



Franklin Gomes: Pena deve acompanhar realidade da propriedade intelectual

Por ocasião da palestra que proferi em um dos painéis do Congresso Internacional da Propriedade Intelectual tive a oportunidade de estudar o Projeto do Novo Código Penal, que de forma audaciosa pretende reunir em um só instrumento toda a legislação penal brasileira.

A proposta é muito interessante e não temos dúvidas de que representa o anseio da maioria dos juristas, e que certamente contribuiria de forma extremamente positiva, especialmente no sentido de permitir que tenhamos o conhecimento do que é ou não crime em nosso país, tarefa hoje difícil, dado o avanço da atividade legislativa que produz com invejável velocidade (e critica-se, critério) leis penais esparsas, muitas vezes “lançadas” em diplomas desconectados com o seu objeto.

Mas não é só esse o ponto. A leitura das justificativas da comissão pretende fazer crer que a pretensão foi adequar nossa legislação ao cenário atual, já que o código é oriundo de um momento histórico conturbado e que sofreria do mal do envelhecimento.

Por outro lado, o trabalho, ainda sobre o foco das justificativas, seria equilibrar penas, reconhecer ou não a relevância da proteção penal de determinados bens jurídicos e, assim, criar novos tipos penais e descriminalizar o que não fosse mais dotado de relevância jurídico-penal. Isso tudo sob o olhar da harmonização da parte geral, que seria capaz de dar leitura linear às condutas criminosas contidas na parte especial, refletindo ainda os anseios da realidade empírica.

Como era de se esperar de uma tarefa de tamanha envergadura, ainda que confiada a renomados e experimentados juristas, as críticas quanto ao texto final do projeto são praticamente uníssonas.

O quadro que temos hoje é representado basicamente por dois grandes eixos, conduzidos por propósitos diametralmente opostos e que entendem o direito penal, ao que parece, sob ângulos igualmente contraditórios.

Para alguns, o remédio para a criminalidade deve ser a pena, traduzida como prisão, preferencialmente com a maior dosagem possível (até mesmo perpétua), ainda que mate o paciente, pouco importando se haverá ou não a cura. Aqui não raros são os que propalam a pena de morte como a única cura do mal. É a lei e a ordem que devem imperar.

Já outros entendem que o remédio “pode” ser a pena-prisão, quando não houver alternativa mais apropriada, tendo como critério a avaliação da gravidade da conduta reprovável e a recuperação do doente, com a cura do mal. Aqui a pena-prisão deve ser concebida em pequenas doses, escalonadas de acordo com a necessidade, tendo como objetivo a cura do mal e a reestruturação da paz social. É o império comandado pela valoração da conduta humana face a efetividade ou potencialidade de lesão à direitos consagrados, tendo como norte o equilíbrio entre punição, prevenção e ressocialização. O indivíduo é o centro, e não a norma.

E é justamente esse embate o mais vibrante quanto ao projeto, ainda que a discussão teórica, dogmática,



cause algum barulho.

Temas polêmicos estão merecendo críticas de toda a comunidade e já fizeram com que o prazo para envio de sugestões ao PL que foi apresentado no senado ganhasse mais fôlego (extensão de um mês).

No que diz respeito aos crimes contra a propriedade intelectual a lógica não é outra, especialmente sobre o olhar dos titulares desses direitos que, há longa data, buscam um novo patamar para a sua proteção penal.

Tal como nos demais tipos penais, aqueles ligados à propriedade intelectual enfrentam questionamentos de ordem prática, de aplicabilidade, quer quanto aos aspectos materiais ou processuais, mas que há um bom tempo são verdadeiramente ofuscados pelo grande anseio de majoração das penas hoje culminadas para tais condutas.

Essa voz que ecoa entre nós há muito tempo parece ter sido ouvida pelos membros da comissão, que de uma forma geral promoveram no PL um aumento significativo das penas contra a criminalidade intelectual.

Em defesa desse aumento e contrariando a leitura mais emocionada daqueles que entendem o Direito Penal como última alternativa, não é demais reconhecermos a relevância jurídico-penal de crimes contra marcas, patentes, direitos autorais, programas de computador e atos de concorrência desleal.

Primeiramente, quanto ao aspecto histórico, basta dizer que criminalizamos essas condutas há mais de 130 anos e, portanto, não estamos diante de um “expansionismo penal”, mas diante da manutenção da proteção de bens que há longa data demonstraram a relevância de estarem abarcados pela tutela penal e nela transitam.

Aqui, frise-se inclusive a luta de Rui Barbosa, ainda jovem advogado, defendendo interesses de cliente que estava sofrendo com a reprodução indevida de sua já afamada marca, mas que teve, no tribunal de recursos, sua tese rechaçada, justamente em função da ausência de um tipo penal específico no Código Criminal do Império, datado de 1830.

Esse episódio é tido como a motivação da edição do Decreto Lei 2.282 de 23 de outubro de 1875, nascedouro da proteção do registro de marca com bem jurídico penal.

A própria História, aliás, contada pelos imortais criminalistas, como Nelson Hungria, Bento de Faria e mais recentemente por Celso Delmanto, em obra ainda não superada em nossa geração^[1], já revelava a importância dos bens intelectuais para o homem e a necessidade de serem protegidos pelo Direito Penal.

Celso Delmanto, em sua célebre obra^[2] publicada na década de 1970, já apontava, de forma magistral, a gravidade dos atos desleais, sugerindo o reconhecimento de uma danosidade maior do que a tradicional criminalidade patrimonial, tida como parâmetro comparativo, e contra a qual todos sempre se insurgiram.

A leitura histórico-legislativa ainda revela um momento de crescimento do reconhecimento da gravidade da criminalidade intelectual, observada com o aumento das penas, talvez acompanhada da avaliação fenomenológica não quanto ao aumento da escalada criminoso, mas da relevância de tais bens para uma



sociedade onde novos valores surgiram e, especialmente, onde os primeiros postos dessa valoração foram modificados.

O que pretendemos esclarecer é que o viés não é o do encarceramento como solução. Não. Nem o aumento de penas como instrumento de contensão, de justiça. Não. Não é a invocação, o chamamento do Direito Penal como um super direito capaz de promover milagres sociais.

O que acreditamos é que a majoração de penas dos crimes contra a propriedade intelectual, desde que proporcional, nos assevera devida, não sob o ponto de vista de mero incremento ou recrudescimento penal, mas sob a ótica do bem jurídico que se pretende dar maior proteção.

Ora, não é forçoso reconhecer que se há 100 anos uma marca, uma patente já eram importantes para o próprio homem, essa relevância, numa sociedade pós-moderna, tecnológica, sem fronteiras fixas, possuem valoração incalculavelmente maior.

Hoje esse patrimônio intelectual é de fato o que movimenta o mundo. Empresas só existem em função dele. E a sua manutenção é a garantia da sobrevivência de centenas de milhares de pessoas, sobre muitas óticas, seja da geração de emprego e renda, seja da própria vida, quando aqui falamos de patentes de remédios.

E essa nova ordem mundial, quer nos parecer, promoveu uma alteração da valoração de muitos bens que estão abarcados pelo Direito Penal. Em alguns casos, demonstrou a sua irrelevância ao ponto extirpá-lo do campo penal. Em outros reconheceu a necessidade de promoção ou “subida de degraus”, movimento que nem sempre é palatável num discurso descriminalizador ou de Direito Penal mínimo com o qual nos filiamos.

Mas temos que espantar o radicalismo e reconhecer o que o mundo já há muito determinou com bem importante, relevante, e o Direito Penal deve acompanhar, com parcimônia, é claro, esse movimento e, se necessário, adequar eventuais penas daquilo cuja a relevância fenomenológica impõe.

É claro que esse não é o único ponto sobre o projeto que merece atenção, quanto aos crimes contra a propriedade intelectual, e que será alvo de discussões entre os militantes, que já se mobilizam especialmente no âmbito da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual.

A pretensão é contribuir com o aprimoramento do tema, espinhoso, delicado, extremamente especializado e que, sem embaraço do brilhantismo dos membros da comissão, padece de coerência terminológica a ponto de causar espécie e aparente inobservância do princípio da taxatividade, ferindo justamente o que motiva a sistematização, a codificação. Isso sem falar do injustificado desaparecimento de condutas gravíssimas e que assolam diariamente nossa sociedade.

E aqui fica o apelo para que exercitemos nossa cidadania através da crítica construtiva, participando efetivamente do processo de aperfeiçoamento do que será, lamentavelmente, o verdadeiro instrumento de controle social.



[1] DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência Desleal.

[2] Obra cit.

Date Created
18/10/2012