
Pena contra pirataria facilitava a aplicação da prescrição virtual

Em artigo publicado há não muito tempo atrás intitulado “[As Duas Faces do Avanço Intelectual](#)”, fizemos uma ligeira reflexão sobre o paradoxo entre a eficaz e crescente evolução humana no campo da inovação (especialmente tecnológica) e o retrocesso verificado na implementação ou mesmo desenvolvimento das ferramentas (sejam legais ou operacionais) capaz de impor respeito aos direitos relativos à propriedade intelectual, quiçá efetivamente combatê-los.

Nesse ínterim, pouca coisa efetivamente mudou, à despeito dos aplausos que merecem todos aqueles envolvidos no combate aos delitos ligados à propriedade intelectual, em especial as associações que representam diversos seguimentos da indústria, comércio, autores, enfim, titulares de direitos intelectuais, que fizeram com que, ao longo de anos de trabalho, boa parte da sociedade tenha se conscientizado da gravidade do problema.

Esse trabalho, que certamente ganhou visibilidade com a criação do antigo Comitê Interministerial de Combate à Pirataria (no longínquo ano de 2001 — e que pouco ou quase nada fez), foi certamente influenciado pela pressão exercida pelos EUA, que vez ou outra ameaçava incluir o Brasil em lista negra, encabeçada por países como China e Índia, tidos como países onde praticamente não há respeito à propriedade intelectual (mas que já esboçam alguns avanços).

Vale lembrar que o Comitê, apesar de críticas merecidas, serviu pelo menos para trazer o assunto para a pauta da sociedade (auxiliando assim os titulares de direitos intelectuais nas lutas diárias que enfrentavam nos tribunais Brasil afora), que logo após assistiu a "Telemidiática CPI da Pirataria", que soprou como uma esperança de dias melhores ou de um posicionamento diferente diante do quadro até então vigente.

Nesse aspecto, apesar do grande barulho, e talvez menor resultado, a criação do Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual — CNCP, em 2004, conglomerando diversos segmentos da sociedade, deve ser reconhecido com um grande resultado da CPI e, mais que isso, um campo legítimo e poderoso para dar vazão a necessária discussão e contribuição para medidas práticas, educativas e legislativas, no enfrentamento da questão.

De qualquer forma, o CNCP, que encabeça o fronte contra a Pirataria (ao lado do também muito ativo — Fórum Nacional Contra a Pirataria e Ilegalidade, como outras tantas entidades engajadas no tema), representa uma das maiores ferramentas para enfrentamento da questão, e onde muitos ainda depositam sua confiança de que, através da força que reuniu, possa efetivamente mudar o quadro atual.

E para isso, já está claro que não bastam medidas paliativas ou pontuais. Também não é a força pitoresca e grotesca dos meios “históricos” de investigação brasileira que devem nortear a questão. Novas leis, palestras, apreensões pontuais, a despeito de positivas, não resolvem o problema. A reforma deve englobar as sólidas bases onde permeiam os mecanismos do sistema de pirataria e, mais do que isso, do seu próprio sistema de combate, maculado, em sua raiz, por problemas muito mais sérios (lamentavelmente experimentados em outros campos), dos quais muitas vezes se fazem valer as próprias vítimas e interessados, ofuscados pela dificuldade em agir de outra forma.

Basta dizer que desde 2006, por exemplo, há lei no estado de São Paulo (Lei 12.279/06, regulamentada pelo Decreto 50928/06) e na cidade de São Paulo, prevendo perda do cadastro de inscrição no ICMS, fechamento do estabelecimento, impossibilidade de seus sócios atuarem no mesmo ramo por 05 anos, perda do alvará de funcionamento do estabelecimento, entre outras penalidades, para aqueles que forem flagrados comercializando produtos piratas. Qual o resultado dessa lei? Quantos estabelecimentos foram efetivamente fechados? A mesma legislação, aliás, começa a pipocar em outras cidades e estados.

É, como se diz, tratar o que existe, como existe, da forma que existe, pautado na legalidade, na razoabilidade, mas acima de tudo, na realidade de um mundo em diária mutação. E isso começa pela nomenclatura atribuída à questão. A sociedade, lamentavelmente, por maior que seja o esforço em fazer crer que PIRATARIA é alvo nocivo, criminoso, tem consigo um idéia diferente da questão. Há, certamente, uma aceitação do termo, por maior que seja o avanço hoje experimentado.

E a amplitude de crimes que hoje são colocados sob a chancela de PIRATARIA parece trazer ainda mais maleabilidade ou menor reprobabilidade social da conduta.

Talvez a intenção seja justamente essa: colocar sob o manto da PIRATARIA crimes gravíssimos, como a falsificação ou adulteração de medicamentos, ou mesmo de cosméticos, que são crimes hediondos^[1] (com penas de até 15 anos de prisão), mas aparentemente o viés tem sido outro.

Tanto é que vez ou outra há alguns defendendo a aplicabilidade do princípio da adequação social (que não guarda amparo em nossa legislação) para afastar a punição de crimes contra a propriedade intelectual (especialmente o comércio de CDs piratas).

De qualquer forma, à despeito do coro que se faz pela avanço intelectual no enfrentamento da questão, o objeto central aqui é anunciar mudanças legislativas e decisão do STJ que promoveram alteração nos crimes contra a propriedade industrial (e todos que se enquadrem na mesma condição), como veremos.

A Prescrição nos Crimes contra a Propriedade Intelectual

Há muito tempo, tanto detentores de direitos ligados à propriedade industrial, como aqueles que lidam com o tema, entidades de classe, aguardam e reclamam pela aprovação de alteração na legislação que trata dos crimes contra a propriedade industrial, tipificados nos artigos 183 a 195 da Lei de Propriedade Industrial — Lei 9279/06.

O clamor maior, e a espera que aparentemente não se encerra, é pelo projeto de lei — PL 333/99, de autoria do então deputado Antonio Kandir, cuja grande mudança é justamente aumentar a pena

culminada para tais delitos.

Uma das motivações era justamente o reconhecimento de que a pequenez da pena máxima culminada para aqueles delitos (que não passa de um ano de detenção) tornava, na prática, impossível uma efetiva punição, quer por ser o crime atingido invariavelmente pela prescrição, quer pela possibilidade de aplicação dos benefícios advindos com a Lei 9099/95 — Lei dos Juizados Especiais (já que para muitos as condutas em análise não são, ou não deveriam ser, condutas de menor potencial ofensivo).

No que pese o PL ainda continuar sendo apenas um PL, recente modificação promovida no Código Penal, (mais precisamente no último dia 05.05.2010) parece confortar (pelos menos parcialmente) aqueles que temem a prescrição como um dos maiores vilões na persecução criminal dos crimes contra a propriedade industrial.

Como sabemos, a prescrição penal nada mais é do que a perda do poder e dever de punir do Estado diante do não exercício da pretensão punitiva ou mesmo executória durante o prazo estabelecido pela lei.

Em outras palavras, poderíamos dizer que é uma espécie de “penalidade” aplicada pela lentidão do Estado em exercer o direito de punir aqueles que transgridem o ordenamento jurídico vigente. O resultado é a extinção da punibilidade do agente.

O seu reconhecimento, portanto, atinge o próprio direito material (de punir), e conseqüentemente fulmina o direito de ação. Boa parte dos doutrinadores acredita ser matéria eminentemente penal, conquanto haja corrente que afirme ser processual e outra mista.

De qualquer forma, a prescrição se divide basicamente, em dois grandes grupos: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Ambas estão disciplinadas no Código Penal, em seus artigos 109 a 117.

Importante termos em mente que a prescrição da pretensão punitiva abarca diversas modalidades: i) prescrição pela pena máxima em abstrato; ii) prescrição superveniente ou intercorrente; iii) prescrição retroativa.

Nesse sentido, a Lei 12.234, de 05 de maio de 2010, promoveu alterações nos artigos 109 e 110 do Código Penal, que dispõem sobre a prescrição penal, aumentando o prazo para sua ocorrência, nos crimes cuja pena máxima seja inferior a um ano, além de expurgar a chamada prescrição retroativa de nosso sistema na fase pré-processual.

O reflexo na persecução penal dos crimes contra a propriedade industrial é grande. Atualmente, dos 6 Capítulos do Título V da Lei de Propriedade Industrial — Lei 9279/96, onde encontramos 12 artigos tipificando diversas condutas, 08 prevêm penas que não ultrapassam os 03 meses de detenção (artigos 184, 185, 188, 190, 191, 192, 193, 194).

Isso significa que o prazo prescricional de todos esses crimes passou de 02 anos para 03 anos, se aproximando em muito do prazo fixado para os demais crimes (artigos 183, 187, 189 e 195) que em

virtude da pena ser igual a um ano de detenção, continua sendo de 04 anos (não houve qualquer alteração nesse sentido).

Já no caso dos demais crimes, tidos contra a propriedade intelectual (e não industrial), como a violação de direitos autorais (artigo 184 do Código Penal, caput, parágrafos 1º, 2º e 3º), e violação dos direitos de autor de programa de computador (artigo 12 da Lei 9609/98, caput, parágrafos 1º e 2º), a nova lei, no que tange a fixação do prazo prescricional, nada alterou, já que em todas as hipóteses a pena máxima não é inferior a um ano.

Mas não foi só o prazo da prescrição da pretensão punitiva, calculado pela pena em ideal, que foi alterado.

A referida lei, como anunciado, extirpou de nosso ordenamento uma das hipóteses de incidência da chamada “Prescrição Retroativa”, regulada pelo agora revogado parágrafo segundo do artigo 110 do CP.

A modalidade retroativa, cuja natureza é de prescrição da pretensão punitiva, é aquela que levava em conta para computo do prazo a quantidade de pena efetivamente fixada pela sentença, e não a pena máxima em abstrato fixada.

Naquela hipótese, os prazos prescricionais eram calculados com base nessa pena fixada pela sentença (que deveria, necessariamente, ter transitado em julgado para a acusação ou ter sido improvido seu apelo) e deveriam ser analisados considerando dois lapsos temporais: i) a data da consumação do crime (ou qualquer das hipóteses do artigo 111 CP) e o recebimento da denúncia ou da queixa; ii) o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória.

Assim, uma vez fixada a pena, com o transito em julgado da sentença para a acusação ou improvido seu recurso, bastava “encaixar” a pena em algum dos incisos do artigo 109 do CP para se obter o prazo prescricional e analisar se ele teria se consumado dentro dos dois momentos acima mencionados, que compreendem basicamente a fase investigativa e a fase judicial.

Essa possibilidade de incidência da prescrição, especialmente a que compreendia o inquérito policial, atingia muitos crimes, especialmente aqueles onde a fase investigativa era extremamente lenta, seja em função da dificuldade em obter informações para esclarecimentos dos fatos e da autoria, seja em função da morosidade ou precariedade da investigação policial no Brasil.

Tal realidade, ou melhor, a morosidade na fase preliminar, com a nova lei, não irá mais favorecer o condenado, pois o legislador entendeu por bem extirpar essa hipótese de incidência da prescrição retroativa, mantendo, todavia, aquela relativa a fase judicial (denúncia ou queixa até publicação da sentença condenatória — sem deixar claro se deve levar em conta o recebimento ou apenas o oferecimento).

Com essa alteração, que passa a valer para os crimes cometidos a partir do dia 05 de maio^[2], não há dúvidas que experimentaremos significativa diminuição na extinção da punibilidade de condenados, em função da prescrição. Todavia, que tal modificação, razoável ou não (por não permitir que a pena real seja considerada, o que pode ser considerado ofensa ao princípio da pena justa, mas que abordaremos em

outra oportunidade) não sirva para corroborar ou motivar lentidão ainda maior na fase investigativa.

Mas o que isso pode afetar os crimes contra a propriedade intelectual?

Em primeiro lugar, temos que ter em mente que boa parte dos crimes contra a propriedade intelectual são perseguidos através de ação penal privada (artigos 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194 e 195 da LPI; 184 caput do Código Penal, e artigo 12 da Lei 9609/98 – ressalvadas hipóteses contidas no inciso 3º do referido artigo), conquanto poucos sejam perseguidos através de ação penal pública (artigos 184 parágrafos 1º, 2º, 3º do Código Penal e as hipóteses contidas no inciso 3º do artigo 12 da 9609/98).

Essa diferença acerca da natureza da Ação Penal, aliada aos dispositivos do Código de Processo Penal que regulam o processo e julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial (artigos 524 a 530), que promove, inegavelmente, um diferenciação na forma de início da persecução criminal, deve ser considerada.

A despeito da discussão sobre a possibilidade de ser apurado crime contra a propriedade industrial (aqueles relacionados nos artigos 183 a 195 da LPI), através de inquérito policial (cujo enfrentamento já exige um outro artigo), não há dúvidas de que o fim da prescrição retroativa incidente na fase investigativa pouco representará nos casos em que a Ação Penal é privada.

Isso porque, quer admita-se o início da persecução através de inquérito policial, quer seja ela promovida através de medida judicial, o prazo decadencial que incidirá em tais hipóteses funcionará como verdadeiro limitador do próprio exercício da ação penal.

Em outras palavras, seja no inquérito policial, seja no bojo da medida judicial, quer parecer que qualquer um desses procedimentos dificilmente perdurará por 03 anos (prazo prescricional mínimo que deverá ser observado), sem que se tenha conhecimento do suposto autor do crime.

É claro que o marco inicial do computo do prazo decadencial (disciplinado pelos artigos 38 do CPP e 103 do CP) deverá ser necessariamente o conhecimento do suposto autor do crime, aliado à regra do artigo 529 do CPP^[3], informação que na maioria dos casos se tem quando do conhecimento da existência do crime ou mesmo quando da realização de busca e apreensão ou da confecção do laudo pericial, providências que em regra são realizadas com razoável celeridade.

Não podemos negar que pode haver hipótese em que se tenha conhecimento de prática de crime contra patente de invenção, ou registro de marca, por exemplo, sem que se tenha noção de seu autor, ou que mesmo a diligência de busca e apreensão não o indique, ou nem mesmo o laudo pericial, exigindo investigações duradouras, mas isso não é, verdadeiramente, o que acontece nesses crimes, especialmente em função da autoria ser atribuída a todo aquele envolvido na cadeia produtiva ou de comercialização do produto (quem vende, expõe à venda, mantém em estoque, oferece à venda etc.).

De qualquer forma, mesmo nessa hipótese, de conhecido de qualquer um dos autores do crime, seja apenas o distribuidor, ou vendedor, a continuidade da investigação, sem oferecimento da queixa-crime (presentes os demais requisitos^[4]), sob o argumento de que é necessária a obtenção de informação de

todos os envolvidos no processo de violação dos direitos industriais, não impedirá o curso do prazo decadencial, contra os autores conhecidos, exigindo assim do ofendido a adoção imediata de medidas.

Assim, se a fase inicial for conduzida judicialmente, os prazos fixados pela legislação limitam a sua duração, sendo improvável que extrapolem 03 anos. Se forem conduzidas através de investigação policial, compete ao ofendido o acompanhamento rigoroso de seu desenvolvimento, para que não seja surpreendido pela decadência.

Ademais, como dito, poucos são, na prática, os casos em que a autoria não é conhecida *ab initio*, ainda que não sejam conhecidos todos os dados do autor, o que faz com que essa supressão da prescrição retroativa na fase investigativa tenha pouca relevância prática no caso dos crimes contra a propriedade industrial.

Já nos demais casos, especialmente violação de direitos autorais (onde a ação penal é pública), a supressão pode impactar os casos mais complexos, ou onde há envolvimento de diversos autores, até em função do relaxamento natural da fase investigativa, que não está “correndo contra o relógio” e que é sempre conduzida através de inquérito policial, tendo como titular da ação penal o Ministério Público, que em função da ausência de prazo decadencial, pode optar por requerer mais diligências com a intenção de, por exemplo, dismantelar um esquema maior envolvendo outros crimes (sonegação de impostos, lavagem de dinheiro etc.), alterando sensivelmente o prazo para conclusão da investigação, haja vista a maior dificuldade que será enfrentada pela polícia judiciária.

A Prescrição Virtual nos Crimes contra a Propriedade Intelectual — A Nova Súmula do STJ

O mal da pequenez da pena fixada especialmente para os delitos contra a propriedade industrial, como também aquelas fixadas para os crimes de violação de direitos autorais, além das implicações abordadas acima, facilitava a aplicação da chamada prescrição virtual, que vez ou outra era invocada por promotores e acolhida por juízes.

Essa prescrição, apesar de não encontrar amparo legal em nosso sistema, era (e ainda é) defendida por muitos, via de regra sobre o fundamento de que o processo penal não pode ser inútil, quando desde o início (antes do oferecimento da denúncia) sabe-se que a prescrição fulminará a possibilidade de efetivação do *jus puniendi*.

A prescrição virtual funciona mais ou menos assim: ao analisar o caso, o promotor (ou o juiz) verificava a quantidade da pena atribuída ao crime, as condições em que ele foi praticado, as condições do autor (se tinha bons antecedentes, se era réu primário), enfim, fazia uma projeção de qual a pena seria aplicada ao caso. Obtido o resultado (via de regra considerava-se a pena mínima), verificava-se o prazo prescricional estabelecido pelo CP e aplicava-se ao caso, considerando as modalidades de prescrição existentes, sendo que a mais comum era a análise baseada na prescrição retroativa da fase investigativa (entre a data do fato e o momento de oferecimento da denúncia ou queixa).

Em outras palavras, a prescrição virtual leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja,

a pena que seria, em tese, cabível ao réu por ocasião da futura sentença.

No caso de ação penal pública, entendendo o promotor que já estaria prescrito o crime, deixaria de oferecer a denúncia, suscitando a extinção da punibilidade na modalidade retroativa antecipada ou virtual. Por outro lado, no caso de ação privada, poderia o juiz rejeitar a queixa, também extinguindo a punibilidade sob o argumento da prescrição.

A justificativa dos defensores, funda-se especialmente na análise das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes, e o interesse de agir — para alguns soma-se a justa causa). Em linhas gerais, sabido que o processo seria consumado pela prescrição, fulminando a pretensão punitiva ou executória, não estariam presentes na ação o interesse de agir (necessidade e adequação), faltando-lhe ainda justa causa.

Há ainda outros argumentos, como o de que o não reconhecimento da prescrição virtual violaria o princípio da dignidade humana.

No caso dos crimes contra a propriedade intelectual, especialmente em função da pequenez da pena, tal ocorrência, pelo menos em São Paulo e no Sul do País, por parte de promotores era vez ou outra verificada.

De outro lado, aqueles que defendem a impossibilidade de sua aplicabilidade fundam-se na ausência de previsão legal, na violação do direito de defesa, presunção de inocência e individualização da pena, basicamente.

De qualquer forma, o assunto, que merece atenção e fria análise, para filiar-se à uma ou outra corrente, foi enfrentado recentemente pelo STJ, que sumulou o tema, pretendendo por uma pá de cal sobre o assunto:

SÚMULA 438: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal

Referida súmula, representa mais um vitória daqueles que defendem a inaplicabilidade da prescrição virtual, como os titulares de direitos ligados à propriedade intelectual, cuja legislação e falta de celeridade no processamento das ações penais, inquéritos policiais e medidas preparatórias, ao lado de discussões doutrinárias sobre o correto procedimento que devem adotar para enfrentar essa modalidade de criminalidade, encontram mais um bom argumento ou incentivo para continuar a batalha.

Por outro lado, o fato de ter sido extirpada a prescrição retroativa na fase investigativa não afasta a invocação da prescrição virtual, que pode também ser aplicada após o recebimento da denúncia, mas antes da sentença. É o exemplo claro trazido pelo brilhante Luiz Flávio Gomes, que assim nos ensina:

Exemplo: houve denúncia (em 2005, por um furto simples) e demorou-se para iniciar a instrução. Depois do transcurso do lapso prescricional em perspectiva (contado com base na pena em perspectiva de um ano), já não se justifica iniciar a instrução criminal em 2010 (por faltar-lhe justa causa). Da denúncia (2005) até hoje (2010) transcorreram cinco anos. Um ano (pena em perspectiva) prescreve em

quatro. Já transcorreu o tempo da prescrição retroativa. Para que levar esse processo adiante? Só para se chegar à sentença e a partir daí reconhecer a prescrição retroativa? A inutilidade do uso da máquina judiciária, nesse caso, é patente! Falta justa causa para essa ação penal. O trancamento da ação penal está (mais do que) justificado.

No mais, há que se estabelecer que a durante a fase investigativa continua incidindo a prescrição, mas apenas pela pena em abstrato, o que não significa, portanto, que essa fase poderá se estender indefinidamente.

[1] Brilhante artigo do mestre Miguel Reale Jr. defende a inconstitucionalidade desse crime — Revista dos Tribunais — Volume 763, páginas 415/431.

[2] Tendo em vista que a alteração tem conteúdo material e prejudicial ao acusado não retroagirá para atingir casos ocorridos anteriormente à data de entrada em vigor, ainda que pendente o processo-crime, por tratar-se de reatratividade *in malam partem* (vedado pelo sistema constitucional brasileiro — artigo 5 inciso XL da CF e artigo 2º. do Código Penal)

[3] O prazo do artigo 529 é, para muitos, o prazo único que regula a decadência nos crimes contra a propriedade imaterial, afirmativa com a qual não anuímos, e que abordaremos em outra oportunidade.

[4] É exigência que seja realizado exame de corpo de delito, quando o crime deixar vestígios, sendo que ausente o laudo pericial, não haverá recebimento da queixa.

Date Created

30/05/2010