurídica da propriedade intelectual de *software***: noções básicas e temas relacionados. Série Platic. Florianópolis:Ed.IEL, 2008.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial**: as funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PODVAL, ROBERTO (org). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAFECAS, Daniel Eduardo. Una Aproximación al Concepto de Garantismo Penal. **Revista Jurídica Lecciones Y Ensayos**, Buenos Aires, n. 80, p.159-176, 2004.

REMICHE, Bernard. Propiedad intelectual y tecnología. El acuerdo APDIC 10 años después: visiones europea y latinoamericana. **SEMINARIO DE LA ASOCIACIÓN**

INTERNACIONAL DE DERECHO ECONÓMICO (A.I.D.E). 1.ed. Buenos Aires: La Ley, 2006.

RESENDE, Pedro Antonio Dourado de. Programas de computador: a outra face da pirataria. In: KAMINSKI, Omar (Org.). **Internet legal: o direito na tecnologia da informação.** ed.1., 4.tir. Curitiba: Juruá, 2006.

ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal.** Bogotá, CO: TEMIS, 1982.

RODER, Carlos David Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones.** Tradução Francisco Giner. Madrid, 1876.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** São Paulo: Martins Fontes, 1989

ROVER, Aires José. Os paradoxos da proteção à propriedade intelectual. In: KAMINSKI, Omar (Org.). **Internet legal: o direito na tecnologia da informação.** ed.1., 4.tir. Curitiba: Juruá, 2006.

ROVER, Aires José (org). **O sujeito de conhecimento na sociedade em rede.** Florianópolis: Boiteux, no prelo.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber juridico.** Buenos Aires: Depalma, 1979.

SÁ, Helio Sabino de. Pirataria: conceitos e equívocos sobre o tema. **Revista Jurídica Justilex**, Brasília, ano VI, n.70, out.2007.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Tradução Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Manoel Joaquin Pereira dos. **A proteção autoral de programas de computador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHUARTZ, Luiz F. Mercados de alta tecnologia: crise anunciada do direito da concorrência? In: GRECO, Marco Aurélio. SILVA MARTINS, Ives Gandra da (coord). **Direito e Internet**: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHUNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v.41, n.2, p.529-558, mayo/ago.1988.

SGARBI, Luciana. A revolução da Microsoft. **Revista Isto É**. São Paulo, ano 31, n.2035, p.94, nov.2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SANCHES, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Ed.Jose Maria Bosch, 1992.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 28 agosto 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 28 agosto 2009.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Sobre ursos e lobos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 191, p. 7, out, 2008.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**. Barcelon: PPU, 1993.

TOUBOL, Frédérique. **El software**: analisis jurídico. Buenos Aires: Zavalia, 1990.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consultas. **Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/> >. Acesso em: 28 agosto 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 28 agosto 2009.

VIBES, Federico. Piratería de *software* y reparación de daños. IN: PETRONE, Aldo (dir). **Cuadernos de propiedad intelectual**. n.03, ed.1, Buenos Aires: Ed.Ad-Hoc, 2007.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento e modalidades de comercialização do *software* livre e do *software* proprietário. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **A proteção jurídica da propriedade intelectual de software**: noções básicas e temas relacionados. Série Platic. Florianópolis: Ed.IEL, 2008.

WACHOWICZ, Marcos. Os elementos que integram a noção jurídica do *software*. In: KAMINSKI, Omar (Org.). **Internet legal: o direito na tecnologia da informação**. ed.1., 4.tir. Curitiba: Juruá, 2006.

WELZEL, Hans, 1904-1977. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

WESTON, William Fischer. Intellectual-property law. **Encyclopedia Britannica**. 2008. Encyclopædia Britannica Online. 10 Nov. 2008
<<http://www.search.eb.com/eb/article-231531>>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. 2.ed.reimp. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2007.

LISTA DE SIGLAS

ABES - Associação Brasileira das Empresas de *Software*

Ag – Agravo de Instrumento

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

BIRPI - Escritório Internacional Reunido

BSA - *Business Software Alliance*

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CEE – Comunidade Econômica Européia

CESE - Comitê Econômico e Social Europeu

CC – Conflito de Competência

CF – Constituição Federal do Brasil

CNCP – Conselho Nacional de Combate à Pirataria

COAF– Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

CONFU – Comissão de Fair Use americana

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

EUA – Estados Unidos da América do Norte

GATT - Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio

HC – Habeas Corpus

INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial

ITA - Acordo de Tecnologia da Informação

JEC – Juizado Especial Criminal

LDA – Lei de Direitos Autorais

LPI – Lei de Propriedade Industrial

LTCI – Lei de Topografia de Circuitos Integrados

OMC - Organização Mundial do Comércio

OMPI - Organização Mundial de Propriedade Intelectual

ONU – Organização das Nações Unidas

PIB – Produto Interno Bruto

REsp – Recurso Especial

RHC - Recurso em Habeas Corpus

RSE- Recurso em Sentido Estrito

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TRIPS - Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio

USPTO - Escritório de Patentes norte-americano

ANEXOS

ANEXO I - ANALISE SOBRE A PL n. 333/1999

Ao analisar os termos da PL, a primeira pergunta que vem a mente está relacionada com quais seriam seus objetivos? Uma primeira resposta poderia ser a prevenção e repressão do falsificador de “fundo de quintal” seguido da tentativa de impedir o monopólio das indústrias farmacêuticas.

Se realmente fosse isto não haveria sua necessidade. A uma porque o CP já prevê em seus arts.272 e segs a repressão a tal conduta, inclusive considerando-a hedionda; a duas, para coibir o monopólio mencionado existem as regras da licença compulsória, os crimes de concorrência desleal e as normas do código do consumidor.

Desta forma, com as alterações propostas na PL. posto que apenas se aumenta a pena abstratamente já prevista, o único efeito jurídico que teríamos seria retirar tais condutas delituosas da seara do JEC.

A conseqüência é o aumento da deficiência do sistema prisional, que não agüenta a atual demanda, por conseguinte, teríamos a impunidade como resultado, e a sensação de autorização tácita na continuidade da conduta delituosa, ou seja, a emenda é muito pior que o soneto, que em sua origem já peca por inúmeras deficiências.

Tais deficiências decorrem do desconhecimento do macro sistema penal brasileiro, que é formado por vários micros sistemas, tendo o CP como regra geral o Codecon, o ECA, SFN, entre outros, auxiliado ainda pelas normas de ordem civil. Além disso, ignoram algumas regras que formam as teorias do crime, da pena, de processo penal, citando apenas à título de exemplificação, a inimputabilidade penal da pessoa jurídica, salvo apenas dois casos (crimes ambientais e contra a economia popular), e as figuras dos erros de tipo e proibição (muitos desconhecem a ilegalidade nas condutas de baixar música pela internet de qualquer *site*, ou comprar produtos piratas, os camelódromos estão ai para confundir o consumidor).

Considerando que a PL anseia a proteção ao fabricante, cumpre lembrar as sanções civis já existentes, que prevêem a apreensão, destruição e indenização dos bens, e para proteger o consumidor, novamente se resgata o Codecon.

O que se observa é um interesse político, eleitoreiro e econômico, com forte pressão internacional advinda principalmente da OMC e países desenvolvidos.

O sistema penal brasileiro não comporta em suas teorias, principalmente a da prevenção e repressão ao dano social, a coerção a tais tipos de condutas.

O problema das normas jurídicas da PI é a falta de atualização jurídica sob a ótica penal, o que não passa pela criminalização e aumento de penas, muito pelo contrário, permeia o sentido oposto, que estamos em um terreno de interesse basicamente privado-econômico, com pouquíssimo espaço público.

Lembrando que a PI é um sistema composto de três micros sistemas, regulado por meio de cinco leis: propriedade industrial, direito autoral e conexos e uma espécie *sui generis*, que engloba as cultivares e os sistemas de circuito integrado.

Esta atualização parte por esclarecer e definir o conceito do termo popularmente conhecido como “Pirataria”. Doutrinariamente tal terminologia se restringe ao direito autoral, porém, popularmente, se estende a qualquer cópia que viole os direitos da PI.

Juridicamente pirateamos um cd, violando direito autoral, e falsificamos óculos, com violação à propriedade industrial. Atualmente não há grandes distinções práticas entre as condutas de pirataria, falsificação e contrafação, as poucas se limitam ao terreno teórico, por isso a sugestão em (re)definir este conceito ou excluí-lo das propagandas e programas governamentais.

Este sistema, PI, tem como base a atividade econômica, o lucro, e o falsificador está atrás do lucro garantido através da venda do produto copiado do original. Nesta lógica, não se falsifica o que não é vendável, o que não seja um sucesso de venda.

A pirataria de hoje engloba a cópia do desenho e da marca do óculos, p.ex., se pode fabricar um óculos “estilo avião”, que venderá muito pouco e não viola PI, mas se neste óculos se inserir a marca “RayBan”, as vendas aumentam e a violação a PI acontece.

O ônus desta compra é a falta de garantia e de qualidade do produto, que acarreta o desprestígio do nome da marca, prejudicando todo o investimento P&D realizado. Mas, repita-se, é um ônus privado-econômico.

Em relação aos fármacos a questão já entra no terreno da segurança e interesse nacional e saúde pública, por isso merece tratamento especial, o que também não significa necessariamente o caminho da criminalização, mas talvez um maior uso das licenças compulsórias. Lembrando que neste setor temos duas vertentes: o falsificador de remédios, que causa dano social e patrimonial, afetando os setores público e privado da sociedade e, de outro lado, o monopólio dos laboratórios farmacêuticos.

É neste segundo setor que está a maior preocupação das instituições governamentais e não-governamentais, porém sem a devida atenção que o caso merece. Excepcionalmente surge algum caso concreto que reacende a discussão, mas que logo passa.

Talvez seja necessária uma revisão da política aplicada a este setor.

Algumas sugestões para o combate às violações a PI, como um todo:

- 1) aumentar a fiscalização tanto do falsificador como do comprador (medida antipática e anti-eleitoreira);
- 2) criar políticas para legalizar o trabalho paralelo;
- 3) obrigar as empresas a terem produtos de segunda mão ou arcarem com os custos da falsificação, considerando a “escravidão à moda” desenvolvidas por suas campanhas de marketing, à exemplo do cigarro e bebida.
- 4) manter na seara penal apenas as falsificações que colocam realmente em risco a saúde pública e que já estão previstas no CP;
- 5) descriminalizar as condutas ilícitas da PI, permanecendo a ilegalidade à violação dos direitos dos proprietários da PI, mas com sanções de cunho civil e econômico.

Interessante observar que estamos vivendo uma “pandemia” de criminalizar tudo que é errado, alimentando um maior controle estatal na vida privada, já que se esqueceu a diferença entre condutas ilegais, ilícitas, imorais;

sendo que cada uma possui sua coação necessária, proporcional adequando-se ao caso em concreto.

Hoje qualquer dano causado a outrem já é motivo para virar crime, daqui a pouco colar numa prova escolar, mentir para os pais, jogar lixo no chão, entre outras condutas erradas correm o risco de estarem sendo criminalizadas, ante o pânico de uma irreal insegurança que estaríamos vivendo. Este pânico é irreal porque alimentado por interesses privados e políticos, mas que merece uma análise própria.

O alerta é apenas para corroborar a defesa da descriminalização de certas condutas violadoras da PI, indo na contramão da atual inflação legislativa.

Além do aumento de pena já mencionada, a PL dá nova redação ao artigo 193 e seu parágrafo, porém com alterações ínfimas que talvez numa análise mais apurada não se justifique.

No mesmo sentido é o art.202, cujas previsões de apreensão, destruição e perdimento já se encontram em outros ordenamentos com aplicação subsidiária a PI.