

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

TIAGO REIS MILHOMEM

UMA ANÁLISE SOBRE A TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL
BRASILEIRA: PONDERADA OU EXCESSIVA?

GOIÂNIA

2023



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFMG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFMG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): TIAGO REIS MILHOMEM

Título do trabalho: UMA ANÁLISE SOBRE A TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL BRASILEIRA: PONDERADA OU EXCESSIVA?

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento [x] SIM [] NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(à)(s) autor(a)(es)(as) e ao(à) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por Nivaldo Dos Santos, Professor do Magistério Superior, em 17/08/2023, às 11:34, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por Tiago Reis Milhomem, Discente, em 21/08/2023, às 14:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3971486** e o código CRC **B050AD92**.

TIAGO REIS MILHOMEM

UMA ANÁLISE SOBRE A TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL
BRASILEIRA: PONDERADA OU EXCESSIVA?

Trabalho Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Goiás,
como requisito para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Nivaldo dos Santos

GOIÂNIA

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Milhomem, Tiago Reis
UMA ANÁLISE SOBRE A TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE
INDUSTRIAL BRASILEIRA: PONDERADA OU EXCESSIVA?
[manuscrito] / Tiago Reis Milhomem. - 2023.
xxxii, 32 f.

Orientador: Prof. Dr. Nivaldo dos Santos.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal de Goiás, , Direito, Goiânia, 2023.
Bibliografia.

1. Violação de propriedade industrial. 2. Tutela. 3. Pirataria. 4.
Criminalização. 5. Ativismo judicial. I. Santos, Nivaldo dos, orient. II.
Título.

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Ao(s) 16 dia(s) do mês de agosto do ano de 2023 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “UMA ANÁLISE SOBRE A TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL BRASILEIRA: PONDERADA OU EXCESSIVA?”, de autoria de TIAGO REIS MILHOMEM, do curso de Direito, do(a) Faculdade de Direito da UFG. Os trabalhos foram instalados pelo(a) Prof. Dr. Nivaldo dos Santos Faculdade de Direito da UFG) com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Prof. Dr. Emanuel Jeremias Ramalho da Silva - Faculdade de Direito/UFG. Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do(a) estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora atribuiu a nota final 9,0 (nove) , tendo sido o TCC considerado Aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Nivaldo Dos Santos, Professor do Magistério Superior**, em 18/08/2023, às 15:02, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Tiago Reis Milhomem, Discente**, em 21/08/2023, às 14:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Emanuel Jeremias Ramalho da Silva, Professor Magistério Superior-Substituto**, em 21/08/2023, às 17:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3971448** e o código CRC **EC2DCB77**.

RESUMO

O presente artigo discute o direito de propriedade industrial no Brasil e seus mecanismos de defesa, e faz uma análise crítica de algumas de suas deficiências e sua adequação à realidade brasileira. Avalia as teses jusnaturalista e utilitarista que são os dois grandes pilares da defesa da propriedade industrial. Questiona sobre a excessiva punibilidade do Estado em relação à pirataria, que tipifica condutas e as pune com penas que podem ser superiores ao crime de homicídio simples. Realiza uma análise sobre o dilema da tutela da propriedade industrial, elencando os principais conflitos de interesses e da necessidade da ponderação para o alcance de um equilíbrio entre os direitos envolvidos, com respeito às garantias fundamentais preconizados na Constituição Federal. Prossegue com uma reflexão crítica sobre os interesses econômicos, políticos e sociais relacionados à proteção do direito industrial e as motivações para sua criminalização. Desse modo, através do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica de artigos, livros e leis, este trabalho busca compreender a construção histórica do direito à propriedade industrial, a influência das transformações sociais, sua importância no desenvolvimento da sociedade contemporânea e suas garantias estabelecidas no direito brasileiro. Conclui que há uma punição excessiva em relação às violações de direitos autorais em razão da utilização do Direito Penal para tipificar condutas de violação à propriedade industrial. Esta proteção viola os direitos e garantias fundamentais da população tendo em vista que, à luz dos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima (*ultima ratio*), o tema não deveria ser disciplinado pelo Direito Penal, e sim por outros ramos, tais como o Empresarial e o Comercial. Além disso, verifica que há um latente ativismo judicial influenciando as sentenças no sentido de procurar enquadrar as violações de propriedade industrial em condutas mais gravosas, corroborando com a tese de que, além dos interesses de grandes indústrias, há interesse Estatal em aumentar sua arrecadação fiscal por meio da repressão.

Palavras-chave: Violação de propriedade industrial. Tutela. Pirataria. Criminalização. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This article discusses industrial property rights in Brazil and their defense mechanisms, conducting a critical analysis of some of their shortcomings and their adaptation to the Brazilian reality. It evaluates the natural law and utilitarian theses, which are the two main pillars of industrial property defense. It questions the excessive punishability of the State in relation to piracy, which classifies behaviors and penalizes them with sentences that can exceed those for simple homicide. It carries out an analysis of the dilemma of industrial property protection, outlining the main conflicts of interest and the need for balancing to achieve equilibrium between the involved rights, while respecting the fundamental guarantees enshrined in the Federal Constitution. It further engages in a critical reflection on the economic, political, and social interests related to industrial property protection and the motivations behind its criminalization. Thus, employing the deductive method and conducting bibliographic research on articles, books, and laws, this study seeks to comprehend the historical construction of the right to industrial property, the influence of social transformations, its significance in contemporary societal development, and the safeguards established within Brazilian law. It concludes that there is an excessive punishment for violations of copyright due to the use of Criminal Law to classify acts of industrial property infringement. This protection infringes upon the rights and fundamental guarantees of the population, considering that, in light of the principles of proportionality and

minimal intervention (*ultima ratio*), the topic should not be governed by Criminal Law but rather by other branches, such as Corporate and Commercial Law. Furthermore, it observes a latent judicial activism influencing verdicts to attempt to categorize violations of industrial property as more serious offenses, thus supporting the thesis that, beyond the interests of large industries, there is State interest in increasing fiscal revenue through repression.

Keywords: Industrial property violation. Protection. Piracy. Criminalization. Judicial activism. Repression.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	9
1 DEFINIÇÕES E HISTÓRICO	10
2 TUTELA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO BRASIL	14
2.1 Patente	15
2.2 Marca	15
2.3 Desenho Industrial	16
2.4 Softwares	16
2.5 O Trade Dress e a Concorrência desleal	17
3 SANÇÕES CONTRA VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL	18
3.1 Tipificações na Lei nº 9.279 e no Código Penal	18
4 O DILEMA DA TUTELA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL	21
5 CRÍTICAS À TUTELA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL	23
6 CONCLUSÃO	28
7 REFERÊNCIAS	30

INTRODUÇÃO

A propriedade industrial é uma espécie do gênero da propriedade intelectual, categoria mais ampla que também abrange, correlatamente, o direito autoral e a proteção *sui generis*. No que tange a propriedade industrial, é compreendida como um conjunto de direitos imateriais que tem por finalidade garantir que empresas, indústrias e inventores possam usufruir dos frutos de suas produções, assegurando competitividade e possibilitando a obtenção de recursos necessários para manter um ciclo contínuo de inovação e desenvolvimento.

O Direito tratou de tutelar o tema por meio da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 e dos arts. 184, 272 e 273 do Código Penal, prevendo nestas normas penas que podem chegar até a 15 anos de reclusão para quem for pego violando a propriedade industrial. Logo, essa proteção exacerbada gerou controvérsia a respeito da aplicação do Direito Penal que, em razão do princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), não deveria disciplinar este tema.

Outrossim, no processo de criminalização da pirataria – termo aqui adotado como sinônimo de violação de propriedade industrial – foram tipificadas muitas condutas que eram toleradas pela sociedade. Toda essa mobilização gerou o questionamento sobre a verdadeira intenção do Estado, com sua “mão pesada” sobre a repressão à pirataria, se as motivações são legítimas ou se nossos legisladores foram “capturados” por agentes econômicos que buscam salvaguardar seus interesses, ou ainda se o próprio Estado possui interesse em reprimir a pirataria como forma de aumentar sua arrecadação fiscal.

O cerne da discussão reside, portanto, no dilema da propriedade industrial, que deve ser equilibrada, concedendo as devidas garantias sem criar obstáculos aos direitos culturais e de subsistência das pessoas, tampouco impondo sanções desproporcionalmente desproporcionais.

Diante disso, urge-se indagar: a) cabe ao Direito Penal a tutela da propriedade industrial? b) as sanções penais são excessivas ou ponderadas? c) quais são as principais forças dominantes que influenciam o discurso e forma como essa tutela é realizada? d) existe transparência na divulgação sobre dados antipirataria?

Assim, essa pesquisa busca analisar o surgimento do direito de propriedade industrial, suas prerrogativas e suas possíveis contradições, para quem se destina, quais recursos ela oferece aos seus destinatários, avaliar se os benefícios oferecidos respeitam o princípio da proporcionalidade, colocando assim a questão acerca de sua real finalidade como um direito legitimado pelas garantias fundamentais constitucionais, ponderando se sua tutela é exercida de forma equilibrada ou não.

É crucial que o campo jurídico se empenhe na proteção adequada da Propriedade Industrial, uma vez que ela desempenha um papel importante na promoção da inovação e no progresso. A sua negligência culmina, frequentemente, na depreciação do valor de uma marca, produto ou empresa, ou mesmo em seu desaparecimento.

Um exemplo prático disso é verificado junto a indústria farmacêutica: caso não houvesse a devida proteção, essa indústria não teria um ambiente favorável para investir constantemente em pesquisa e desenvolvimento. Logo, sem esse fomento, certamente não teria tido condições de desenvolver vacinas contra a Covid-19 em tempo recorde, impedindo assim o avanço da pandemia.

Todavia, a importância de discutir o tema também reside na necessidade de identificar e corrigir paradoxos da propriedade industrial, quando o legislador, na ânsia de proteger a propriedade intelectual, acaba criando verdadeiros monopólios que dificultam o acesso das pessoas a ciência, tecnologia, conhecimento e cultura, resultando no atraso de uma nação.

O método dialético será utilizado para uma construção retórica de conexão entre os discursos pró e contra a dogmática da propriedade industrial. Posteriormente, o método dedutivo orientará, através das etapas metodológicas, a um diagnóstico das patologias estruturais presentes nas previsões legais do instituto. E então, através dos métodos procedimentais bibliográficos, jurídicos e dogmáticos, serão situadas as indagações presentes no contexto deste trabalho, para a construção de uma análise crítica, permitindo chegar a uma conclusão objetiva de acordo com a bibliografia apresentada.

Neste trabalho daremos ênfase à propriedade industrial, embora faremos algumas conexões com o direito autoral.

1. DEFINIÇÕES E HISTÓRICO

A disciplina da propriedade industrial está sujeita à vários segmentos jurídicos, com destaque ao direito empresarial. Compreende um conjunto de regras e de princípios que tutelam elementos imateriais do estabelecimento empresarial, protegendo marcas e desenhos industriais, invenções e modelos de utilidade, e reprimindo as falsas indicações geográficas e a concorrência desleal (Cruz, 2018, p.159).

No Brasil o direito de propriedade industrial foi concebido com a publicação da Lei 5.648/1970, que criou o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, objetivando conceder privilégios e garantias aos criadores e inventores (Cruz, 2018, p. 169).

O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial (Brasil, 1970, art. 2º).

Atualmente os direitos e as obrigações relacionadas a propriedade industrial estão regulamentados na Lei nº 9.279/1996, que garante a proteção a patentes, marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, segredos industriais e proteção contra concorrência desleal.

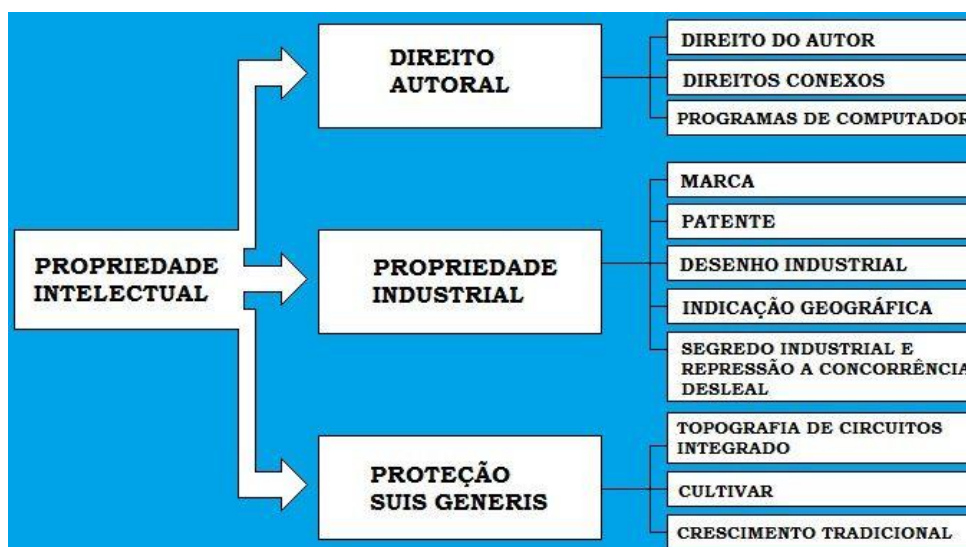
Cumpra-se destacar que os conceitos de propriedade industrial e de propriedade intelectual não se confundem. Esta, segundo Cruz (2018, p. 160) é a tutela de “bens imateriais, que resultam da atividade criativa do gênero humano, e não de forças físicas”. A propriedade industrial, por sua vez, refere-se ao conjunto de direitos regulamentados pela Lei nº 9.279/1996.

Sendo assim, concluímos que a propriedade industrial é um dos ramos da propriedade intelectual, tal como lecionado por Martins (2018, p. 87):

O direito da propriedade industrial é uma das espécies, junto com o direito de autor, do gênero propriedade intelectual. Este trata de tutelar todos os bens que decorrem da atividade criadora do homem, da sua capacidade intelectual. Quando os bens de natureza intelectual interessam aos agentes econômicos, são eles tutelados pelo direito da propriedade industrial.

Contudo, o direito autoral e a proteção *suis generis* também são espécies da propriedade intelectual, logo, de maneira esquemática, podemos considerar a seguinte árvore de conceitos:

Figura 1: ramos da propriedade intelectual



Fonte: Vanin (2016, p. 1).

Ademais, é relevante diferenciar a propriedade material da imaterial: segundo Pugliatti *apud* Branco (2011), a propriedade material é transferida pela tradição ou pelo registro, ao passo que a propriedade imaterial se transfere por meio da celebração de contrato de cessão. Portanto a propriedade imaterial não possui natureza patrimonial e sim de direitos morais, ao contrário da propriedade material, que possui natureza patrimonial.

Embora a propriedade industrial seja um direito razoavelmente recente no ordenamento jurídico mundial, sua origem confunde-se com o aparecimento da espécie humana. Ela necessitou passar por um longo período de transformação para chegar na forma como conhecemos hoje, pois

[...] em sua concepção subjetiva, o direito autoral sempre existiu. Contudo, o seu reconhecimento patrimonial – de propriedade no sentido estrito – ganhou forma apenas com a criação da imprensa e da gravura, no século XV, por Gutenberg, a partir da qual, as obras nos campos das artes, literatura e ciências passaram a ser exploradas comercial e industrialmente (Lima, 2016, p. 1).

Muito provavelmente, a primeira noção de propriedade surgiu dentro de clãs e tribos. Porém essa propriedade era fundamentada na coletividade, onde seus indivíduos tinham apenas um conceito próximo do conceito de posse, podendo usufruir da propriedade sem dispor dela (Silva JE e Silva MV, 2014, p. 3).

O conceito de propriedade ocorria praticamente na esfera familiar, no qual era estabelecida uma relação mística entre o objeto e seu possuidor, que utilizava os bens até o final de sua vida, quando então repassavam aos seus herdeiros.

À medida em que as tribos foram se desenvolvendo foi necessário aprimorar o conceito de propriedade:

Uma vez que as populações começam a crescer e tomar ciência umas das outras, ocorre a natural troca de objetos, o que por si só já inicia um processo e conceituação de propriedade totalmente nova, uma vez que na esfera local os bens não eram negociados. O indivíduo deixa de possuir o bem até a sua morte, transmitindo posteriormente a seu filho, e passa a estabelecer relações comerciais com os objetos de sua propriedade. Desta forma, a propriedade vai passando por diferentes evoluções à medida que suas características se alteram no tempo, cabendo aqui citar, conforme ensinamento de Oliveira (2006), que os desdobramentos de tal instituto ocorrem de maneira ampla dentro do império romano, que definiu como direito do proprietário a plenitude das atitudes sobre seus bens (*plena in re potestas*) (Silva JE e Silva MV, 2014, p. 4).

O direito romano então aprimorou o conceito de propriedade, explorando muitos nichos dela, criando institutos, como a noção de bens móveis e imóveis. Esta distinção foi oriunda da necessidade de compreender de forma plena a complexidade da propriedade sobre as coisas e a forma com que elas deveriam ser regulamentadas.

O surgimento do Estado Moderno aprofundou os debates sobre a propriedade com as contribuições dos filósofos contratualistas: Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke. Sobre os dois primeiros vales ressaltar a construção do conceito de propriedade e sua importância dentro do Estado:

Nesta mesma baila, cabe trazer aqui a figura de Rousseau, que alega que a propriedade provém da implantação do Estado, teorizando que o trabalho executado pelo homem sobre a terra é a principal característica da propriedade, que somente deve ser concedida quando da sua produtividade[...].
[...]Assim, em o Do Contrato Social, Rousseau afirma que a criação do Estado ocorre através de um contrato social entre os homens, com o intento de criar um poder maior, o poder soberano, que os homens ao viverem em sociedade, privam de sua liberdade ilimitada, agregando-se em um interesse comum. O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural de um direito ilimitado. O que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. Impõe-se distinguir entre a liberdade natural, que só conhece limites nas forças do indivíduo, e a liberdade que se limita pela vontade geral, e, ainda, distinguir a posse, que não é, senão, o efeito da força ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode fundar-se num título positivo [...] (Silva JE e Silva MV, 2014, p. 6).

Durante o Renascimento a arte foi um expoente e criou desafios para o direito industrial. O motivo é que as obras literárias voltaram a ser “abertas ao público”, passando a serem divulgadas e copiadas, em especial devido a criação da prensa móvel. Em virtude disso a ciência e as invenções voltaram a modificar o mundo, e os direitos de propriedade intelectual se desenvolveram como direitos próprios (Grossmann, 2018, p. 15).

Foi também a partir dela que "as obras nos campos das artes, literatura e ciências passaram a ser exploradas comercial e industrialmente" (Andrade, 2018 apud Grossmann, p. 15).

Um marco muito relevante ocorreu com Convenção de Paris em 07 de julho de 1883, da qual o Brasil é signatário. O intuito era de determinar os princípios disciplinares da propriedade industrial.

No Brasil, a base principiológica da proteção do direito industrial foi positivada na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXIX:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (BRASIL, 1988, art. 5º). (Brasil, 1988, art. 5º).

Porém, historicamente, “a primeira legislação no Brasil a tratar sobre o tema foi a Lei

de Patentes de 28 de abril de 1809, promulgada por Dom João VI, que visava dentre outros objetivos, a dar preferência nas compras efetuadas pelo Estado e incentivar a produção industrial local mediante isenção de tarifas” (Martins e Ibañez, 2018, p. 87).

O divisor de águas na propriedade industrial no Brasil ocorreu com a publicação da Lei no 9.279, de 14, de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Essa norma determinou os direitos de exploração exclusiva das propriedades industriais: patentes (carta – patente) que trata da invenção e do modelo de utilidade; registro (certificado) o qual se refere ao desenho industrial e a marca, dentre outras.

Atualmente o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior é responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria. Subordinado a este Ministério, a autarquia federal, criada em 1970, denominada Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI tem a responsabilidade de "estimular a inovação e a competitividade a serviço do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil, por meio da proteção eficiente da propriedade industrial” (INPI, 2023, p. 1).

As figuras de propriedade industrial sujeitas à regulamentação estabelecida pela Lei nº 9.279 e que requerem a formalização de registro junto ao INPI estão categorizadas no quadro 1:

Quadro 1: figuras de propriedade industrial protegidas pelo INPI

Figuras de Propriedade Industrial	Descrição
Patente	Comprovação documental que permite a explorar invenções e modelos de utilidade, com requisitos de novidade, atividade inventiva, industriabilidade e desimpedimento.
Marca	Símbolo que distingue produtos/serviços ao consumidor.
Desenho Industrial	Formato ornamental de produtos.
Softwares	Programas de computador registrados no INPI e protegidos pela Lei 9.610/98.
Trade Dress e Concorrência Desleal	Conjunto-imagem de uma propriedade industrial.

Fonte: elaborado pelo autor, 2023.

2. TUTELA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO BRASIL

Conforme já discutido, a pela Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996, também conhecida como LPI - Lei da Propriedade Industrial, é o grande marco regulatório da propriedade industrial no Brasil. A legislação dispõe em seu artigo 2º sobre a proteção sobre os seguintes bens: patentes de invenção e de modelo de utilidade, concessão de registro de desenho

industrial, concessão de registro de marca, repressão às falsas indicações geográficas e repressão à concorrência desleal (Martins e Ibañez, 2018, 89).

O sujeito que for titular de algum desses bens possui, desde que registrado no INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o direito de explorar o objeto economicamente com exclusividade, além de poder aliená-los. Em regra, só é possível tutelar o direito de propriedade industrial se o objeto for devidamente registrado no INPI, porém veremos mais adiante que é possível encontrar a proteção de bens não registráveis quando configurada a prática de concorrência desleal.

Seguiremos com o estudo das figuras que são objeto do direito de propriedade industrial: patente, marca, desenho industrial, softwares, *trade dress* e a concorrência desleal.

2.1 Patente

Trata-se de uma comprovação por meio documental de que confere ao proprietário a permissão de explorar sua invenção ou modelo de utilidade. A invenção é aquela cuja descoberta seja completamente nova, que solucione um problema existente e que também atenda aos requisitos de atividade inventiva e aplicação industrial.

Já o modelo de utilidade refere-se à proteção de uma criação que dá a um objeto já existente uma melhoria funcional no seu uso ou fabricação. Este objeto deve apresentar nova forma ou disposição, que envolva ato inventivo e resulte em melhoria funcional no seu uso ou fabricação.

Os requisitos para a concessão de patente estão dispostos no Capítulo II da Lei 9.279/1996, sendo eles: novidade; atividade inventiva; industriabilidade; e desimpedimento (lícito).

2.2 Marca

A marca tem como principais funções a de distinguir o produto ou serviços dos demais concorrentes e de indicação de procedência do produto ou serviço ao consumidor, neste caso não se refere a identificação concreta e completa do produto ou serviço, mas sim em relação ao fabricante ou prestador de serviço.

Trata-se do “o elemento visual que diferencia o produto ou o serviço perante o consumidor, tendo em vista que para o registro de patente perante o órgão responsável, o INPI é mais burocrático, uma vez que irá analisar a invenção não somente a marca” (Arêdes, 2020, p. 18).

A Lei de Propriedade Industrial, Lei nº9.279, de 14 de maio de 1996, protege a marca em seus artigos 121 a 124 e, em especial, no artigo 122, descarta qualquer possibilidade de registro de marcas gustativas, sonoras ou olfativas, exigindo apenas a caracterização visual da marca. O registro da marca deverá obedecer aos seguintes requisitos: novidade relativa; não deve colidir com outra marca de notório reconhecimento; e desimpedimento.

A novidade relativa é a exigência posta para que a marca cumpra com seu objetivo de identificar e diferenciar produtos ou serviços dos demais concorrentes, já no que tange o critério de não colidir com outra marca de notório reconhecimento, refere-se ao impedimento de uso de marca idêntica ou semelhante, seja qual for o ramo de atuação, daquela que possui amplo reconhecimento do seu mercado consumidor. Com isto, há a proteção a concorrência desleal quanto ao próprio consumidor.

A marca possui cinco grupos: marca de serviço ou produto; marca coletiva; marca de alto renome; marca notoriamente conhecida; marca coletiva; e marca de certificação.

2.3 Desenho Industrial

Desenho industrial é o formato, o delineamento, o design composto por um conjunto de formas, linhas, cores e ornamentos que se aplicam a determinado produto. Ele é “uma configuração ornamental nova e específica ao produto de modo a torná-lo inconfundível pelo público consumidor” (Di Blasi et al., *apud* Tomazette, 2017, p. 259).

A legislação prevê a proteção do desenho industrial através do registro emitido pelo INPI, o qual tem como objetivo garantir a titularidade e exclusividade na exploração dos aspectos ornamentais do respectivo objeto. Após a concessão do registro, este terá validade em todo território nacional, e atribui ao titular do registro a exclusão de terceiros na fabricação, comercialização, importação, uso ou venda da respectiva matéria sem autorização prévia. A vigência de proteção do desenho industrial é de 10 (dez) anos, a partir da data de depósito, prorrogáveis por 3 (três) períodos consecutivos de 5 (cinco) anos.

2.4 Softwares

Softwares são programas feitos para computadores, está amparado pela Lei 9.610/98, de modo que estabelece a utilização desse tipo de ferramenta na lei de direitos autorais e propriedade industrial. Dessa maneira, quando registrado junto ao INPI, os softwares serão de propriedade daquele que ensejou o processo registral por cinquenta anos.

2.5 O Trade Dress e a Concorrência desleal

O *trade dress* é um dos temas mais atuais sobre propriedade industrial. É um termo jurídico originário nos EUA no ano de 1946 e, sumariamente, significa o “conjunto imagem” de uma propriedade industrial.

Este conjunto imagem é reconhecido pelo público em geral e acaba formando uma marca, uma identidade. Estas características podem ser: cores, cheiros, frases, atendimento diferencial, dentre outros. Contudo, tais características não são registráveis no INPI, tornando a tutela deste tipo de propriedade industrial um grande desafio.

Ocorre que alguns empresários, vendo o sucesso dos concorrentes, passaram a usar o *trade dress* alheio, sob o fundamento de que não há previsão legal para o instituto, e que, com isso, não haveria conduta ilícita. Contudo, os doutrinadores passaram a defender a utilização do instituto da concorrência desleal para coibir tal conduta. Ora, se o oponente passa a utilizar o conjunto-imagem do outro, não se pode dizer que está embasado nas boas práticas de concorrência. Assim, tal fundamento passou a ser aceito, consagrando o instituto da concorrência desleal como meio de se coibir a cópia do *trade dress* alheio, desde que comprovada a existência de prática de atos de desleais nas práticas comerciais (Martins e Ibañez, 2018, p. 86).

A solução encontrada foi de tutelar o *trade dress* pelo sistema da concorrência desleal, na qual a justificativa seria a de coibir ações do concorrente de aproveitamento indevido da criação alheia, para levar vantagem na captação de clientela. A repressão da conduta da concorrência desleal está positivada no artigo da Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.

Portanto, sabendo que no ambiente de negócios é necessário respeitar o princípio da honestidade, garantindo a livre concorrência, o instituto da concorrência desleal visa mitigar os abusos gerados por esta.

Contudo, segundo pensamento doutrinário, para a caracterização da concorrência desleal são necessários alguns requisitos:

Para que reste configurada a existência de concorrência desleal, devem ser considerados alguns pressupostos. Em primeiro, deve-se analisar se realmente existe a concorrência. Se tratando de concorrência desleal não há de se falar em lesão se sequer existir a concorrência. E mais: essa competição deve ser exercida, pois dois competidores que não se agridem não podem alegar deslealdade concorrencial (Martins e Ibañez, 2018, p. 103).

Além disso, destaca-se:

Para Bittar, para que fique configurada a concorrência desleal devem ser observadas as seguintes premissas: culpa do agente, sendo desnecessária a ocorrência de dolo ou fraude; irrelevância de verificação de dano em concreto; existência de clientela; e por fim, ato suscetível de repreensão (Martins e Ibañez, 2018, p. 104).

Logo, verifica-se que não é necessário a comprovação do dano em concreto, bastando a possibilidade da concorrência desleal ou o perigo da sua superveniência.

3. SANÇÕES CONTRA VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Antes de elencarmos as sanções penais aplicadas às violações do direito industrial, precisamos conceituar o termo “pirataria”.

É um conceito que evoluiu bastante ao longo de séculos, e que abrange uma diversidade de atividades criminosas, desde “os saques realizados no passado por bucaneiros no mar caribenho ao simples uso de uma antena parabólica em desconformidade com a lei estadunidense, na mesma região, nos anos 1980” (Silva GM, 2015, p. 383).

De acordo com Campos (2011, p. 255), pirataria é o

[...] desrespeito aos contratos e convenções internacionais por meio de cópia, venda ou distribuição de material sem o pagamento dos direitos autorais, de marca e ainda de propriedade intelectual e de indústria. Os casos mais conhecidos são as cópias de produtos (falsificação) pelo uso indevido de marca ou imagem, com infração à legislação que protege a propriedade artística, intelectual, comercial e/ou industrial.

Portanto, resumidamente, a pirataria é a violação ao direito imaterial da propriedade intelectual.

3.1 Tipificações na Lei nº 9.279 e no Código Penal

As penas previstas para disciplinar as violações ao direito de propriedade industrial, tipificadas Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, estão dispostas na Tabela 1.

São crimes de ação penal de natureza privada, iniciados mediante queixa-crime. Em razão disso “a atuação do Ministério Público se restringe a de fiscal da Lei, podendo aditar a queixa, mas sendo-lhe vedada a inclusão de corrêu, ou de fato novo. Sendo crimes de ação penal privada, estão sujeitos ao prazo decadencial de seis meses” (Pumar, 2011, p. 179).

Quadro 2: sanções contra violação à propriedade industrial

Violação ao direito de:	Pena	Referência
Patentes	Detenção: 3 meses a 1 ano ou multa	arts. 183 e 186
Desenhos Industriais	Detenção: 3 meses a 1 ano ou multa	arts. 187 e 188
Marcas	Detenção: 3 meses a 1 ano ou multa	arts. 189 e 190
Indicações Geográficas e Demais Indicações	Detenção: 1 a 3 meses ou multa	arts. 192, 193 e 194
Concorrência Desleal	Detenção: 3 meses a 1 ano ou multa	art. 195

Fonte: elaborado pelo autor, 2023.

Caso o agente incorra em alguma das hipóteses dos incisos I e II do art. 196 da referida Lei, sua pena ainda poderá ser aumentada de um terço à metade.

Em razão de que as penas máximas destes crimes não ultrapassam o limite de 02 (dois) anos, a competência é do Juizado Especial Criminal, conforme preconizado na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Pumar (2011, p. 179-180) aduz que tais sanções, bem como seu processo criminal, é tido como “benevolente” diante das “consequências desastrosas do crime”. Por isso, é uma tendência de a jurisprudência enquadrar estes crimes no art. 184 do Código Penal, que traz disposições mais gravosas. Veremos isso mais adiante.

O Código Penal, nos arts. 272 e 273, tipifica as condutas relacionadas a pirataria de alimentos e medicamentos, que se tornam um risco à saúde humana. Aqui já observamos sanções muito mais gravosas, visto que a tutela deixa de ser meramente de a defesa do patrimônio imaterial para a defesa da saúde pública.

Como exemplo, temos a hipótese de falsificação de produtos terapêuticos, na qual a pena máxima é de 15 anos de reclusão:

art. 272 - Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa (Brasil, 1940, art. 272-273).

Porém, na situação específica de importação de medicamentos sem o registro no órgão de vigilância sanitária, o STF julgou inconstitucional o preceito secundário do art. 273 por motivo de desproporcionalidade da pena. Assim firmou-se o entendimento que, nestes casos, a pena deverá ser de reclusão de 1 a 3 anos e multa:

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 – reclusão de 10 a 15 anos – à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária – reclusão de um a três anos e multa” (RE 979.962/RS, j. 24/03/21).

Ainda sobre o art. 273 do CP, a “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” é considerado crime hediondo, exceto a modalidade culposa, conforme art. 1º, inciso VII-B da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Em ambos os crimes destes artigos (272 e 273), é cabível tanto a consumação quanto a tentativa, e a ação é incondicionada, ou seja, não depende de representação do ofendido. Também é admitida a modalidade dolosa e culposa.

No art. 184 do CP, conforme mencionamos a pouco, temos a tipificação da pirataria contra propriedade imaterial:

art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Penal – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente

Penal – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma penal do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Penal – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa (Brasil, 1940, art. 184º).

Trata-se de crime de ação pública incondicionada. Destaca-se que, em razão das penas mínimas dos § 1º ao 3º serem fixadas em 02 (dois) anos de reclusão, o crime deixa de ser caracterizado como de menor potencial ofensivo, passando a ser tratado pelo juízo com maior seriedade. É justamente por este motivo que há uma tendência, ainda que não pacífica, dos tribunais decidirem desfavoravelmente aos réus, enquadrando-os nas hipóteses do art. 184, § 1º ao 3º do CP em detrimento das hipóteses da Lei nº 9.279 (Pumar, 2011, p. 179-180).

Pumar (2011, p. 182-185) conclui afirmando que as decisões dos tribunais precisam ser alinhadas no sentido de afastar o princípio da insignificância e da adequação social para combater “uma grande indústria que movimentava fortunas, gera desemprego, fechamento de empresas, diminuição da arrecadação tributária e subemprego de pessoas subjugadas por grandes falsificadores”.

4. O DILEMA DA TUTELA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Para Ferraz Jr. (2016, p. 21) “o direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos”. Essa definição nos alerta sobre a complexidade intrínseca do fenômeno jurídico e da impossibilidade de dissociá-lo da natureza humana.

Dessa forma, considerando a dificuldade, se não impossibilidade de compreender a subjetividade humana, o direito também não pode ser plenamente dominado por um conjunto de técnicas metodológicas, por mais sofisticadas que sejam. Também é prudente reconhecer que seus dogmas são oriundos de um contexto sociológico, temporal e de relações de dominância e que, portanto, não se trata de uma verdade imutável, mas da verdade que momentaneamente venceu um debate.

É esse o problema depreendido da dicotomia entre a teoria dogmática e zetética do direito: esta, em oposição àquela, é especulativa, persegue o seu objeto colocando sempre em dúvida os seus fundamentos, conforme exposto por Tércio Sampaio:

A dogmática – do grego *dókein*, ensinar, doutrinar – cumpre uma função informativa combinada com uma função diretiva, ao acentuar o aspecto resposta de uma investigação. A zetética – do grego *zetéin*, procurar, inquirir – cumpre uma função informativa-especulativa ao acentuar o aspecto pergunta de uma investigação mantendo, dessa maneira, aberto à dúvida as premissas e os princípios que ensejam respostas (Ferraz Júnior, 2016, p. 11).

A compreensão destes conceitos invariavelmente provoca-nos a curiosidade e a indagação se torna uma ferramenta imprescindível para a atualização do direito, à luz da equidade e da necessidade de adequação às situações fáticas da vida humana. Logo, diante de matéria de direito positivado, tal como o da tutela da propriedade industrial, é nosso dever realizar uma investigação zetética sobre o assunto.

Dito isso, é essencial ponderar entre a necessidade de o direito proteger o trabalho intelectual humano para que o autor-inventor tenha a possibilidade de colher os frutos do seu investimento (Ferreira, 2021, p. 5) e, por outro lado, a garantia do direito fundamental à cultura, educação e à ciência (Silva GM, 2015, p. 387-388).

A produção industrial é um fator determinante do grau de desenvolvimento de um país, e implica em transformações da sociedade como um todo, permitindo autonomia e o avanço em diversas áreas.

Para isso é crucial que haja inovação tecnológica, impulsionando a atividade intelectual, pesquisa e desenvolvimento, que trazem soluções para problemas presentes e

futuros:

Neste contexto pandêmico de crise generalizada, é notória a importância que adquirem a educação, a ciência, a inovação e a capacidade técnica que as nações têm para oferecer soluções rápidas e eficientes para os problemas que as acometem. Agora fica evidente que a nossa histórica falta de investimentos em educação e ciência cobra a conta: povos incultos e sem bons sistemas de ensino têm extrema dificuldade para entender conceitos básicos de higiene, epidemiologia, estatística e de matemática. E isso tudo se revela no número de casos e de mortes da Covid-19 (Heck, 2020, p. 905).

Esse argumento, em defesa da propriedade intelectual como direito necessário para promover o desenvolvimento tecnológico, é validado empiricamente pelo estudo de Orellana et al., (2022, p. 7), que observou em 2021 uma redução de 63% da taxa global de mortalidade de idosos após eles serem vacinados em Manaus, demonstrando a elevada eficácia do imunobiológico no controle de mortes causadas pela Covi-19.

Caso não houvesse um sistema de proteção industrial às grandes farmacêuticas, certamente elas não estariam estimuladas a investir bilhões de recursos por vários anos, obtendo a tecnologia necessária na produção de vacinas eficazes contra a Covi-19. Esse investimento foi decisivo na diminuição de mortes e no retorno à vida normal pós-pandemia.

No entanto, surge o questionamento sobre a legitimidade dessa proteção e até que ponto ela se justifica. Será que os mecanismos de tutela são excessivos ou razoáveis? Além disso, quais são as principais forças dominantes que influenciam a forma como essa tutela é aplicada?

Antes de responder diretamente estas perguntas, precisamos também fazer uma análise sob outra perspectiva, aquela em que se discute a limitação dos direitos de da propriedade industrial.

De acordo com Silva GM (2015, p. 387), ao se estabelecer um monopólio da exploração comercial de uma obra, isso irá constituir uma barreira econômica e legal ao seu acesso e resultará na dificuldade “do amplo alcance de obras acadêmicas, livros didáticos e todo tipo de material publicado que desempenha um papel crucial no acesso à educação.”

Logo, é possível estabelecer uma relação direta entre a capacidade de um país em promover inovação e produzir novas tecnologias com o acesso da população ao conhecimento. Em países nos quais há restrições ao amplo acesso a técnicas modernas de produção, obras acadêmicas, livros didáticos e outros recursos educacionais/tecnológicos, sejam estas restrições por razões econômicas ou não, observa-se uma desvantagem competitiva e na geração de riquezas.

O caminho percorrido pela China em direção à sua industrialização, que a posicionou como uma potência econômica global rivalizando diretamente com os Estados Unidos, pode

ser atribuído, dentre outros fatores, à prática da engenharia reversa e a uma menor proteção à propriedade industrial. Com isso a China se modernizou, adquiriu tecnologias e se tornou extremamente competitiva, ao passo que hoje é uma tarefa árdua tentar encontrar em casa algum produto manufaturado que não tenha sido em parte (ou no todo) fabricado na China:

Dessa forma, a China pôde aprender com seus parceiros e iniciar um processo de “engenharia reversa” nos mais diferentes setores. A cópia teve (e tem) um papel importante no desenvolvimento da indústria chinesa. Com pouca segurança em relação à propriedade intelectual, grupos nacionais chineses conseguem copiar produtos estrangeiros e ofertá-los no mercado internacional a um preço mais baixo devido, em grande medida, ao apoio proporcionado pelas políticas de incentivo à exportação: crédito subsidiado, câmbio depreciado, isenção/redução tributária para exportação etc. Ademais, as joint-ventures, ao transferirem tecnologia, paulatinamente possibilitam que os chineses criem grupos nacionais capacitados para concorrer no mercado internacional não apenas com preços baixos, mas também com ganhos crescentes de qualidade para seus produtos. Ao absorverem as mais modernas técnicas de produção e os melhores processos de gestão das empresas multinacionais que se inserem no mercado chinês, os grupos nacionais, capitalizados pelo Estado, ganham competitividade e tornam-se importantes agentes no mercado internacional – em alguns casos, inclusive adquirindo empresas (ou divisões destas) de renome internacional (Milaré e Diegues, 2015, p. 84).

Silva GM (2015, p. 388) enfatiza que, de acordo com o artigo 23, V, da Constituição Federal, é estabelecida a atribuição de competência a todos os entes federativos para a promoção dos meios de cultura. Nesse contexto, o autor utiliza o termo "direitos culturais" para se referir à garantia desses direitos e que “os direitos patrimoniais do autor constituem eminente barreira ao acesso às obras culturais (filmes, livros, músicas, etc.) e, conseqüentemente, à sua universalização preconizada pela Carta Magna”.

Diante desse conflito entre direitos fundamentais, onde de um lado se encontra a tutela da propriedade industrial e do outro os direitos culturais, surge a necessidade de o direito equilibrar esses interesses.

Silva GM (2015, p. 405), utilizando os postulados de Robert Alexy referentes à análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conclui que “os direitos fundamentais à educação, cultura e liberdade de expressão têm preferência aos direitos autorais e inventivos”. E a razão para isso se justifica na premissa de que os direitos autorais e inventivos derivam dos direitos do consumidor e da livre concorrência, os quais não são considerados fundamentais no âmbito constitucional, ao contrário dos direitos culturais.

5. CRÍTICAS À TUTELA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O professor André Santa Cruz (2018, p.164-167) explica os argumentos para a

institucionalização da propriedade industrial baseiam-se em duas teses: a jusnaturalista e a utilitarista.

A tese jusnaturalista é fundamentada nos pensamentos de John Locke a respeito da “autopropriedade”. Portanto, tudo aquilo que for criado por uma pessoa, fruto do seu próprio esforço e inteligência, pertencerá somente a ela.

Por outro lado, a tese utilitarista se fundamenta no sistema de garantias da propriedade intelectual que assegura o monopólio da exploração obra. Desse modo, o sistema seria necessário para que os lucros obtidos pelas invenções fomentem a pesquisa e o desenvolvimento, retroalimentando e estimulando o progresso da nação.

Segundo Cruz (2018, p.164-167), uma das fragilidades da tese jusnaturalista é que segundo sua lógica, o autor só teria o direito de usufruir dos lucros daquilo que ele mesmo criou. Porém na prática nenhum trabalho é criado do nada, mas sim fruto de outras invenções previamente concebidas e difundidas:

O iPhone, por exemplo, é uma criação desenvolvida a partir de ideias e tecnologias que remontam à invenção do telefone. Nessa perspectiva, seria injusto afirmar que o inventor do iPhone – por ser este fruto de seu labor intelectual – tem o direito natural ao valor atribuído à sua invenção. O iPhone, na verdade, é resultado do esforço intelectual combinado de vários inventores ao longo de mais de uma centena de anos (Cruz, 2018, p.164).

Portanto, ninguém pode criar nada sozinho, e não seria justo usufruir sozinho dos lucros de uma invenção que só poderia ter sido realizada após uma jornada histórica de construção de conhecimento e de tecnologias. Além disso, uma invenção por si só não é suficiente para gerar valor ao mercado, pois isso depende de fatores que não são controlados pelo inventor, tais como o monopólio legal concedido pelo Estado e a disponibilidade de preços e de produtos substitutos.

No que se refere à tese utilitarista, dentre várias fragilidades, Cruz (2018, p.166) revela que não existe comprovação de que o incentivo econômico oferecido pelo Estado para proteção dos direitos intelectuais seja a causa do aumento da riqueza e do desenvolvimento de um país. Desse modo, não é raro ocorrer a formação de monopólios que beneficiam apenas os inventores e prejudicam a comunidade em geral.

Outra situação que ocorre na prática e que fragiliza a argumentação utilitarista é que, uma vez estabelecido o monopólio de uma invenção, as empresas se acomodam com os lucros recebidos durante anos, e o que poderia ser investido em Pesquisa e Desenvolvimento não é aplicado por puro desinteresse.

Em verdade, a tutela da propriedade industrial, quando em favor de grandes

corporações, favorece os monopólios, prejudicando o mercado e demandando com que o Estado adote políticas antitruste. Este cenário é irônico, pois se em determinado momento o Estado ofereceu as condições necessárias para o estabelecimento do monopólio, em algum momento o próprio Estado deverá coibi-lo.

Um exemplo dessa problemática são os gigantes multinacionais do ramo de agricultura e biotecnologia. Eles desenvolveram sementes transgênicas que se tornaram praticamente a totalidade das sementes utilizadas em plantações. Como consequência, os produtores que utilizam estas sementes ficam dependentes delas e dos defensivos agrícolas fabricados pelas mesmas empresas, em razão da seletividade e especificidade dos produtos.

Essa situação complexa, intensificada pela tendência de as empresas realizarem fusões, pressiona as autoridades a adotarem políticas antitruste, conforme ocorrido na fusão entre a Bayer e a Monsanto:

Os principais desafios observados no caso em análise referem-se ao potencial monopólio em alguns mercados de sementes transgênicas, como a soja, e o surgimento – por meio da criação da empresa concentrada resultante - de uma concentração de poder em mercados críticos de defensivos agrícolas. A integração vertical e o poder de conglomerado advindos do ato de concentração seriam pontos cruciais a serem tratados com objetivo maior de preservar a concorrência e, consequentemente, a eficiência do mercado de produção de alimentos brasileiro. Mesmo enfrentando os problemas supracitados, as principais agências antitruste do mundo têm buscado uma maior harmonização no enforcement de leis antitruste entre diferentes jurisdições, desenvolvendo pontos de convergência entre estas jurisdições, e buscando facilitar a cooperação internacional dos órgãos reguladores. Vale observar, nesse sentido, os esforços da OCDE e da International Competition Network (ICN) (Domingues et al., 2018, p. 114-115).

Conforme já discutimos, a tutela da propriedade industrial tipifica as condutas dos arts. 183 a 195 da Lei nº 9.279, e arts. 184, 272 e 273 do Código Penal. Estes últimos três artigos preveem penas de reclusão, que são as mais severas do CP. E é interessante observar que, dependendo da pena estabelecida pelo juízo, um indivíduo pode ser condenado a mais tempo de prisão por violação de propriedade intelectual do que por homicídio simples. Todo esse rigor estaria legitimado pelos argumentos jusnaturalista e utilitarista.

Pois bem, ainda que estes argumentos não tivessem falhas lógicas, empíricas e de legitimidade, a tutela da propriedade industrial poderia encontrar soluções sem extrapolar os ramos do Direito Civil, Societário e Administrativo. Todavia, o que observamos empiricamente é que a violação do direito de propriedade industrial é equiparada às condutas de roubo ou furto.

Porém, se para Greco (2017, p. 541-569) as condutas de furto e roubo são necessariamente caracterizadas pela subtração do bem jurídico em si, logo não podemos

equipará-las à pirataria, pois na violação de propriedade industrial não há subtração de bem jurídico propriamente dito. Primeiro porque não há utilização de violência ou grave ameaça, e segundo porque o bem jurídico não é de fato subtraído,

[...]isso porque o autor e/ou a empresa detentora dos direitos de reprodução não só detêm o original como também podem continuar a produzir livremente suas próprias cópias, de acordo com a forma contratual estabelecida entre autor e distribuidor detentor dos meios de reprodução (Grossmann, 2018, p. 31).

É relevante ressaltar que a conduta tipificada no art. 273 do Código Penal é categorizada como crime hediondo, cuja classificação, à época, não esteve isenta de controvérsias:

o Legislador, na ânsia de reprimir a criminalidade envolvendo falsificação de medicamentos e substâncias alimentícias, sob a inspiração da emoção, implantada pela mídia e o período eleitoral que circundava o momento, lançou ao mundo jurídico duas novas leis, a primeira Lei nº 9.677 de 2 de julho de 1998, adveio com imprecisões técnicas nos textos, mormente, nos mandamentos enunciativos da lei, não bastasse isso, a forma escolhida que sequenciou os parágrafos do artigo 273, por números e letras, afastou-se completamente da técnica legislativa brasileira (Gimenes, 1999, p. 219).

Neste contexto, Schreiner e Spengler (2012, p. 1736-1747) criticaram o preceito secundário do art. 273 afirmando que, à luz do princípio da proporcionalidade, a pena de 10 a 15 anos é inconstitucional, pois “pode-se verificar mais um caso evidente de “populismo penal” onde o legislador foi infeliz em sua avaliação de valores sociais ao reformar o dispositivo, impondo uma pena drasticamente superior à vigente”.

Essa crítica demonstrou ser de grande relevância quando, 9 (nove) anos após a publicação do artigo de Schreiner e Spengler (2012, p. 1736-1747), o STF, no RE 979.962/RS, julgou ser inconstitucional a pena do art. 273 no que tange a conduta específica de importação de medicamentos sem o devido registro na Anvisa.

Outro argumento frequentemente abordado em defesa da excessiva punibilidade à pirataria, seria sua relação intrínseca com o crime organizado, financiamento do narcotráfico e do tráfico de armas (Pumar, 2011, p. 178).

Contudo, não foram encontradas evidências de que isso seja verdadeiro, pois o que se firmou de concreto, conforme demonstrado no relatório da CPI da Pirataria, é que essa relação com o crime organizado representa uma parcela muito restrita, não sendo possível fazer a generalização para todos os casos de pirataria (Silva GM, 2015, p. 408).

Portanto, o que se verifica na prática é que a pirataria é predominantemente praticada por indivíduos de baixa renda, que necessitam sustentar suas famílias,

[..] não sendo possível afirmar que a pirataria, de fato, financia o crime organizado.

Isso ocorre, primeiramente, porque, muitas vezes, quem vende estes produtos o faz como meio de subsistência, utilizando o valor ganho para o seu bem e o de sua família. Ademais, como já referido, o dinheiro circula. Por isso, mesmo os valores gastos na aquisição de produtos originais, como lojas oficiais ou no cinema, ou até mesmo aquele gasto em bares e restaurantes, quiçá o dinheiro dos impostos, podem acabar financiando o crime organizado. Em suma, não existem indícios que permitam afirmar, com certeza, que “a pirataria financia o crime organizado”, tendo em vista que o dinheiro que o sustenta vem de diversas fontes. Tudo isso levando em conta o comércio de ambulantes ou dos “camelôs”. (Grossmann, 2018, p. 36)

Grossmann (2018, p. 29-30) argumenta que a excessiva punibilidade à pirataria é em razão de que o próprio Estado possui interesse na proteção da propriedade industrial, como forma de garantir o devido recolhimento de impostos. E para sustentar esta tese o Estado, ao lado da Indústria, utiliza de argumentos superficiais e sem a devida transparência com objetivos claros de proteger o patrimônio das indústrias e a arrecadação estatal.

Ou seja, para defender os seus interesses, a indústria (e o próprio Estado) difundem argumentos que lhes são favoráveis, todavia, não conseguem demonstrar transparência e uma fundamentação coerente que sustente suas teses.

Logo, a conduta da violação dos direitos de propriedade industrial não deveria ser criminalizada, uma vez que o Direito Penal deveria ser a *ultima ratio*, tutelando apenas os bens jurídicos mais relevantes, e não um instrumento para a defesa de interesses econômicos.

É imperativo encontrar soluções de proteção intelectual fora do escopo do Direito Penal, e existem alternativas viáveis além do âmbito jurídico, especialmente considerando as evoluções tecnológicas contemporâneas, onde as novas tecnologias podem trazer avanços. Uma dessas ferramentas é a utilização de recursos NFT, sendo assim definidos:

Em geral, o NFT está baseado na tecnologia blockchain, que funciona como uma espécie de livro de registros, sendo útil para registrar a existência de ativos ou a efetivação de transações sobre tais ativos. A tecnologia de distribuição da rede de blockchain é distribuída, o que significa que todos os participantes da rede possuem acesso aos seus registros, havendo necessário consenso entre os participantes da rede quanto às transações que são realizadas – o que elimina registros duplicados e torna os registros imutáveis, dado que nem um administrador da rede poderá eliminar ou alterar dados já registrados (Santiago, 2023, p. 5).

A utilização de recursos NFT, portanto, permitirá um processo de reconhecimento de titularidade de direito intelectual com muito mais eficácia e segurança, impulsionando a comercialização segura, ainda que o titular do direito esteja aguardando uma concessão formal de proteção pelos órgãos governamentais (Santiago, 2023, p. 6).

Ademais, não podemos deixar de mencionar o princípio da aceitação social, pois apesar de a pirataria ser disciplinada pelo Direito Penal e ser moralmente questionável, sua prática é tolerada pela sociedade em geral, tornando o fenômeno materialmente atípico. Grossmann (2018, p. 31).

Dito isso, devemos lembrar que o direito posto é resultado de um processo em que vários argumentos e teorias são colocadas na mesa, debatidos, e dali saem os vencedores, que geralmente são os que possuem maior capacidade de influência, poder, representação. É neste sentido que se questiona até que ponto são válidos os argumentos da indústria para legitimar o rigor das sanções das normas:

As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais (Bourdieu, 1989, p.11).

Assim, considerando que o Direito é um campo de poder constituído por forças específicas, e que este campo é lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o que é o direito, é dedutível que, no que tange à tutela da propriedade industrial, há interesses preponderantes que não são necessariamente aqueles voltados à construção de uma sociedade mais livre e igualitária.

6. CONCLUSÃO

A propriedade industrial é um fenômeno que remonta à origem da sociedade humana. Surgiu com as primeiras tribos, e se desenvolveu materialmente durante a era do Estado moderno, fundamentando-se nas teorias contratualistas, notadamente na concepção de “autopropriedade” de John Locke.

Estes alicerces conceberam a dogmática do direito de propriedade industrial, derivando-se daí dois grandes argumentos teóricos: o jusnaturalista e o finalista. O primeiro defende que somente o inventor deve usufruir dos lucros de sua obra; o segundo argumento salienta que a defesa da propriedade do inventor criará um ambiente estimulante para produção contínua de novas ideias, beneficiando a sociedade como um todo.

Esta construção retórica prevaleceu sobre o debate para a configuração daquilo que o Direito brasileiro deveria tutelar, com isso foram positivadas normas que criminalizaram condutas de violação de direitos industriais, conforme detalhamos neste artigo.

Foi verificado que algumas destas sanções geraram controvérsia quanto a proporcionalidade de suas penas, como no caso do art. 273 do Código Penal e art. 184 do

mesmo diploma legal. No caso deste último, haveria um crescente ativismo judicial para enquadrar quaisquer casos de pirataria nos procedimentos de ação penal incondicionada, pois a previsão de pena do referido artigo é mais gravosa.

Em verdade, a propriedade industrial é um direito que possui elevada relevância para o progresso de um país, não sendo diferente para o Brasil, conforme constatamos na indústria farmacêutica por exemplo. Entretanto, a excessiva tutela a ponto de tipificar determinadas condutas demonstra que há implícito interesse estatal e de grandes indústrias de aumentarem suas arrecadações e lucros, sem que haja necessariamente uma preocupação com a sociedade como um todo.

Há também um discurso perene tentando relacionar a pirataria com o financiamento do crime organizado e compra de armas ilegais. Porém não foram encontradas evidências materiais que permitam fazer esta generalização.

É necessário que haja maior transparência na divulgação de dados sobre pirataria/violações dos direitos de propriedade industrial para que sejam desmistificadas eventuais falácias levantadas para legitimar o uso excessivo da punibilidade contra violações do direito de propriedade industrial.

Todo esse contexto, a despeito do discurso finalista, resulta na dificuldade das pessoas de menor renda terem acesso aos produtos/serviços que lhes são necessários, podendo prejudicar sua qualidade de vida, e conseqüentemente atrasar o desenvolvimento da nação. Isso é o que podemos denominar de o “paradoxo da propriedade industrial”.

Portanto, o Estado brasileiro deve descriminalizar as condutas de violação de propriedade industrial, porque não se verificam proporcionalidade em suas sanções. Ao Direito Penal, deve-se reservar apenas a tutela dos bens jurídicos mais relevantes, e não de daqueles que podem ser disciplinados por outros ramos do Direito. Também é importante as empresas desenvolverem estratégias que assegurem sua competitividade e facilitem o acesso aos seus produtos/serviços, evitando sua dependência do aparato estatal.

É crucial que a comunidade científica jurídica amplie suas investigações e aprofunde a discussão acerca desse tema, uma vez que há diversas oportunidades para a proteção da propriedade industrial no contexto do Direito Empresarial, Econômico e Civil. Além disso, existe uma janela de oportunidade para estudar e explorar novas tecnologias, como por exemplo os NFT's, e harmonizá-las com as necessidades discutidas neste trabalho.

7. REFERÊNCIAS

ARÊDES, Aurélio de Paula Garcia. Fashion law e propriedade intelectual: uma análise do instituto da patente frente a produtos oriundos da indústria da moda. Orientador: Joélida Rocha. 2020. 28 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Ipatinga (Fadipa), Ipatinga, 2020.

BOURDIEU, P. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRANCO, Sérgio. O domínio público no direito autoral brasileiro. Uma Obra em Domínio Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em <http://hdl.handle.net/10438/9137>. Acesso em: 09 jul. 2023.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 jul. 2023.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 jul. 2023.

_____. Lei 5.648 de 11 de dezembro de 1970. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15648.htm. Acesso em: 09 jul. 2023.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 09 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 979.962 Rio Grande do Sul. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF, 24 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346691527&ext=.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2023.

CAMPOS, Ricardo Lafayette. Desafios Atuais no Combate a Infrações de Propriedade Industrial. In: Série Aperfeiçoamento de Magistrados 3, 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/3/Combate_a_Pirataria_e_Agressao_255.pdf. Acesso em: 09 jul. 2023.

CRUZ, André Santa. Direito Empresarial. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DOMINGUES, Juliana Oliveira e SILVA, Breno Fraga Miranda e MIELE, Aluísio de Freitas. Antitruste e food law: o caso Bayer e Monsanto e seus efeitos na produção de alimentos no Brasil. 2018, Anais. Ribeirão Preto, SP: FDRP-USP, 2018. Disponível em: https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/FOOD-LAW_-Anais_Vers%C3%A3oFinal.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão e dominação: 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Micaela Elisabete Coelho. A Tutela Jurídica da Biotecnologia pela Propriedade Intelectual. Orientador: Luís Couto Gonçalves. 2021. 267 f. Tese (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa) - Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2021. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/76516>. Acesso em: 23 jul. 2023.

GIMENES, Eron Veríssimo. Crimes contra a saúde pública e falsificação, adulteração e outras irregularidades em medicamentos e substâncias alimentícias. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 26, p. 219- 236, ago./nov. 1999. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/19927>. Acesso em: 19 jul. 2023.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11, ed. Niterói: Impetus. 2017.

HECK, J. X. (2020). Inovação e Propriedade Intelectual no Brasil dos Tempos da Covid-19. Cadernos De Prospecção, 13(4), 905. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/cp.v13i4.37844>. Acesso em: 09 jul. 2023.

INPI. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/identidade-institucional>. Acesso em: 22 jul. 2023

LIMA, João Ademar de Andrade. História do Direito Autoral. 2017. Disponível em: <https://joaoademar.wordpress.com/historia-do-direito-autoral>. Acesso em: 09 jul. 2023.

MARTINS, Karoline Pache; IBÁÑEZ, André Pedreira. A proteção oferecida pelo sistema de propriedade industrial ao *trade dress* no brasil. Justiça & Sociedade, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 83-126, 2018. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/681>. Acesso em: 22 jul. 2023.

MELLO, Alexandre Grossmann. Análise crítica da (excessiva) tutela jurídica sobre a propriedade intelectual. Orientador: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. 2018. 51 fls. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), Rio Grande do Sul. 2018. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/5468>. Acesso em: 23 jul. 2023.

MILARÉ, Luís Felipe Lopes; DIEGUES, Antônio Carlos. A industrialização chinesa por meio da tríade autonomia-planejamento-controle. Leituras de Economia Política, Campinas, 2015. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/3396/06%20Artigo%204.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2023.

ORELLANA, Jesem Douglas Yamall e col. Mudanças no padrão de internações e óbitos por COVID-19 após substancial vacinação de idosos em Manaus, Amazonas, Brasil. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/gBLRDMGKcV3nTtYWBfL4R4b/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 09 jul. 2023.

PUMAR, Márcia de Andrade. Desafios Atuais no Combate a Infrações de Propriedade Industrial. In: Série Aperfeiçoamento de Magistrados 3, 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/3/Combate_a_Pirataria_e_Agressao_178.pdf. Acesso em: 09 jul. 2023

RAMOS, DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario S. e MENDES, André L. S. C. Direito Empresarial esquematizado. 6aed. São Paulo: Forense. 2016.

SANTIAGO, Marina Gabriela Menezes. Compatibilização do uso de NFT com a proteção de direitos autorais de programas de computador à luz da Lei n. 9.609/1988. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/60075/compatibilizacao-do-uso-de-nft-com-a-protecao-de-direitos-autorais-de-programas-de-computador-luz-da-lei-n-9-609-1988>. Acesso em: 25 jul. 2023

SCHREINER, Karoline Pinto; SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. A (in) constitucionalidade do artigo 273 do Código Penal frente ao princípio da proporcionalidade. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da Univali. v. 3, n.4, p. 1736-1747, 4º Trimestre de 2012. Disponível em: https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/210/arquivo_102.pdf. Acesso em: 22 jul. 2023.

SILVA, Gustavo Muniz da. A criminalização da “pirataria” à luz da constituição federal de 1988: uma ponderação de interesses. PIDCC: Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo, v. 9, n. 2, p. 381-417, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6742338>. Acesso em: 09 jul. 2023.

SILVA, José Everton; SILVA, Marcos Vinicius Viana. A propriedade intelectual como uma evolução histórica do instituto da propriedade imaterial. XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPA. João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c16d65d012198a>. Acesso em: 22 jul. 2023.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VANIN, Carlos Eduardo. Propriedade Intelectual: conceito, evolução histórica e normativa, e sua importância. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/propriedade-intelectual-conceito-evolucao-historica-e-normativa-e-sua-importancia/407435408>. Acesso em: 09 jul. 2023.