

INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade de risco (BECK). Ao menos é o que se diz. Nesse ambiente, a necessidade de uma resposta estatal para nos salvar dos perigos da vida é incessantemente invocada. Diante disso, assistimos a uma crescente criminalização, entendida aqui como o processo de escolha de uma conduta para compor o que BELING chamou de *catálogo de tipos delitivos*. Tal idéia, em sua configuração original, preconizava um recorte específico e restrito da realidade social para compor o quadro de condutas penalmente relevantes. Esse quadro hoje seria um painel, imenso. E as conseqüências dessa dita insegurança generalizada não param por aí. Corriqueiramente ouvimos argumentos em prol de um direito penal mais eficiente, que seja mais flexível em suas garantias para dar conta dos riscos da atualidade. O discurso da segurança pública é o estandarte dessa flexibilização.

Não se pode compactuar com essa situação. Evidentemente, a necessidade de se opor ao discurso da *lei e ordem* não é científica, não é jurídica no sentido estrito. É antes de tudo uma postura política. É uma reiteração daquela postura que colidiu com o poder absoluto do soberano, postura essa que é marco do Estado moderno.

Ora, nos dias de hoje as coisas não são tão diferentes. O poder punitivo estende a sua *longa manus* a quase todas as esferas da vida. E as garras do longo braço da lei não hesitam nada diante das garantias individuais. Daí se afirmar o retorno aos clássicos, o que não representa saudosismo ou retrocesso, mas a reafirmação dos postulados clássicos de um direito penal limitador do poder punitivo.

Ainda, deve-se levar em conta que a noção de uma sociedade de risco é no mínimo questionável. Quem pode afirmar categoricamente que a vida contemporânea é sujeita a mais e piores riscos em relação ao passado? Não seriam riscos apenas diferentes? Enfim, esse substrato que admite as posturas mais repressivas não é factual. Diferentemente, é uma sensação de insegurança que se reproduz pela mídia e pelos discursos falaciosos de combate à criminalidade pela via penal.

Por oportuno, aqui se faz útil uma crítica a certas posturas funcionalistas do direito penal (ROXIN, JAKOBS, Figueiredo DIAS), crescentes na atualidade. Estas preconizam que a função protetora do direito penal deve orientar o seu sistema.

Ora, a postura de proteção invoca medidas de defesa em prol do objeto de proteção. Seja ele o bem jurídico (ROXIN, Figueiredo DIAS), seja ele a norma (JAKOBS), essa visão pretende que o Estado assumira uma postura de combate ao crime. Dizendo de outra forma, a distância entre essas concepções e o discurso da *lei e ordem* é mais aparente do que real. Ambas vêm no direito penal uma função preventiva, identificando a função da pena com a função do direito penal. A pena deve prevenir, logo o direito penal teria essa função.

O ponto de partida está incorreto. Uma postura verdadeiramente limitadora do poder punitivo decorre antes da visão seguinte: o direito penal disciplina e limita o poder punitivo estatal. Ou seja, o direito penal não se confunde com o poder punitivo estatal, ao contrário, submete-o a regras. Daí a posição aqui defendida de que o direito penal não protege bem jurídico, mas tutela bens jurídicos. Oportunamente registre-se que o termo tutela é aqui entendido antes como disciplina, regramento, e não tanto no sentido de defesa.

Ademais, afirmar o papel protetor do direito penal deriva para uma noção de pena preventiva, o que a realidade demonstra não se verificar. A sociedade convive com o crime e com a pena desde a sua gênese, sem que em momento algum a punição tenha reduzido o índice de crimes. Ao menos, não temos qualquer fundamento para pensar o contrário. Não há qualquer evidência de que a punição previna o crime.

Embora a questão da função da pena não seja aqui tratada, é importante que fique clara a dissociação que se fez entre a função limitadora do direito penal e as próprias funções da pena. Se quisermos uma postura limitadora não podemos partir do que fundamenta o poder punitivo, mas devemos partir daquilo que o limita. Essa visão é o que se entende aqui por postura jurídico-penal em prol da liberdade individual.

Os pontos principais desse trabalho são a fundamentação da criminalização da violação às patentes e os elementos desses crimes, o que se fez tomando como parâmetro uma postura em prol da liberdade individual.

Inicialmente, discorreu-se acerca do sistema de patentes, a fim de precisar o seu tratamento jurídico. Essa parte inicial se justifica, em especial, para identificar os bens jurídicos tutelados nas patentes, para então examiná-los no âmbito penal.

Procurou-se identificar, em primeiro lugar, o fundamento para que as condutas de violação de patentes sejam penalmente relevantes. O parâmetro tomado foi o conceito material de crime, que pretende ser o critério de orientação para definir as condutas como delituosas. É o conceito material de crime que formará o catálogo de tipos antes mencionado. A noção material de crime utilizada foi a de ofensa a bem jurídico penal. Crime é uma ofensa a bem jurídico penal. Importante notar que vemos no bem jurídico antes um critério de limitação do poder punitivo do que a justificação deste. Ou seja, o bem jurídico deve servir para limitar a punição, e não somente para justificá-la.

Na seqüência, tratou-se do conceito analítico de crime, da sua decomposição em elementos. A doutrina clássica procura estabelecer uma dogmática penal que limite o *ius puniendi* do Estado. É o que procuramos fazer com a visão de crime aqui adotada. Uma disciplina dos crimes contra as patentes fundada nos postulados de um direito penal liberal serve como forma de limitação.

1. O SISTEMA DE PATENTES NO BRASIL

Antes de examinar os aspectos de natureza criminal sobre as patentes é necessário dar os contornos dessa figura jurídica. Com efeito, da identificação dos bens jurídicos tutelados, idéia central para se estabelecer os fundamentos da criminalização da violação às patentes, depende a parte seguinte da pesquisa. E tal definição não pode ser feita sem antes precisarmos a natureza jurídica das patentes e suas implicações.

A parte inicial do trabalho pretende traçar um breve panorama a respeito do sistema de patentes no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, parte-se da análise da tecnologia, pois a invenção e o modelo de utilidade, objetos da patente, consistem, basicamente, numa inovação tecnológica. Dentre as obras intelectuais, as invenções e os modelos de utilidades são as figuras jurídicas que tratam da inovação tecnológica.¹

Na seqüência temos o estudo acerca das noções fundamentais sobre as patentes, bem como o exame da legislação e princípios aplicáveis à matéria.

¹ Embora os desenhos industriais também possam constituir produto oriundo de inovação tecnológica, não trataremos dessa figura aqui, pois a sua disciplina jurídica é diversa.

1.1. PATENTES E TECNOLOGIA

1.1.1. Inovação tecnológica

Constantemente se afirma que a tecnologia modificou substancialmente a vida e o cotidiano das pessoas. Nos últimos séculos a humanidade talvez tenha se transformado mais que nos últimos milênios, ao menos em muitos aspectos. E dentre essas mudanças, o avanço tecnológico é uma das mais sensíveis.

Entre os séculos XVI e XVIII, durante a era chamada mercantilista, operou-se a mudança da economia artesanal e medieval para a economia comercial e industrial, e posteriormente houve a revolução industrial, marco que pode ser considerado o início da era moderna.²

Durante esse período, houve considerável aumento na capacidade de produção, ocorreram inúmeras descobertas, inúmeras invenções foram criadas, o que veio a caracterizar significativamente a civilização moderna.³

Com efeito, a tecnologia é um elemento marcante na sociedade moderna. A máquina a vapor, a introdução da energia elétrica, a radiodifusão, a televisão, a informática, a *internet*, a telefonia celular, as inovações no transporte terrestre, aéreo e marítimo, os avanços da indústria farmacêutica, as viagens espaciais, para citar apenas alguns avanços tecnológicos, são um indicativo do quanto o modo de vida mudou num curto espaço de tempo. Essas inovações técnicas modificaram definitivamente o *modus vivendi* da humanidade e a economia dos povos.

Constatado esse panorama de avanço tecnológico, é pertinente uma análise mais precisa do que significa o termo tecnologia.

² GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*. p. 144-146.

³ Idem. *Ibidem*. p. 144-146.

A palavra tecnologia possui origem grega, significando o "tratado sobre uma arte".⁴ O conceito lingüístico do termo quer dizer "conjunto de conhecimentos que se aplicam a um determinado ramo de atividade".⁵ No mesmo sentido está a definição de que a tecnologia é "o conjunto dos processos especiais relativos a uma determinada arte ou indústria",⁶ ou ainda, que a tecnologia é a "ciência que trata dos métodos e do desenvolvimento das artes industriais".⁷ Desses entendimentos se verifica que a noção de tecnologia corresponde a um conjunto de conhecimentos, sendo esse voltado a um ramo de atividade, notadamente a indústria.

No âmbito econômico, tecnologia significa o conjunto de métodos aplicados para uma melhor utilização dos recursos disponíveis. Valendo-se do conhecimento tecnológico, o homem pode aproveitar com mais eficiência os recursos que existem à sua disposição, a fim de melhor satisfazer as suas necessidades.⁸

Nesse diapasão, PIMENTEL afirma que "Na linguagem econômica, em especial, o termo tecnologia é empregado para designar o conjunto de conhecimentos aplicados pelo homem para atingir determinados fins, sendo que as inovações tecnológicas determinam, quase sempre, uma elevação dos índices de produção e um aumento da produtividade do trabalho".⁹

No Vocabulário Jurídico de DE PLÁCIDO E SILVA, atualizado por VITRAL, encontra-se o conceito de tecnologia como o sistema de conhecimentos técnicos, aplicados na ciência, arte e manufatura.¹⁰

Newton SILVEIRA se vale de uma noção semelhante às acima mencionadas, ao definir o que seja técnica. O autor afirma que "Muito antes de o homem ter alcançado a possibilidade de planejar a economia e multiplicar os produtos necessários

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. p. 1935. AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. p. 4887.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Ob. cit.* p. 1935.

⁶ AULETE, Caldas. *Ob. cit.* p. 4887.

⁷ Idem. *Ibidem.* p. 4887.

⁸ GASTALDI, J. Petrelli. *Ob. cit.* p. 143.

⁹ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial: aspectos introdutórios*. p. 27-28.

¹⁰ VITRAL, Waldir. *Vocabulário Jurídico*. A-Z. Vol. V. p. 306.

à satisfação de suas necessidades, ele já vem desenvolvendo intenso diálogo com a natureza e desenvolvendo o aproveitamento desta em seu benefício, podendo essa atividade ser genericamente designada pelo termo 'técnica'".¹¹

Na doutrina de DI BLASI *et alii*, tecnologia é um conjunto de conhecimentos aplicáveis na atividade de indústria para a obtenção de bens materiais. Essa concepção está ligada ao saber proceder na produção industrial, comércio ou prestação de serviço, o que pode se denominar *know-how*. Há uma parcela dessa tecnologia que pode ser protegida pelo Direito, mediante o mecanismo das patentes.¹²

Para o presente estudo, interessa a noção de tecnologia como o conjunto de conhecimentos, técnicas ou métodos destinados à obtenção, através de uma atividade de indústria, de um bem material útil à satisfação das necessidades humanas.

E a atividade inventiva de novos bens, atividade esta que vem incrementar o conhecimento tecnológico, dá-se pela criação de uma invenção ou modelo de utilidade. Em outras palavras, a invenção e o modelo de utilidade agregam conhecimento ao estado de técnica. Por oportuno, saliente-se que, embora tenha por escopo um resultado material, a tecnologia é um bem imaterial, passível de proteção pelo ordenamento jurídico através do instituto das patentes.

1.1.2. Tecnologia e economia

Inúmeros são os papéis desempenhados pela tecnologia, e um dos mais notáveis se dá no campo econômico.

O estudo da economia, dentre outros aspectos, compreende a análise do processo produtivo de bens, aqui entendidos como utilidades oferecidas para a satisfação das necessidades econômicas da sociedade. Sucintamente, pode-se afirmar que a sociedade possui necessidades, as quais são atendidas com a produção. Nesse

¹¹ SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. p. 1.

¹² DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996*. p. 18-19.

processo, há fatores considerados indispensáveis: os fatores de produção. Esses são os elementos que, conjugados, permitem o processo produtivo.¹³

A Economia clássica definiu como fatores da produção o capital, o trabalho humano e os recursos naturais.¹⁴

Conforme o ensinamento de GASTALDI, "Produzir, em sentido econômico, significa criar utilidades permutáveis e prestar serviços que possibilitem pôr os bens nas mãos do consumidor final. (...) Produzir, pois, significa transformar bens naturais em riquezas econômicas, mediante a inteligência e a técnica".¹⁵

GASTALDI anota ainda que, modernamente, o conceito de produção quer dizer o processo pelo qual se obtém uma utilidade que pode ser oferecida para o consumidor, o qual a adquire mediante um benefício dado ao produtor. Sob um enfoque social, ocorre produção econômica quando a soma dos valores realmente consumidos na produção é menor que a soma dos valores produzidos.¹⁶

Muito embora a maioria dos economistas aponte três fatores de produção (capital, recursos naturais e trabalho), e incluam a tecnologia como um dos elementos do capital, há autores que defendem ser a tecnologia um fator da produção, dada a sua importância no processo produtivo.¹⁷

Com efeito, a aplicação do conhecimento tecnológico é indispensável para a produção, pois possibilita a ampliação e melhor utilização dos recursos disponíveis, o que eleva os índices de produção. Além dos tradicionais fatores de produção, a atividade de obtenção de bens econômicos depende também da aplicação dos conhecimentos técnicos, sem os quais é impossível qualquer produção. Além desse aspecto, criam-se novos usos para esses recursos naturais, ampliando o leque de utilidades oferecidas para a satisfação das necessidades humanas.¹⁸

¹³ GASTALDI, J. Petrelli. *Ob. cit.* p. 107.

¹⁴ SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política.* p. 457.

¹⁵ GASTALDI, J. Petrelli. *Ob. cit.* p. 105.

¹⁶ Idem. *Ibidem.* p. 106-107.

¹⁷ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 31-37.

¹⁸ GASTALDI, J. Petrelli. *Ob. cit.* p. 143.

A tecnologia desempenha um papel fundamental na economia, pois é um elemento indispensável no processo de produção de bens econômicos, destinados à satisfação das necessidades econômicas da sociedade. Aliado a isso, a tecnologia proporciona a criação de novas utilidades para satisfazer as necessidades da sociedade.

1.1.3. Os benefícios do desenvolvimento tecnológico

Constatado o papel que a tecnologia desempenha na economia, é de se questionar as implicações disso.

O estudo econômico da tecnologia aponta para o fato de que ela não só favorece como é essencial ao processo de produção. Conforme demonstrado na seção anterior, a tecnologia implica em duas conseqüências: a melhoria do processo de produção e a introdução de novas utilidades para satisfazer as necessidades econômicas. Ambas as conseqüências trazem benefícios para a sociedade.

Um processo de produção cada vez mais eficiente está mais apto a satisfazer parte das necessidades humanas. Como foi visto, é a produção que atende às necessidades econômicas. E é com o conhecimento tecnológico que se melhora tal processo.

Da mesma forma, a introdução de novas utilidades também interessa à sociedade. No conjunto dessas utilidades advindas da tecnologia é possível incluir as criações no campo da medicina, da farmácia, dos transportes, da comunicação, dentre tantos outros. Pode se dizer, tranqüilamente, que esse avanço tecnológico propicia uma melhoria na qualidade de vida das pessoas.

Os avanços na área de telecomunicações permitem o intercâmbio de informações numa intensidade jamais vista. Na era mercantilista somente se podia ter acesso às informações indo ao encontro delas no local onde se encontravam. Atualmente, com a utilização da *internet*, um conjunto imensurável de informações pode ser obtido sem que o indivíduo precise sair de sua residência.

Doenças que eram responsáveis por uma parcela considerável da mortalidade, hoje podem ser tratadas com um comprimido. Enfermidades que eram consideradas incuráveis, que significavam uma sentença de morte para as suas vítimas, podem ser tratadas com medicamentos adquiridos em qualquer farmácia.

Nos transportes, por exemplo, a tecnologia contribuiu enormemente para que distâncias cada vez maiores fossem transpostas em um período de tempo cada vez menor. Uma distância que era percorrida em meses pode ser transposta em horas, nos dias de hoje. Além da economia de tempo na locomoção, esse avanço favorece a distribuição de alimentos, por exemplo. Isso é da maior relevância, pois uma significativa quantidade de produtos agrícolas não era aproveitada diante da impossibilidade de distribuí-los a tempo.

É possível citar um sem número de benefícios introduzidos graças ao avanço tecnológico, mas foram mencionados apenas alguns para ilustrar como a tecnologia pode melhorar a qualidade de vida do ser humano.

Da mesma forma, também é freqüente a afirmação de que a tecnologia é a fonte de muitos problemas, mas esses, pelo menos em princípio, devem-se mais ao uso (ou mau uso) dado à tecnologia do que a ela em si mesma. Ou seja, a postura adotada nesta obra é de que a tecnologia não é um bem ou um mal em si, mas um instrumento valioso a serviço da humanidade.

A reforçar essa tese, há os argumentos a seguir.

Dentre os defensores da tecnologia como fator de desenvolvimento econômico, Robert SOLOW, em estudo sobre o desenvolvimento econômico dos Estados Unidos, que lhe rendeu o Prêmio Nobel, constatou que noventa por cento do aumento da produção *per capita* no período de 1909 e 1949 se deu em função da mudança de tecnologia.¹⁹

¹⁹ SOLOW, Robert. *Technical change and aggregate production function*. In: *Review of Economic and Statistics*. p. 3-11.

Com base nos estudos de SOLOW, e indo além, DENISON concluiu que a renda *per capita* nos Estados Unidos sofreu um aumento próximo a quarenta por cento, devido à introdução de novas tecnologias.²⁰

Robert SHERWOOD, citando os estudos desenvolvidos por MANSFIELD e outros, a partir das pesquisas de SOLOW e DENISON, aponta que a injeção de tecnologia nova importa em uma elevada taxa de retorno social. Ou seja, o investimento em inovações tecnológicas importa em um benefício para a sociedade.²¹

Muito embora o desenvolvimento econômico esteja atrelado a muitos outros fatores, para o presente estudo é suficiente a noção de que a tecnologia é um fator favorável a esse desenvolvimento, pelas razões apontadas.

Pode-se, em síntese, concluir que o desenvolvimento tecnológico favorece o desenvolvimento econômico, além de ser um instrumento de melhoria na qualidade de vida do ser humano.

A proteção conferida pelo ordenamento jurídico à atividade de inovação tecnológica ocorre principalmente pelo mecanismo das patentes.

Constada a relevância do desenvolvimento tecnológico e a tutela da tecnologia por meio da patente, na presente dissertação se objetiva examinar qual a função desempenhada por essa tutela jurídica, e a partir dessa função delimitar quais os bens jurídicos tutelados nos crimes contra as patentes.

²⁰ SHERWOOD, Robert. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. p. 90.

²¹ Idem. *Ibidem*. p. 90.

1.2. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1.2.1. Breve relato histórico

Muito embora a tecnologia esteja presente na sociedade desde o momento histórico em que o homem começou a criar artefatos de pedra, ou seja, desde os primórdios da existência humana, a sua tutela jurídica é relativamente recente.

Nesse sentido, ao situar a proteção às criações intelectuais na história, Newton SILVEIRA²² afirma que:

O direito do criador intelectual sobre suas obras só foi sentido integralmente quando o homem se tornou capaz de reproduzir e difundir em escala ampla as obras do espírito.

A capacidade criadora do homem é concomitante ao próprio aparecimento da espécie sobre o globo: os primeiros instrumentos encontrados já demonstram a aplicação de ornamentos sem destinação utilitária, e a arquitetura primitiva, a par das construções destinadas à moradia, aponta outras destinadas aos deuses, em que a criação artística é patente. O homem já possuía noção de seu poder criativo, conscientemente.(...)

Somente, porém, com o surgimento da imprensa de Guttemberg²³ e seu desenvolvimento, permitindo a difusão das idéias pela multiplicação de exemplares, e os primórdios da Revolução Industrial (que alguns autores fazem remontar na Inglaterra, França e Estados alemães ao século XVI), implicando a passagem das formas de produção artesanal para a industrial por meio da máquina, é que a humanidade passou a perceber que aquilo que foi criado pelo inventor ou escritor não se exauria no exemplar materialmente executado, era algo além deste, era uma forma, que podia ser reproduzida e multiplicada, e que podia representar riqueza.

Autores que escrevem sobre o assunto dividem a história da proteção dos direitos sobre a tecnologia, em especial as patentes, em três fases históricas: a fase dos privilégios feudais, a fase das idéias liberais e a fase da internacionalização do sistema de patentes.²⁴

²² SILVEIRA, Newton. *Ob. cit.* p. 13-14.

²³ A grafia correta é Gutenberg.

²⁴ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 68-69.

Conforme lecionam DI BLASI *et alii*, ao tratarem dos diversos momentos históricos da proteção à propriedade intelectual, "a propriedade das criações intelectuais, do modo como atualmente é entendida, não apresenta vestígios de ter sido utilizada na Antigüidade".²⁵

Passado esse período em que aparentemente não havia proteção aos bens intelectuais, em um primeiro momento essa surge como um privilégio dado pelo soberano ou pelo senhor feudal ao inventor. Esse privilégio consistia em um período de proteção na exploração de uma nova técnica, um prazo durante o qual o introdutor do invento gozava de proteção, sendo que o período de proteção era proporcional à importância do invento. Essa fase, dos privilégios feudais, estendeu-se do século XIV ao século XVII.²⁶

A concessão do privilégio se dava por razões casuísticas, independentemente de leis ou critérios pré-definidos. Muitas vezes a simpatia do monarca era o que dava ensejo à proteção do invento.²⁷

Nesse mesmo sentido, DOMINGUES afirma que "É na Idade Média que encontramos a origem dos privilégios como um ato pessoal e discricionário da vontade do monarca, favor ou liberalidade com que o soberano agraciava algum súdito".²⁸

Note-se que nesse momento histórico já estava presente na concessão dos privilégios uma cláusula com o prazo de validade do benefício, sendo que esse período normalmente era estendido de acordo com a importância da obra em questão.²⁹

Ainda, a proteção era conferida como forma de incentivo à indústria, e consistia em exclusividade de uso, benefícios fiscais ou direito de instalação. O interesse do soberano era a razão pela qual se concediam os privilégios, sendo que tal

²⁵ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 3.

²⁶ Idem. *Ibidem.* p. 3-4.

²⁷ Idem. *Ibidem.* p. 3.

²⁸ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito industrial: patentes.* p. 3.

²⁹ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 3.

razão não guardava qualquer relação com o direito do inventor, mas somente com interesses alheios a ele.³⁰

Embora seja um aspecto a ser analisado com mais ênfase adiante, ressalte-se que a noção de que a proteção aos bens intelectuais representava um incentivo ao desenvolvimento tecnológico já estava presente nos primórdios da concessão desses privilégios.

Nesse sentido, DI BLASI *et alii*³¹ lecionam o seguinte:

Nos textos das cartas de privilégio, em outras épocas concedidas, já se percebia a intenção das administrações governamentais de salvaguardar não somente os direitos do inventor, como também de recompensá-lo, o que demonstrava a preocupação em fomentar o progresso tecnocientífico. Foi, desta maneira, que o físico Galileu Galilei obteve do Feudo de Veneza o direito exclusivo de fabricar, comercializar e autorizar, a terceiros, a fabricação de um 'dispositivo hidráulico de irrigação' que havia inventado. Em 1649, o rei de França concedia a Blaise Pascal o privilégio de invenção para uma 'máquina de calcular'.

Dada a imperfeição na forma de proteção dos bens intelectuais por meio dos privilégios, tal mecanismo passou a sofrer severas críticas, notadamente a partir do século XVII. Em particular, combatia-se esse sistema porque não se concedia a proteção com respaldo em leis ou princípios, mas sim em razão do bom grado dos soberanos, principalmente.³²

Os titulares de obras intelectuais passam a reivindicar uma proteção decorrente de leis e princípios, e nesse momento a influência do jusnaturalismo se faz presente. Nesse contexto, passa-se a reivindicar a propriedade sobre as criações do intelecto por se tratar de um direito natural do autor sobre a obra.³³

Essa fase na história da proteção à propriedade intelectual é a das idéias liberais, no período do Iluminismo, momento em que se afirma o direito do autor como um direito natural deste sobre a obra. Como precursores desse momento histórico temos alguns diplomas legais que tratam da matéria com regras abstratas e gerais.

³⁰ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 71-72.

³¹ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 4.

³² Idem. *Ibidem.* p. 4.

³³ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 73-74.

Diverge a doutrina ao apontar qual foi o primeiro diploma legal a regulamentar os privilégios concedidos ao inventor. Há quem aponte os privilégios concedidos em Veneza, nos séculos XV e XVI como os primeiros dotados de um regramento mais estruturado e menos casuístico, e a *parte veneziana*, de 1603, como diploma legal respectivo.³⁴

Entretanto, há quem afirme ser o *Statute of Monopolies* inglês, de 1623 o primeiro diploma legal que regulamentava a concessão de patentes para as novas invenções, lei que vigorou por quase dois séculos na Inglaterra e veio a influenciar o desenvolvimento da propriedade industrial nos Estados Unidos.³⁵

Outros diplomas legais a contemplarem o direito de patentes foram: a Constituição dos Estados Unidos, em 1787, e o posterior *Patent Act*, de 1790; e uma Lei francesa de 1791, a qual estabelecia o direito de propriedade do autor sobre as novas idéias industriais.³⁶

Por oportuno, note-se que no texto da Constituição dos Estados Unidos, em seu artigo 1, seção 8, está explícita a intenção de fomentar o desenvolvimento e o progresso científico mediante a proteção à propriedade intelectual.

Diante do contexto histórico, a propriedade sobre as invenções era tida como uma decorrência do direito natural, ilimitado e absoluto, a não ser quanto à sua duração e espaço territorial. Sob o prisma das idéias liberais, a patente passa a ser considerada como um título de propriedade.³⁷

Em outras palavras, o inventor teria a propriedade sobre o seu invento porque o criou. Adota-se a noção de que os produtos da mente são apropriáveis assim como os

³⁴ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Ob. cit.* p. 4-12.

³⁵ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 4. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *A proteção jurídica das invenções de medicamentos e de gêneros alimentícios*. p. 23.

³⁶ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Ob. cit.* p. 12-14.

³⁷ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 71-72.

bens materiais. O fato de ser o criador da obra intelectual outorga ao inventor o direito natural de propriedade sobre a mesma.³⁸

O terceiro momento do sistema de proteção às invenções é marcado pela adoção de critérios internacionais para a concessão de patentes. Após a Revolução Industrial, houve uma intensificação do intercâmbio comercial entre os diversos países, com o aumento das exportações e importações. Nessa fase procura-se expandir a proteção aos inventos para fora das fronteiras nacionais, conferindo tal segurança nos novos mercados atingidos pelo intercâmbio comercial.³⁹

O marco da internacionalização do direito de patentes foi a Convenção da União de Paris, realizada no ano de 1883.

Inicialmente, não se impunham limites para a legislação nacional sobre as patentes, devendo os países signatários da Convenção de Paris respeitar dois princípios básicos da proteção das invenções: o princípio da prioridade e o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros titulares de patentes.⁴⁰

O princípio da prioridade dispõe que o inventor que antes tiver pedido privilégio ou registro terá direito de preferência, durante certos prazos, quando pretender obter a patente nos demais países.⁴¹ O princípio da igualdade, como anteriormente mencionado, prevê que os nacionais e estrangeiros que pretendam obter patente devem receber tratamento paritário.⁴²

Posteriormente, foram impostos limites às legislações dos países que adotaram a Convenção de Paris.⁴³ Tal fato ocorreu quando da sua revisão, em 1925, na Convenção de Haia, ocasião em que se instituiu o conceito de abuso de patentes, que

³⁸ SILVEIRA, Newton. *Ob. cit.* p. 13-15.

³⁹ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 74-75.

⁴⁰ Idem. *Ibidem.* p. 74.

⁴¹ Cf. Artigo 4º da Convenção de Paris.

⁴² Cf. Artigo 2º da Convenção de Paris.

⁴³ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 74.

seria punido com a caducidade, caso a licença obrigatória não fosse eficaz para reprimir tal abuso.⁴⁴

Esse era o panorama, no contexto internacional, do direito de patentes. Entretanto, novas idéias e novas discussões vêm tornar tal cenário bem mais complexo. O combate à pirataria, a questão da engenharia reversa, as disputas para que os países em desenvolvimento adotem legislações protetivas à propriedade industrial, são alguns dos temas que recentemente vieram integrar a questão da propriedade industrial.

Em especial, o cenário mundial das patentes foi profundamente modificado pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC), conhecido como TRIPs⁴⁵, assinado em 1994.

Anteriormente, sob a égide da Convenção de Paris, prevalecia o princípio da soberania dos países para legislarem sobre patentes. Entretanto, o TRIPs impõe uma série de regras que devem ser observadas pelos países que assinaram o acordo. Devido ao processo de globalização e às pressões internacionais, em especial de grupos econômicos, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT, atual Organização Mundial do Comércio - OMC, que se destina à solução de questões comerciais internacionais, passou a tratar também da propriedade intelectual, culminando na celebração do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPs.⁴⁶

1.2.2. As patentes como parte da propriedade intelectual

O sistema de patentes se situa no campo da proteção à propriedade intelectual, sendo essa entendida como o conjunto de regras que regem a propriedade dos bens

⁴⁴ Cf. artigo 5º, 3ª parte, da Convenção de Haia.

⁴⁵ TRIPs é a sigla obtida do nome do acordo em inglês: *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

⁴⁶ Nesse sentido: DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 134-136. A respeito, ver também: SHERWOOD, Robert. *Ob. cit.* p. 13-16.

imateriais, dos quais as invenções e os modelos de utilidade são uma espécie, da qual resulta ou pode resultar um bem material.⁴⁷

Segundo DI BLASI *et alii*, "A propriedade intelectual pode ser conceituada como o direito de uma pessoa sobre um bem imaterial. As regras, ou leis, que disciplinam esse direito comumente estabelecem as relações de dependência entre a propriedade do bem imaterial e alguns parâmetros".⁴⁸

Esses parâmetros a que se refere o autor são dados pelos tratados internacionais e pela legislação interna de cada país, de forma que, embora os países signatários das convenções internacionais adotem certos parâmetros comuns, em cada nação a tutela da propriedade intelectual adquire características próprias.⁴⁹

Newton SILVEIRA afirma que a propriedade intelectual se exerce no campo da técnica ou no campo da estética, subdividindo-se em direito autoral para as criações estéticas e direito industrial para as criações técnicas. Adota ainda a concepção de que todas as obras intelectuais sejam passíveis de proteção pela lei de direitos autorais, enquanto as obras no campo da técnica sejam tuteladas especificamente pela lei de propriedade industrial.⁵⁰

Na doutrina de DI BLASI *et alii* a propriedade intelectual diz respeito aos bens intangíveis, que, de modo geral, podem ser agrupados nas categorias artística, técnica e científica. As criações artísticas são as obras literárias, musicais ou estéticas. As criações técnicas são as invenções⁵¹. As criações científicas são as descobertas no campo da ciência, as quais não são apropriáveis.⁵²

Dos entendimentos acima se pode concluir que o direito da propriedade industrial é a parte da propriedade intelectual que disciplina os bens imateriais

⁴⁷ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 15.

⁴⁸ Idem. *Ibidem.* p. 16.

⁴⁹ Idem. *Ibidem.* p. 16.

⁵⁰ SILVEIRA, Newton. *Ob. cit.* p. 5.

⁵¹ Note-se aqui que o autor restringe demasiadamente o campo das obras técnicas, deixando de fora a marca, o modelo de utilidade, o desenho industrial, os quais também são tutelados pelo direito industrial.

⁵² DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 16.

utilizados na indústria, sendo esses as invenções, os modelos de utilidade, os desenhos industriais, as marcas, os nomes comerciais, as indicações geográficas e a repressão da concorrência desleal.

Nesse sentido, a Convenção de Estocolmo (que é a mais recente revisão da Convenção de Paris), em seu artigo 1º, prevê que “A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal”.⁵³

De forma semelhante, valendo-se do disposto na Convenção de Paris, alterada pela Revisão de Haia, DOMINGUES afirma que a propriedade industrial tem por objeto de proteção “os privilégios de invenção, de modelos de utilidade, de desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, o nome comercial e indicações de procedência ou denominações de origem e a repressão à concorrência desleal”.⁵⁴

Dentre os bens imateriais que são protegidos pela propriedade industrial, os que interessam ao presente estudo são a invenção e o modelo de utilidade, protegidos pelo instituto da patente. São esses os bens imateriais do campo da técnica que vêm agregar conhecimentos ao estado de técnica, ou seja, são basicamente essas obras as que ampliam o aparato tecnológico da sociedade, representam inovação tecnológica.

1.2.3. Conceito de patente – invento, modelo de utilidade, e seus requisitos

De forma sintética, podemos afirmar que a patente consiste num direito de exclusividade, por um determinado período de tempo, dentro do qual somente o inventor pode explorar a sua obra, impedindo que terceiros utilizem a nova idéia.

⁵³ Cf. artigo 1º, parte 2, da Convenção de Estocolmo.

⁵⁴ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Ob. cit.* p. 71.

Mais precisamente, patente é o título conferido pelo Estado que reconhece o direito que o inventor tem sobre a sua obra, a qual é o objeto da patente. Porém, comumente se utiliza a expressão ‘patente’ para designar o próprio direito.

Nesse sentido, DI BLASI *et alii* conceituam patente nos seguintes termos: "Patente é o direito outorgado⁵⁵ pelo Governo de uma nação a uma pessoa, o qual confere a exclusividade de exploração do objeto de uma invenção, ou de um modelo de utilidade, durante um determinado período de tempo em todo o território nacional".⁵⁶

De forma semelhante, agregando ao conceito a idéia de propriedade e a proteção também dos desenhos ou modelos industriais, Ozéias J. SANTOS define “patente como o título concedido pelo Estado ao autor de uma criação inventiva, de utilidade industrial, tanto como forma de invenção ou como modelo de utilidade, desenho ou modelo industrial, garantindo-lhe a propriedade e seu uso exclusivo, por um lapso temporal estabelecido em lei”.⁵⁷

Importante notar, quanto a esse último conceito, que o desenho industrial é passível de registro, e não de patente. Essa noção é interessante para precisar que a patente se destina tão-somente ao invento ou modelo de utilidade, inovações técnicas, e não a outras formas de propriedade industrial. A Lei 9.279/96 (Lei da propriedade industrial) eliminou a patente sobre o modelo industrial, prevendo a sua proteção pelo registro do desenho industrial.⁵⁸

Discute-se na doutrina se a patente seria um direito de propriedade ou um direito de monopólio.

⁵⁵ A esse respeito, é interessante notar que “O Estado não cria o direito do inventor, apenas reconhece e garante direito preexistente, dentro de certos limites e condições”. DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Ob. cit.* p. 36.

⁵⁶ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 29.

⁵⁷ SANTOS, Ozéias J. *Marcas e patentes: propriedade industrial.* p. 12.

⁵⁸ É o que afirma SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei 9279 – 14.05.1996.* p.17.

A concepção da patente como um direito de monopólio se assenta na idéia de que a propriedade é um direito perpétuo, enquanto o direito do autor é temporário. Ainda, afirma-se que a possibilidade de impedir a reprodução por terceiros, mesmo que seja alienada a propriedade sobre o bem material decorrente da obra intelectual, representa um direito mais abrangente, que não está contido na propriedade. De acordo com esse ponto de vista, haveria monopólio, e não um direito de propriedade do autor.⁵⁹

Divergindo dos argumentos acima, a definição aqui adotada é de que a patente é o reconhecimento de um direito de propriedade. Inicialmente, destaque-se que é amplamente aceita a noção de propriedade resolúvel, temporária. Os direitos da propriedade industrial, inclusive as patentes, podem ter características peculiares, dentre elas a temporariedade, mas não deixam de ser um direito de propriedade. Ademais, o direito de impedir a reprodução decorre justamente da propriedade sobre a idéia, bem imaterial. A alienação do bem material e da idéia (abstrata) que lhe dá forma, são coisas distintas. É a utilização não autorizada da criação intelectual, a cópia não permitida, que é proibida, por ser a obra propriedade do autor.

A legislação pátria adota a concepção de que a patente é um direito de propriedade, disciplinando-a como parte da propriedade industrial. Tal entendimento é também o adotado pela maioria da doutrina.⁶⁰

Enfim, podemos definir patente como o reconhecimento estatal de um direito temporário de propriedade do autor sobre a obra, conferindo a exclusividade na exploração de um invento ou modelo de utilidade. O sistema de patentes é o conjunto de regras que regem esse direito.

Definido o conceito de patente, deve-se precisar o que sejam inventos e modelos de utilidade passíveis de proteção pelo mecanismo de patentes. As definições

⁵⁹ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Ob. cit.* p. 53-65.

⁶⁰ Por todos: CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. I. parte I. p. 112-121.

jurídicas de invenção e modelo de utilidade são obtidas da descrição dos requisitos de patenteabilidade, elencados na lei.⁶¹

A Lei de Propriedade Industrial brasileira (Lei nº 9.279/96), em seus artigos 8º e 9º, elenca como requisitos da invenção e do modelo de utilidade a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial.

Essa definição é a predominante na doutrina pátria.⁶²

De forma semelhante, Newton SILVEIRA afirma que a invenção é uma utilidade passível de industrialização, abstrata e dotada de originalidade⁶³. Consiste em uma utilidade por sua aptidão ou propriedade para servir ao seu fim e corresponder a uma exigência ou necessidade. Essa utilidade deve ser também industrializável, deve ser possível a sua realização material e em série. A invenção é abstrata na medida em que é uma nova relação de causalidade não encontrada na natureza, é um ato inventivo, de criação, é um bem imaterial e não concreto. Ainda, a invenção deve ser original, ou mais precisamente, deve ser novidade, não pode fazer parte do estado de técnica da sociedade.⁶⁴

Enquanto a invenção representa uma nova utilidade, o modelo de utilidade representa uma nova forma que propicia uma maior eficiência ou comodidade em sua utilização.

Para definir modelo de utilidade, SILVEIRA⁶⁵ leciona o seguinte:

É preciso considerar, entretanto, que, enquanto a invenção revela uma concepção original no que toca à obtenção de um novo efeito técnico, o modelo de utilidade corresponde a uma forma nova de produto conhecido que resulta em melhor utilização. Isso significa que, mesmo quando a invenção decorra da forma do produto, a ela não se reduz, abarcando possíveis variações dentro da mesma idéia inventiva (relação causa-efeito), ao passo que o modelo de utilidade não revela uma nova função, mas, apenas, melhor função, sendo sua proteção restrita à forma.

⁶¹ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Ob. cit.* p. 34-36.

⁶² Por todos: SOARES, José Carlos Tinoco. *Ob.cit.* p. 30-31.

⁶³ SILVEIRA, Newton. *Ob.cit* p. 6. Na realidade o autor se refere à noção de novidade, requisito necessário para se configurar uma invenção, uma vez que a originalidade é um requisito das obras protegidas pelo direito autoral.

⁶⁴ Idem. *Ibidem.* p. 6.

⁶⁵ Idem. *Ibidem.* p. 7.

Os modelos de utilidade são caracterizados como uma nova forma conferida a um objeto de uso prático, suscetível de aplicação industrial e que proporcione um aumento na capacidade de utilização.⁶⁶

Oportunamente, anote-se que a patente dos modelos de utilidade não se verifica em todos os países que adotam o mecanismo de patentes. O Brasil, a Alemanha, a China e o Japão são exemplos de países em que se protege o modelo de utilidade. Já nos Estados Unidos e Suíça tal proteção não existe.⁶⁷

O modelo de utilidade também deve atender aos mesmos requisitos de patenteabilidade das invenções, quais sejam, a novidade, o ato inventivo e a aplicação industrial.

Vejamos, ainda que sucintamente, cada um desses requisitos.

Inicialmente, cabe aqui definir o que seja estado de técnica, uma vez que o requisito de novidade, exigido para as invenções e modelos de utilidade, somente será atendido em razão de uma negativa: não pertencer ao estado de técnica. Nesse sentido está o disposto no artigo 11, da Lei 9.279/96: “Art. 11. A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica”.

Estado de técnica pode ser entendido como o conjunto de conhecimentos técnicos que foram publicados, ou seja, é a tecnologia conhecida. Uma vez difundido um conhecimento de aplicação técnica, isso passa a integrar o estado de técnica. Essa concepção é utilizada para que se considere a novidade como absoluta, que é o critério adotado pela legislação pátria. Dessa forma, qualquer idéia que já seja conhecida em regra não pode ser objeto de patente.⁶⁸

Os artigos 13 e 14, da Lei de Propriedade Industrial, definem a atividade inventiva para a invenção e para o modelo de utilidade, respectivamente, da seguinte

⁶⁶ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 26.

⁶⁷ SILVEIRA, Newton. *Ob. cit.* p. 26.

⁶⁸ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 124-125; SOARES, José Carlos Tinoco. *Ob.cit.* p. 35-37.

forma: “Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado de técnica. Art. 14. O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado de técnica”.

Como se vê, as definições não apresentam diferença substancial, daí se afirmar que o ato inventivo, tanto na invenção como no modelo de utilidade, não pode ser decorrência óbvia ou evidente do estado de técnica.⁶⁹

O ato inventivo resulta da atividade intelectual do inventor, representa uma solução ainda não conhecida e não encontrada na natureza. Por esse último aspecto difere da descoberta. Descobre-se o que já existe na natureza, inventa-se o que ainda não existia nela. O ato de criação é o que caracteriza a invenção, em oposição à idéia de descoberta.

José Carlos Tinoco SOARES⁷⁰ define assim a atividade inventiva:

A atividade inventiva de uma forma singela é a faculdade ou a virtude de ter idéia, de criar, de imaginar ou de desenvolver. Em se tratando de invenção é a virtude de idealizar algo até então inexistente e que possa ser empregado industrialmente. Ora, a invenção visa essencialmente resolver um problema de natureza industrial mercê, primeiro, de uma idéia básica que vem a ser o princípio daí originado por outros meios, processo ou aplicação de um sem número de melhoramentos, aperfeiçoamentos, modelos de função ou de forma.

A aplicação industrial ocorre quando o invento ou modelo de utilidade possa ser usado ou produzido em indústria de qualquer tipo. É o que disciplina o artigo 15 da Lei 9.279/96: “A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria”. Em outros termos, é passível de industrialização aquilo que poder ser produzido em série, repetidamente (patente de produto), ou usado de forma reiterada (patente de processo) na atividade industrial.

⁶⁹ SOARES, José Carlos Tinoco. *Ob.cit.* p. 40.

⁷⁰ Idem. *Ibidem.* p.39-40.

Em sentido semelhante, Gama CERQUEIRA define a aplicação industrial da seguinte forma: “utilização industrial só comporta um sentido, significando aquilo que pode ser objeto de exploração industrial ou que pode ser aplicado na indústria”.⁷¹

Em linhas gerais, o que foi visto até aqui compreende as noções mais básicas a respeito das patentes, cujo sistema normativo será visto na seqüência.

⁷¹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. II. T. I. parte II. p. 104-105.

1.3. SISTEMA NORMATIVO

O sistema normativo brasileiro sobre patentes é formado, principalmente, pelas disposições da Convenção de Paris e suas revisões, promulgada pelo Decreto n° 75.572, de 8 de abril de 1975, pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPs, promulgado pelo Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994, e pela Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996.

Tendo em conta que um dos escopos do presente trabalho é tratar dos fundamentos de criminalização das condutas que violam as patentes (ou da eventual legitimidade nessa postura político-criminal), é pertinente o exame, ainda que breve, das normas aplicáveis, as quais dão os contornos do tratamento estatal conferido à matéria. Ou seja, pretende-se identificar a postura que o nosso Estado adota frente às patentes. Este delineamento se dará pelo exame dos dispositivos que conferem os direitos do inventor e suas respectivas limitações.

1.3.1. Convenção de Paris de 1883

Os princípios gerais do sistema de patentes são dados pela Convenção de Paris, de 1883, a qual procurou uniformizar o tratamento da propriedade intelectual no âmbito internacional. Considerando que o Brasil é signatário de tal convenção, suas diretrizes se aplicam ao sistema de patentes pátrio.

O século XIX foi marcado por inúmeras invenções consideradas fundamentais, bem como por uma intensificação no comércio entre os países. Entretanto, cada país possuía o seu sistema de patentes, o que dificultava demasiadamente a obtenção de patentes no exterior. Cada nação possuía um critério de patenteabilidade, conforme a lei interna, não havendo qualquer uniformização no tratamento dado às patentes na comunidade internacional. Ainda, o tratamento dispensado à invenção estrangeira era

diferente daquele conferido aos inventos nacionais. As legislações adotavam um forte nacionalismo.⁷²

Em virtude desse contexto, os conflitos eram os mais variados, de forma que os inventores passaram a reclamar seus direitos nas cortes internacionais, invocando inicialmente os direitos do homem. Nesse ambiente, o setor empresarial e o jurídico passaram a reclamar um sistema internacional de patentes. Isso, dentre outros fatores, levou alguns países a realizar uma conferência, que tomou duas resoluções importantes: a proteção aos inventos deveria ser garantida por todos os países e a possibilidade de licença compulsória em casos de interesse público. A semente de uma Convenção Internacional estava plantada, e daí surgiu a Convenção de Paris de 1883.⁷³

A referida Convenção estabelece princípios gerais, deixando a critério dos países membros a legislação sobre o sistema de patentes, desde que não haja colisão com os referidos princípios da Convenção. Houve várias revisões da Convenção de Paris, sendo que a mais recente foi a revisão de Estocolmo, de 1967.

Esses princípios da Convenção de Paris se referem ao tratamento nacional, ao direito de prioridade, à independência das patentes e à licença obrigatória.

O tratamento nacional, considerado como o princípio fundamental⁷⁴ da Convenção de Paris, estabelece que, nos países signatários, o tratamento dispensado aos inventos nacionais deve ser igual ao tratamento dado aos inventos estrangeiros, independente de o sujeito que pleiteia a proteção se estabelecer ou não no país onde se quer patentear o invento.⁷⁵

Na lição de Newton SILVEIRA, "O princípio básico da Convenção é o da assimilação dos cidadãos dos países pertencentes à União, de modo que o cidadão de

⁷² DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 33

⁷³ *Idem.* Ibidem. p. 33.

⁷⁴ *Idem.* Ibidem. p. 37.

⁷⁵ Cf. artigo 2º, da Convenção de Paris.

um país obtém em outro direitos de propriedade industrial e os exercita em igualdade de condições com os nacionais daquele".⁷⁶

Esse princípio tem sido criticado desde que foi estabelecido, sendo seus maiores opositores os Estados Unidos, que nas diversas revisões da Convenção propuseram a substituição pelo princípio da reciprocidade, segundo o qual o titular do direito de patente gozaria, nos demais países da União, do mesmo tratamento que lhe conferisse a sua legislação pátria, e assim reciprocamente. Ou seja, o que definiria a lei a ser aplicada seria o país de origem do invento.⁷⁷

Essa proposição foi afastada porque permitiria uma série de acordos bilaterais entre os países, o que vai de encontro a um dos objetivos da Convenção de Paris, que é o tratamento internacional uniforme do direito de patentes.⁷⁸

Entretanto, os Estados Unidos impuseram pressões, em especial contra os países em desenvolvimento, para que os interesses daquele país prevalecessem, o que levou alguns autores desses países a tomarem posturas radicais contra o próprio mecanismo de patentes.⁷⁹

O direito de prioridade consiste na preferência que os inventores dos países signatários da Convenção têm, durante um certo prazo, contado a partir do depósito do pedido de patente, para registrar seu invento nos demais países da União.⁸⁰ Durante um ano, no caso das invenções e modelos de utilidade, o titular do pedido de patente pode fazer o pedido nos outros países, tendo preferência sobre eventuais pedidos de patente para inventos semelhantes efetuados dentro desse prazo.⁸¹

Nesse passo, vale ressaltar que o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes - PCT possibilita o depósito internacional do pedido de patente. Fazendo-se o depósito via PCT, é como se esse fosse efetuado simultaneamente perante todos os

⁷⁶ SILVEIRA, Newton. *Ob. cit.* p. 19.

⁷⁷ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 37-38.

⁷⁸ Idem. *Ibidem.* p. 38.

⁷⁹ Idem. *Ibidem.* p. 38.

⁸⁰ Cf artigo 4º, da Convenção de Paris

⁸¹ Esse prazo foi estipulado na Convenção de Haia, e mantido na Revisão de Estocolmo.

países signatários do referido Tratado.⁸² Note-se, porém, que cada país apreciará o pedido de forma independente, concedendo ou não a patente, conforme as suas respectivas normas vigentes.

As patentes concedidas nos mais diversos países são independentes, ou seja, a sua extinção, negativa, ou cancelamento em um país não implica a mesma consequência nos outros países. Esse princípio foi inserido na Revisão de Bruxelas.⁸³

O mecanismo da licença obrigatória representa uma garantia governamental para assegurar que a patente atenda a sua finalidade, que consiste na exploração do invento patenteado de forma a atender a uma necessidade.⁸⁴ Caso o detentor da patente não esteja atendendo à demanda, ou seja, se o invento ou modelo de utilidade esteja sendo explorado de forma insuficiente ou inadequada, poderá o Estado outorgar a licença de exploração a terceiros.⁸⁵

Tal mecanismo de licença compulsória, a despeito de ser uma previsão legal, de acordo com o direito industrial, por vezes é demagogicamente divulgado como “quebra de patentes”, como se o governo ao utilizá-lo estivesse virtuosamente colocando o interesse público acima do interesse privado. A licença compulsória é tão-somente a aplicação de uma norma de propriedade industrial.

As disposições da Convenção de Paris foram recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 75.572, de 08 de abril de 1975, possuindo força de lei federal interna.

A despeito de ser lei interna, os princípios contidos na Convenção de Paris também estão presentes na Lei 9.279/96, que disciplina a propriedade industrial no Brasil. Os princípios do tratamento nacional, do direito de prioridade, da independência das patentes e da licença compulsória, estão todos disciplinados mais minuciosamente na Lei de Propriedade Industrial.

⁸² DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 45.

⁸³ *Idem.* *Ibidem.* p. 40-41.

⁸⁴ *Idem.* *Ibidem.* p. 41-42.

⁸⁵ Cf. artigo 5º, da Revisão de Haia.

1.3.2. Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio - TRIPs

Além da Convenção de Paris, outro diploma internacional que veio a influenciar sensivelmente a atual legislação brasileira para patentes foi o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPs, que traz uma série de regras que deverão ser observadas pelos signatários em suas respectivas legislações. O referido acordo foi promulgado pelo Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Dentre as disposições do acordo, podemos citar que as mais relevantes para delinear o tratamento estatal da inovação tecnológica por meio das patentes, e que vieram a ser recepcionadas pela Lei de Propriedade Industrial são a respeito: do tempo de validade da patente; dos direitos decorrentes da patente; da matéria patenteável e não patenteável; e das exceções das proibições decorrentes do direito de patentes.

No que tange à vigência da patente de invenção, o artigo 33 do acordo estabelece que essa não poderá ser inferior a 20 anos contados da data do depósito.

Quanto aos direitos conferidos ao titular da patente, o acordo dispõe que a patente garantirá a exclusividade, ou seja, proíbe: a) que terceiros sem autorização do titular da patente produzam, usem, coloquem à venda, vendam ou importem o objeto da patente, sendo esse um produto, b) o uso de processo patenteado, ou que terceiros usem, coloquem à venda, vendam ou importem o produto desse processo, sem autorização do titular (artigo 28 do TRIPs).

A respeito da matéria patenteável ou não, o acordo traz os requisitos para se configurar invenção⁸⁶ (ato inventivo, novidade e aplicação industrial), além de facultar aos países membros a possibilidade de não conceder patente para invenções que atentem contra a ordem pública, moralidade, que prejudiquem a vida humana, animal ou vegetal, ou que causem prejuízos ao meio ambiente. Ainda, o acordo dispõe que

⁸⁶ O TRIPs não se refere aos modelos de utilidade, apenas à invenção.

podem não ser patenteáveis os métodos diagnósticos, cirúrgicos ou terapêuticos para o tratamento de seres humanos e animais, bem como plantas e animais. Sobre a não patenteabilidade de plantas e animais, excetuam-se microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, a não ser que os processos não sejam biológicos ou sejam microbiológicos. O acordo prevê também a proteção a variedades de plantas, seja por patentes ou por meio de um sistema próprio⁸⁷. Essa matéria está prevista no artigo 27 do acordo.

Cabe ressaltar que a Lei 9.279/96 restringe a possibilidade de patentes para microorganismos, permitindo somente a patente de microorganismos transgênicos.⁸⁸

O TRIPs, no artigo 30, também contempla a possibilidade de os países membros estabelecerem certas limitações ao direito de exclusividade do titular, desde que não prejudiquem de forma não razoável o uso normal da patente e o interesse do titular, levando-se em conta os interesses legítimos dos terceiros.

Dentre essas limitações, o artigo 31 prevê a possibilidade de concessão da licença compulsória de uso da patente, o que consiste precisamente numa limitação ao direito do titular levando-se em conta o interesse coletivo.

1.3.3. Lei nº 9.279/96 – Lei de propriedade industrial

A Lei de Propriedade Industrial disciplina as patentes em conformidade com os princípios contidos na Convenção de Paris e com as regras do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPs, ressaltando-se que a influência desse último é marcante.

Dos dispositivos da Lei em questão, examinaremos os que definem a proteção da inovação tecnológica pelas patentes, além das suas restrições, o que fornece subsídios para a compreensão do tratamento estatal conferido às patentes. Tal tratamento servirá de critério também para o exame da tutela criminal da matéria.

⁸⁷ A legislação brasileira adota sistema próprio, pela Lei dos Cultivares (Lei nº 9.456/97).

⁸⁸ Cf. artigo 18, III, da Lei de Propriedade Industrial.

Inicialmente, vejamos os direitos conferidos ao titular da patente.

Esses direitos estão disciplinados nos artigos 41 e seguintes da Lei 9.279/96, e dizem respeito principalmente à exclusividade que tem o criador do invento ou modelo de utilidade.

A extensão dessa exclusividade será determinada pelo teor da reivindicação da patente, com base no relatório descritivo e desenhos, conforme artigo 41 da referida lei. A parte do pedido de patente que corresponde às reivindicações é aquela em que estão descritos os pontos característicos do objeto da patente, e são esses elementos que delimitam sobre o que o titular tem exclusividade.

Quanto aos direitos conferidos ao titular, o artigo 42 da Lei de Propriedade Industrial estabelece que:

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente de processo patentado.

§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

§ 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

Esse dispositivo explicita o direito de propriedade e exclusividade que tem o titular da patente, atribuindo a ele o direito de impedir que terceiros não autorizados utilizem a idéia patentada, o objeto da patente.

Ainda quanto aos direitos decorrentes da proteção pela patente, a Lei 9.279/96, em seu artigo 44, prevê o direito de indenização para o titular da patente caso haja exploração indevida do objeto da patente. É igualmente indenizável o dano causado no período entre a publicação e a concessão da patente. Ou seja, a atividade de quem viola os direitos do titular da patente constitui ato ilícito, ensejando a indenização.

Basicamente, o inventor tem um direito de exclusividade que impede a utilização do objeto da patente por parte de terceiros não autorizados, sendo indenizável a violação de tal direito. Há, porém, determinadas limitações ao direito do

titular da patente, que vão desde duração da patente, abrangem o uso permitido por terceiros, e vão até a possibilidade de concessão de licença compulsória diante do mau uso da patente. Ainda, há uma limitação anterior que diz respeito à matéria patenteável.

A criação patenteável, aquela que é protegida pelo sistema de patentes, está regulada nos artigos 8º ao 15º, e 18º da Lei de Propriedade Industrial. Tais dispositivos tratam do que pode ser objeto de patente e de seus requisitos (ato inventivo, novidade e aplicação industrial, examinados anteriormente). Quanto à matéria que não é passível de obter patente, por não se considerar nem invenção nem modelo de utilidade, o artigo 10º da referida lei elenca os seguintes:

Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

I - descobertas, teorias científicas e métodos de matemáticos;

II - concepções puramente abstratas;

III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;

IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;

V - programas de computador em si;

VI - apresentação de informações;

VII - regras de jogo;

VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

O artigo 18 da lei também trata do que não pode ser patenteável:

Art. 18. Não são patenteáveis:

I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde pública;

II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas e animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Quanto à limitação temporal, a patente é um direito com vigência determinada, sendo o prazo de validade da patente de invenção correspondente a 20 anos e o da patente de modelo de utilidade a 15 anos, ambos contados a partir da data do depósito do pedido. Ainda, o prazo não poderá ser inferior a 10 anos para invenções e 7 anos para modelos de utilidade, contados da data da concessão, exceto no caso de o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) estar impedido de apreciar o pedido, seja por motivo judicial ou por força maior. É o que dispõe o artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial.

No que diz respeito às limitações ao direito de exclusividade do titular da patente pela autorização de uso para terceiros, disciplinadas no artigo 43 da Lei 9.279/96, pode-se mencionar os atos relacionados à pesquisa ou experimentais, à utilização privada sem caráter comercial⁸⁹, à preparação de medicamentos para casos individuais. O inciso IV do artigo prevê ainda que o produto patenteado ou obtido de processo patenteado poderá ser revendido por terceiros livremente, sem autorização do titular, caso tenha sido introduzido no mercado por este ou com o seu consentimento. Entretanto, caso o produto seja fabricado sem a autorização do titular, a sua inserção no mercado viola o seu direito.

É importante notar que esse dispositivo autoriza determinadas formas de utilização por terceiros do objeto da patente, independente de autorização do titular da patente, o que faz desses comportamentos condutas lícitas. Portanto, embora não haja previsão legal expressa, essas condutas, além de não serem indenizáveis, não implicam em crime contra as patentes, conforme veremos mais adiante.

Ainda se tratando da matéria pertinente às limitações ao direito de exclusividade do titular da patente, existe a possibilidade de concessão compulsória da licença. A licença é a forma de autorização para que terceiros possam utilizar o objeto da patente. Normalmente, ocorre mediante remuneração e com o consentimento do

⁸⁹ Neste caso, não há violação desde que o uso não autorizado não prejudique o interesse comercial do titular.

titular da patente, mas pode ocorrer sem o seu consentimento, nos casos previstos em lei.

A licença compulsória poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: (a) se o titular exercer o direito de forma abusiva ou praticar abuso de poder econômico; (b) se não houver exploração do objeto no território nacional por falta ou insuficiência de fabricação, ou falta de uso integral do processo patentado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, em que será permitida a importação; (c) se a comercialização não atender às necessidades do mercado; (d) se houver situação de dependência entre uma patente em relação à outra, e a patente dependente representar substancial progresso técnico em relação à anterior, e se não houver acordo entre os titulares de ambas; e (e) nos casos de emergência nacional ou interesse público declarados pelo Poder Executivo Federal que não puderem ser atendidos pelo titular da patente ou pelo licenciado.⁹⁰

Concedida a licença compulsória, essa será não exclusiva e será arbitrada a remuneração em favor do titular da patente.

1.3.4. Constituição da República

A Constituição da República disciplina o sistema de patentes e o incentivo ao desenvolvimento tecnológico em dois dispositivos. As regras estão no artigo 5º, inciso XXIX, e artigo 218:

Art. 5º. Inciso 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.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltará-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e

⁹⁰ Cf. artigo 68 e seguintes, da Lei de Propriedade Industrial.

tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Portanto, o direito de exclusividade conferido pela patente possui assento constitucional, relacionado entre os direitos e garantias fundamentais, tal a importância atribuída a essa figura jurídica.

O texto constitucional deixa claro ainda que o Estado brasileiro optou por uma política de incentivo ao desenvolvimento tecnológico⁹¹, por entender que o incremento tecnológico é benéfico para a coletividade. O incentivo à tecnologia é um princípio constitucional. Assim, podemos afirmar que o sistema de patentes é orientado por tal princípio, pois a norma constitucional prevê expressamente que a concessão de patentes se dá tendo como objetivo o desenvolvimento tecnológico.

No mesmo sentido está o artigo 2º, da Lei 9.279/96, dispondo que a proteção da propriedade industrial se dá considerando o desenvolvimento tecnológico do País.

Dos dispositivos constitucionais acerca da matéria, temos que o Estado Brasileiro optou por incentivar o desenvolvimento tecnológico, e que o sistema de patentes tem como escopo colaborar para tal objetivo.

O fato de a tecnologia integrar o rol de direitos e garantias fundamentais, bem como constituir objetivo do Estado na ordem social, será de grande importância para se determinar o bem jurídico tutelado nos crimes contra as patentes. Isto porque o mecanismo de patentes não se restringe a um direito que o particular tem sobre a criação, mas compreende também o interesse social no desenvolvimento tecnológico, fomentado-o, como veremos adiante.

⁹¹ Expressão dessa política é a Lei de Inovação (Lei 10.973/2004), que estabelece diversas medidas para o fomento da pesquisa científica e tecnológica voltada para o ambiente produtivo, em atenção aos artigos 218 e 219 da Constituição da República.

1.4. DIREITOS CONFERIDOS PELA PATENTE

Visto o tratamento jurídico dispensado às patentes, podemos esquematizar os direitos conferidos em três âmbitos: o direito temporário de exclusividade e as respectivas tutelas, cível e criminal, cabíveis diante da violação desse direito.

1.4.1. Direito temporário de exclusividade

Ao criar uma invenção ou modelo de utilidade, o autor da obra passa a ter sobre ela um direito, que consiste na possibilidade de obtenção do privilégio na sua utilização, que se dá mediante reconhecimento estatal. Para obter tal reconhecimento, o inventor deve fazer o pedido da patente ao INPI. A patente consiste no título que assegura o direito de exclusividade, é o documento pelo qual o Poder Público reconhece o direito do inventor. O direito que o inventor tem sobre a obra é reconhecido pela carta patente, daí geralmente se utilizar o termo patente como sinônimo do direito que ela declara.

Afirmou-se anteriormente que o direito reconhecido pela patente é um direito de propriedade (seção 1.2.3.). Pois bem, diferente dos bens materiais, a invenção não comporta o domínio físico que o proprietário pode ter sobre a coisa. A fórmula que permite o direito de propriedade do criador é o direito de exclusividade. O inventor não pode se apoderar fisicamente da idéia, da obra intelectual, mas pode impedir que terceiros a utilizem sem a sua permissão, salvo nas hipóteses previstas em lei. A expressão da propriedade que o criador tem sobre a obra é o direito de exclusividade.

O direito do inventor é temporário porque tem uma duração pré-estabelecida, definida em lei. Como visto, em nosso ordenamento jurídico o direito de exclusividade sobre a invenção dura 20 (vinte) anos e sobre o modelo de utilidade dura 15 (quinze) anos. Esses prazos são contados da data do depósito do pedido de patente, e depois da concessão não podem ser inferiores a 10 (dez) anos para os inventos e 7 (sete) anos

para os modelos de utilidade, salvo impedimento do INPI para apreciar o pedido de depósito.

Possuindo a patente, o criador do invento ou modelo de utilidade pode se valer da tutela jurídica para proteger o seu direito de exclusividade, sendo que essa tutela pode ser cível e/ou criminal.

Em princípio, só cabe ao inventor que tem a carta patente, que teve seu pedido concedido, pleitear indenização diante da violação do objeto da patente. A utilização indevida no período compreendido entre a publicação da patente e a sua concessão também é indenizável, mas será devida a partir do momento em que for concedida a patente. Ou seja, o direito de ação cabe ao titular da patente já concedida. No entanto, há entendimento no sentido de que a partir do depósito do pedido o inventor pode pretender obter indenização, desde que a utilização do objeto do pedido caracterize concorrência desleal.⁹²

Deve-se ressaltar, porém, que a utilização indevida por terceiros anterior à concessão da patente não pode servir à caracterização de crime contra as patentes, em razão do princípio da tipicidade, pois o tipo penal em questão é claro ao mencionar que a violação se dá sobre o objeto da patente, não cabendo interpretação extensiva ou análoga, como veremos adiante.

Portanto, podemos afirmar que a possibilidade de violação ao direito do inventor não é a mesma no âmbito cível e no criminal. A violação anterior à concessão da patente pode ser indenizável, mas não configura crime contra as patentes.

1.4.2. Tutela Cível

A patente, como foi definido anteriormente, consiste no direito de propriedade que o criador tem sobre a obra, direito esse que é temporário e consiste na exclusividade na exploração da invenção ou do modelo de utilidade. Tal direito possui,

⁹² SOARES, José Carlos Tinoco. *Ob.cit.* p. 89.

basicamente, duas medidas de âmbito cível para sua tutela: impedir a violação da patente por parte de terceiros ou indenizar o autor por tal violação.

É o que se depreende do teor dos artigos 42 e seguintes da Lei de Propriedade Industrial:

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

§ 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:

I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente;

II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas;

III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado;

IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento;

V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e

VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa;

VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40.

Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.

§ 1º Se o infrator obteve, por qualquer meio, conhecimento do conteúdo do pedido depositado, anteriormente à publicação, contar-se-á o período da exploração indevida para efeito da indenização a partir da data de início da exploração.

§ 2º Quando o objeto do pedido de patente se referir a material biológico, depositado na forma do parágrafo único do art. 24, o direito à indenização será somente conferido quando o material biológico se tiver tornado acessível ao público.

§ 3º O direito de obter indenização por exploração indevida, inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente, está limitado ao conteúdo do seu objeto, na forma do art. 41.

Salvo as exceções previstas no artigo 43, o titular da patente tem o direito de impedir a utilização do objeto da patente por parte de terceiros, o que pode ser feito mediante ação obrigacional. E caso ocorra a utilização indevida por terceiros, o titular da patente deve ser indenizado. Para tanto, tem o direito de manejar a ação cível cabível, a fim de obter a tutela jurisdicional aplicável.

1.4.3. Tutela criminal

Além das medidas no âmbito cível, a violação à patente autoriza o prejudicado a tomar medida no âmbito criminal, cabendo ao ofendido oferecer queixa contra o infrator, nos termos do artigo 199 da Lei de Propriedade Industrial.

Ou seja, tendo seu direito violado, cabe ao ofendido provocar a jurisdição penal para sancionar o infrator.

São crimes contra as patentes os previstos nos artigos 183, 184 e 185 da referida Lei:

Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou

II - usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou

II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 185. Fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 186. Os crimes deste Capítulo caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

Na hipótese de alguém incidir nas condutas descritas acima cometerá crime contra as patentes, cuja teoria será abordada de forma minuciosa mais adiante.

Em linhas gerais, o que foi exposto nos dois últimos capítulos dá os contornos da tutela conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à tecnologia pelo mecanismo das patentes, e na seqüência veremos com mais pormenores as funções que esse mecanismo desempenha, afirmando que o desenvolvimento tecnológico é uma delas.

1.5. FUNÇÕES DO SISTEMA DE PATENTES

Constatada a proteção à inovação tecnológica conferida pelas patentes, cabe o questionamento acerca de quem é beneficiado com tal proteção, e por que razão se concedem as patentes, ou, em outros termos, quem tem a ganhar com tal mecanismo.

Do ponto de vista imediato, tem-se que o particular é beneficiado na medida em que os direitos do titular da patente são protegidos. A exclusividade é basicamente a expressão dessa proteção. Portanto, uma razão de ordem eminentemente privada pode ser desde logo invocada.

Entretanto, invoca-se também um benefício coletivo na adoção de um sistema de patentes. Esse consiste no incentivo que as patentes representam para o desenvolvimento tecnológico, o que é do interesse da sociedade. Nisso consistiria uma razão de ordem eminentemente coletiva para se adotar um mecanismo de patentes.

O presente capítulo procura analisar esses benefícios, em especial o benefício coletivo na proteção à propriedade industrial como um fator de desenvolvimento tecnológico, para demonstrar que essa é uma função primordial do sistema de patentes.

1.5.1. Razões da proteção pela patente

A proteção à propriedade industrial por meio das patentes é um fato, e se questiona quais seriam as razões envolvidas no sistema das patentes.

Inicialmente, podemos identificar basicamente duas categorias de razões para justificar a utilização de um mecanismo de patentes: a razão de ordem preponderantemente privada ou particular e a razão de ordem preponderantemente pública ou coletiva. Essas razões não são puramente privadas ou públicas, mas pode-se dizer que ora prepondera a razão de uma ordem, ora de outra. A razão privada decorre dos benefícios concedidos ao titular da patente. A razão coletiva decorre de eventuais benefícios que a sociedade venha a obter com a proteção conferida pelas patentes.

Enfim, existem razões que pretendem justificar a adoção de um sistema de patentes, algumas ligadas ao interesse privado e outras ligadas ao interesse coletivo.

Segundo lecionam DI BLASI *et alii*, é possível apreciar as razões de adoção de um sistema de patentes sob quatro aspectos: razões de direito, razões de economia, razões de técnica e razões de desenvolvimento.⁹³ Dentre essas razões, pode-se considerar que as razões de direito e as de economia estão mais ligadas ao particular, e as razões de técnica e as de desenvolvimento estão mais ligadas ao benefício da coletividade.

Esses fundamentos, aliás, já eram invocados quando da concessão dos privilégios venezianos nos séculos XV e XVI.⁹⁴

As razões de direito dizem respeito ao direito de propriedade que o inventor possui sobre a sua obra. Ou seja, o criador possui uma relação de domínio sobre a sua criação. Conferir esse direito ao inventor possibilita que o mesmo possa se defender contra a apropriação indevida por parte de terceiros.⁹⁵

Que a patente traz benefícios ao seu titular é inquestionável. Com efeito, o direito de exclusividade conferido ao criador de uma invenção ou modelo de utilidade lhe permite obter um retorno financeiro, diante da exclusividade na exploração por um determinado período. Essa seria a razão econômica para se adotar um sistema de patentes. Considerando que a invenção traz um benefício para a sociedade, é justo que o inventor seja recompensado.⁹⁶

Essas duas primeiras razões apontadas para a adoção de um sistema de proteção aos inventos e aos modelos de utilidade possuem um caráter eminentemente privado, pois pretendem justificar a proteção dos direitos particulares do inventor. Com efeito, a ele interessa a possibilidade de proteção do seu direito, bem como a possibilidade de obter lucros com a sua criação.

⁹³ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 29.

⁹⁴ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Ob. cit.* p. 71.

⁹⁵ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 29.

⁹⁶ Idem. *Ibidem.* p. 30-31.

A razão de técnica consiste no incremento que a patente traz para o conjunto de conhecimentos técnicos. Isto porque a patente passa a integrar o estado de técnica, ou seja, amplia o conjunto de conhecimentos no campo da técnica. Ao se proteger a invenção pela patente, o inventor é incentivado a revelar o seu invento, que pode ser utilizado para a elaboração de outros tantos.⁹⁷

Por razões de desenvolvimento entende-se que a patente é um fator de desenvolvimento. Isto ocorre porque a proteção à patente seria um incentivo para que as empresas e indústrias invistam em um determinado país. Caso não houvesse tal proteção, os inventos e modelos de utilidade poderiam ser livremente copiados, o que inibiria os investimentos num país que não adotasse um sistema de patentes. Ainda, o fato de agregar conhecimentos ao estado de técnica também representa um fator de desenvolvimento tecnológico.⁹⁸

Essas razões levam a crer que, ao se proteger a patente, não só o titular da mesma é beneficiado, mas toda a sociedade. Isto porque a patente amplia o estado de técnica, representa um desenvolvimento tecnológico, além de incentivar o investimento na pesquisa tecnológica. Por tais razões, pode-se afirmar que a proteção conferida pela patente representa também um benefício coletivo.

Para DI BLASI *et alii*, a patente representa um mecanismo de retribuição dupla: recompensa o inventor pela sua atividade criativa e a sociedade com o benefício da utilização do objeto da patente.⁹⁹

Enfim, adotando-se as razões acima descritas, podemos resumir que a proteção pelo sistema de patentes ocorre basicamente por duas razões: para beneficiar o particular e para beneficiar também a coletividade.

Não obstante, há autores que defendem ser a patente um mecanismo de proteção e manutenção do poderio econômico e tecnológico das empresas multinacionais, beneficiando unicamente o particular. Argumentam que os maiores

⁹⁷ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 31.

⁹⁸ Idem. *Ibidem.* p. 31-32.

⁹⁹ Idem. *Ibidem.* p. 119.

beneficiados com a proteção das patentes são as grandes empresas, que possuem maiores condições de investir em pesquisa e com a proteção à tecnologia podem manter a sua hegemonia tecnológica. As multinacionais seriam as detentoras da tecnologia, e as patentes serviriam para manter esse domínio tecnológico.¹⁰⁰

Dessa forma, fica a seguinte questão: o sistema de patentes serve para privilegiar tão-somente o particular, notadamente para manter a hegemonia tecnológica das empresas multinacionais, ou serve para beneficiar tanto o particular como a coletividade, retribuindo o inventor e fomentando o desenvolvimento tecnológico?

Os que defendem a primeira hipótese se valem dos argumentos a seguir.

Alguns autores apontam para o fato de que a fabricação de um produto patenteado geralmente envolve métodos e processos que as empresas detentoras da tecnologia mantêm em segredo. Em outras palavras, para a fabricação de um produto patenteado ou implementação de um processo patenteado, pode ser necessário um conjunto secundário de tecnologia e assistência técnica, que são guardados em segredo pelos detentores do objeto da patente, mantendo-se o licenciado em situação de dependência tecnológica. De acordo com esse posicionamento, a descrição do invento ou modelo de utilidade não revela tudo que é necessário para a fabricação do produto ou aplicação do processo industrial, não revela a tecnologia industrial e a assistência técnica. Nesse sentido, PIMENTEL afirma que as multinacionais se valem de tal mecanismo para manter a indústria dos países em desenvolvimento numa situação de dependência tecnológica.¹⁰¹

Entretanto, essa questão é mais atinente à efetiva observância do que dispõe a Lei de Propriedade Industrial do que ao sistema por ela instituído. Isto porque a referida lei é clara ao afirmar que a invenção ou modelo de utilidade devem ser descritos de forma que um técnico no assunto possa realizá-los. Dessa forma não se permite que o detentor da patente mantenha em sigilo qualquer informação necessária

¹⁰⁰ Por todos: PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial: as funções do direito de patentes*.

¹⁰¹ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial: aspectos...* p. 55-58.

à industrialização do objeto da patente, pois uma das finalidades dessa é justamente fazer com que o conhecimento que ela envolve venha a integrar o estado de técnica, ou seja, que esse conhecimento possa ser assimilado e utilizado para impulsionar novas descobertas.

Ou seja, eventual reserva de informação necessária ao processo de obtenção do objeto da patente deve ser combatida, até porque é contrária ao atual sistema de patentes brasileiro, que privilegia a publicidade e a clareza do invento ou modelo de utilidade. Ademais, parece óbvio supor que diante da ausência do requisito de clareza exigido com a Lei de Propriedade Industrial, ou mesmo diante da ausência de um sistema de proteção de patentes, essa reserva de informações tecnológicas seria expediente ainda mais utilizado. Isto porque, sem haver a exigência da publicidade e da clareza, ou sem haver a proteção, na primeira hipótese quem detém a tecnologia não estaria obrigado a revelá-la para obter a proteção, e no segundo caso, sem proteção legal a tendência é se manter a tecnologia sob um sigilo mais rigoroso.¹⁰²

Outro argumento utilizado para reforçar a tese de que o sistema de patentes implica em um mecanismo de proteção para os detentores da tecnologia, é no sentido de que o mero transplante de tecnologia dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento acarreta dependência cultural e econômica. Isto porque as multinacionais não incentivam a pesquisa nas filiais dos países em desenvolvimento, em razão da conveniência da dependência tecnológica.¹⁰³

Em outras palavras, quem detém o poderio econômico possui mais condições de investir em pesquisa e conseqüentemente de obter mais tecnologia. Assim, a proteção das patentes serviria para proteger quem já detém a tecnologia.

Nesse sentido, na visão de PIMENTEL, o sistema de patentes tem servido muito mais como garantia de amortização de investimentos, de monopólio, ainda que

¹⁰² Isso porque o detentor da tecnologia não tem interesse em torná-la pública, pois a exclusividade na exploração do conhecimento lhe é benéfica, propicia lucros, e somente se dá a publicidade em troca da proteção conferida pela patente.

¹⁰³ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 61-62.

temporário, da tecnologia e para agigantar o poder econômico de quem detém os privilégios, do que para o bem da sociedade.¹⁰⁴

Embora possa ocorrer alguma reserva de tecnologia, objetivando o monopólio dos detentores da tecnologia, não parece razoável afirmar que isto ocorre em razão do sistema de patentes. Pelo contrário, caso não houvesse a proteção da patente, o quadro seria mais grave ainda. Com efeito, se mesmo com a possibilidade de proteção à tecnologia as grandes empresas mantêm uma parcela da tecnologia sob sigilo, é evidente que se não houvesse tal proteção o sigilo seria ainda maior, implicando em uma maior restrição de acesso dos países em desenvolvimento à tecnologia já criada.

Com efeito, o sistema de patentes protege quem detém a tecnologia, mas em troca de uma publicidade ampla. Em contrapartida, sem proteção, perde-se a publicidade, e a coletividade perde o acesso ao conhecimento tecnológico que continuaria sendo produzido, em tese, pelos que possuem mais recursos econômicos.

Dessa forma, verifica-se que o problema da dependência tecnológica não se deve de forma alguma ao sistema de patentes, mas ao contrário, este serve como um instrumento para propagar os conhecimentos técnicos, a incentivar o avanço tecnológico, seja dos países desenvolvidos ou dos países em desenvolvimento.

Quanto ao monopólio do conhecimento tecnológico, uma análise mais atenta sobre o sistema de patentes leva à conclusão de que o mesmo possui mecanismos suficientes para tornar o objeto da patente de conhecimento público. A clareza da descrição da invenção ou modelo de utilidade no pedido, o acervo de patentes nacionais e internacionais do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI, que pode ser livremente acessado, são exemplos da publicidade que se pretende dar às criações tecnológicas.

Finalmente, ressalte-se que o Estado possui mecanismos de controle sobre o abuso do direito de patentes, em especial pela concessão da licença compulsória, para que terceiros utilizem o objeto protegido pela patente em caso de mau uso deste. Ou

¹⁰⁴ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Ob. cit.* p. 183.

seja, caso se verifique a utilização indevida da patente, o Poder Público possui mecanismos próprios para sanar tal problema. Ainda, caso não seja suficiente a concessão da licença compulsória, pode haver a caducidade da patente, nos termos do artigo 80 da Lei de Propriedade Industrial.

Por todo o exposto, tem-se que o sistema de patentes serve para fomentar o desenvolvimento tecnológico, o que será analisado na próxima seção, e que possui mecanismos para coibir a reserva de conhecimentos e o abuso do direito por parte do titular.

1.5.2. A patente como fator de desenvolvimento tecnológico

Proteger as obras tecnológicas incentiva a criação de mais tecnologia. Essa idéia permeia a legislação da maioria dos países, bem como os tratados e acordos internacionais sobre a matéria. Não obstante tal fato, a literatura sobre o assunto é escassa.

Os poucos autores que tratam do tema procuram estudar qual o papel desempenhado pelo sistema de patentes no desenvolvimento tecnológico.

Como foi visto anteriormente, de acordo com a lição de DI BLASI *et alii*, uma das razões da proteção às invenções e modelos de utilidade é o desenvolvimento tecnológico. Isto porque as patentes são públicas, e se tornam acessíveis à coletividade. Com a publicação da patente, outros podem se utilizar dela para obtenção de novas tecnologias. Além disso, a proteção conferida ao inventor serve como incentivo para a criação de novas tecnologias.¹⁰⁵

No mesmo sentido está a doutrina de Robert SHERWOOD, ao afirmar que “a aquisição de tecnologia é auxiliada pragmaticamente, e não inibida, pela presença de uma proteção forte à propriedade intelectual”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ DI BLASI, Gabriel; SORENSEN, Mário; MENDES, Paulo Parente M. *Ob. cit.* p. 32.

¹⁰⁶ SHERWOOD, Robert. *Ob. cit.* p. 170.

Quanto a esse aspecto, é sabido que o conhecimento não se cria a partir do nada, mas é construído a partir do cabedal de conhecimentos já adquiridos pela sociedade. Dessa forma, considerando que a patente faz com que o seu objeto incremente esse conjunto de conhecimentos da sociedade, acaba por favorecer também as novas criações por ampliar o estado de técnica.

Em outras palavras, o estado de técnica serve de ponto de partida para a obtenção de qualquer invenção ou modelo de utilidade. Ampliando-se esse conjunto de conhecimentos, via de consequência também se amplia o horizonte da criação tecnológica.

Outro aspecto relevante das patentes diz respeito aos investimentos em pesquisa. Sem a sua proteção, inúmeras tecnologias novas não seriam criadas. Com efeito, muitas pesquisas somente se tornam atrativas para a iniciativa privada diante da possibilidade de obtenção de lucros com a criação tecnológica. Há pesquisas que demandam uma quantidade grande de recursos, e tal investimento só ocorre diante da possibilidade de compensação financeira. As empresas privadas objetivam o lucro, e não investiriam no desenvolvimento de novas invenções e modelos de utilidade sem que houvesse retorno financeiro.

Sob esse prisma, SHERWOOD¹⁰⁷ afirma que as empresas investem em tecnologia se confiam no sistema de proteção à propriedade intelectual. O autor leciona que:

Ao se refletir sobre este processo dinâmico, torna-se claro que um volume maior de recursos pode ser canalizado para atividades produtivas quando há confiança na proteção. E muito mais pode acontecer. Mais energia criativa é liberada na economia. O aumento esperado do crescimento econômico decorrente da introdução de tecnologia nova pode ter início. E a alta taxa de retorno social prevista começa a se fazer sentir.

Esse autor discorre sobre o quanto a proteção conferida pela propriedade intelectual pode influenciar o inventor a levar a termo a pesquisa e o desenvolvimento

¹⁰⁷ SHERWOOD, Robert. *Ob. cit.* p. 189.

do seu projeto. Conclui no sentido de que a possibilidade de compensação é o que propulsiona essa atividade.¹⁰⁸

Na doutrina nacional, podemos citar Fábio Konder COMPARATO¹⁰⁹ como um crítico da dependência tecnológica, mas que vê na prevalência da efetiva publicidade da invenção, com seu caráter formativo e instrutor, o princípio base para resolver as distorções na transferência tecnológica. É nesse sentido que afirma:

Desde os primórdios do direito industrial, sempre se considerou que o inventor tinha o múnus público de instruir os interessados na utilização da nova idéia de fabricação. (...)

Daí por que a publicidade obrigatória do invento depositado não constitui, tão-só, uma advertência aos terceiros, para que impugnem o depósito do pedido, ou se abstenham de utilizar a idéia do inventor, mas representa também a informação indispensável ao aperfeiçoamento do nível técnico da coletividade, no campo industrial do produto ou processo inventado.

Pois é essa função formadora e instrutora da coletividade que deve, doravante, ser posta em relevo, no regime jurídico dos privilégios industriais, e não o simples interesse na amortização de investimentos. Não que esta última consideração seja desprezível, mas ela deve subordinar-se à consecução do interesse maior da coletividade e, de qualquer modo, não precisa realizar-se, necessariamente, por via de uma garantia de mercado.

Dessa forma, verifica-se que a patente fomenta o desenvolvimento tecnológico na medida em que, ao ampliar o estado de técnica, propicia que a sociedade venha a receber mais tecnologia.

Além desse aspecto, a possibilidade de obter retorno financeiro incentiva a atividade inventiva, pois a exclusividade serve como um prêmio à dedicação do inventor na obtenção da nova tecnologia.

Pelas razões descritas acima, pode-se concluir que a proteção conferida pela patente, dentre outras funções, é um fator de desenvolvimento tecnológico.

¹⁰⁸ SHERWOOD, Robert. *Ob. cit.* 192-195.

¹⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres.* p.44.

2. FUNDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO ÀS PATENTES

Na doutrina penal o crime será definido sob três perspectivas: seus conceitos formal, material e analítico. Tais noções são complementares e dão os contornos do que seja a conduta punível.

Sob o prisma formal, temos que o crime será a conduta que o legislador considerar delituosa. Em outros termos, crime é aquilo que a lei prevê como tal. Essa definição não comporta qualquer dificuldade, bem como não explica muita coisa sobre o crime, uma vez que se resume à previsão legislativa para caracterizar uma conduta como delituosa. O legislador, enquanto representante popular, é quem seleciona as condutas que merecem ser sancionadas com medidas penais.

O critério que deve orientar a criminalização¹¹⁰ das condutas, ou os limites para tanto, seria dado pelo conceito material de crime. Ele procura delimitar quais as condutas possuem relevância para o direito penal e podem ser alçadas à categoria de crime. A idéia é encontrar as características presentes numa conduta que autorizem concebê-la como criminosa.

Como se pode ver, tal definição tem um caráter eminentemente pré-legislativo, de medida político-criminal. No entanto, como veremos adiante, pode-se invocar também uma função dogmática para o conceito material de crime a vincular não somente o legislador, mas os aplicadores do direito.

Já o conceito analítico decompõe o crime em seus elementos. A despeito de suas definições formal e material, o crime pode ser analiticamente examinado em suas partes constitutivas, a fim de dar operacionalidade à noção de crime. A doutrina não é pacífica ao identificar e relacionar esses elementos, sendo mais freqüentes as teorias tripartidas e as bipartidas.

¹¹⁰ O termo criminalização será aqui usado para designar o processo pelo qual uma determinada conduta presente na sociedade passa a ser um crime no sentido formal, o que ocorre pela atividade legislativa e seletiva que cria a lei penal. O que, por princípio, deve orientar essa atividade é o conteúdo material do crime.

A pesquisa em questão examina os crimes contra as patentes à luz tanto da definição material de crime como da definição analítica. O enfoque a partir do conceito formal não prescinde de maiores digressões, pois o disposto na Lei de Propriedade Industrial, prevendo os crimes contra as patentes, dá conta de afirmar a existência de tais crimes em sentido formal.

Considerando que o ponto de partida será o fundamento da criminalização das condutas lesivas às patentes, cuidaremos inicialmente de estudar tais condutas em relação ao conceito material de crime, e na parte seguinte veremos essa questão em referência ao conceito analítico de crime.

2.1. CONCEITOS DE CRIME

2.1.1. Formal

A atual legislação pátria não traz uma definição do que seja o crime, como outrora já ocorreu. O nosso Código Criminal de 1830, em seu artigo 2º, § 1º, previa que “julgar-se-á crime ou delito toda ação ou omissão contrária às leis penais”. Portanto, cabe à doutrina definir o que seja crime.

Na generalidade dos manuais de direito penal encontra-se uma definição formal de crime entendido como toda conduta proibida pela lei, sob a ameaça de aplicação da pena¹¹¹.

Em um sentido meramente formal, o crime é aquilo que o legislador entender como tal. Bastaria a definição legal para que um comportamento seja alçado à categoria de crime. Dizendo de outra forma, é a norma penal que torna determinadas condutas criminosas.

Os crimes contra as patentes estão previstos nos artigos 183 a 185 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), e, portanto, atendem ao requisito formal do conceito de delito.

A definição formal do crime atende à função de limitar a criminalização das condutas, que somente pode ocorrer pela via legislativa, e ao lado da tipicidade, representaria os limites do que é permitido ou proibido ao cidadão. Isso para atender ao comando constitucional que impõe a necessidade de lei para obrigar as condutas dos cidadãos (inciso II, artigo 5º, da Constituição da República).¹¹²

¹¹¹ Neste sentido: LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. T. I. p. 5; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. p. 175; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. p. 173; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. p. 189; dentre outros tantos.

¹¹² MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. p. 77-78, 89-90.

No entanto, tal concepção, formal, sem outras idéias que a complementem, não delimita a atividade legislativa de criminalização, o que decorre do conceito material do crime. Ou seja, enquanto o conceito formal estabelece que só há crime previsto em lei, o conceito material estabelece o que a lei pode considerar crime. Se o crime se limitasse ao seu aspecto formal, não haveria limites para o legislador selecionar as condutas e as tornar criminosas, a não ser o devido processo legislativo.

Daí a insuficiência apontada por Figueiredo DIAS nas concepções materiais, outrora dominantes, que redundam na legalidade. Essas definem o aspecto material do crime como aquilo que o ordenamento jurídico seleciona como relevante para o direito penal.¹¹³

A esse respeito Aníbal BRUNO afirma que “crime é todo fato que a lei proíbe sob ameaça de pena. Por meio de fórmulas desse gênero, estritamente jurídicas, sintéticas e formais é que se define geralmente o fato punível; por meio dessas ou de outras aproximadas, como aquela de CARMINGNANI, que ainda hoje se repete, dizendo-se que o crime é o fato humano contrário à lei”.¹¹⁴

Um exemplo de conceituação do crime que o restringe ao seu sentido formal pode ser visto em Muñoz CONDE, que afirma a necessidade de a concepção de crime partir do direito penal positivado, e que as definições não decorrentes do direito posto ficariam fora do âmbito do direito penal. Para o professor espanhol, tal conceito seria complementado somente pela definição dos elementos do crime.¹¹⁵

Definir somente o sentido formal do crime não elucida o seu significado. Nos dizeres de Luiz Alberto MACHADO, “o conceito formal (...) em decorrência da sua formulação claramente tautológica, a nada conduz. Pode ser, sem ofensa á verdade, reduzida a uma igualdade matemática: o crime é o crime”.¹¹⁶

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. p. 53-54.

¹¹⁴ BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 173.

¹¹⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. p. 1-5.

¹¹⁶ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 78.

Com efeito, identificar o conceito material de crime com o formal não acresce em nada para o entendimento do crime, nem delimita a atividade legislativa de criminalização, sendo necessária uma definição material que não se restrinja ao aspecto positivado do direito penal.

2.1.2. Material

O crime, enquanto objeto do direito penal, só existe quando previsto na norma penal, é uma categoria jurídica¹¹⁷.

No entanto, essa é uma das características do crime, que também possui um aspecto material. Esse compreende a essência do delito, aquilo que pode ser alçado à categoria de crime. Na lição de Luiz Alberto MACHADO, seria a “essência ontológica do delito, a fixação de limites legislativos à incriminação de condutas”.¹¹⁸

Discute-se na doutrina qual seria o conteúdo material do crime, havendo um número expressivo de entendimentos a respeito, mas pode-se afirmar que o conceito material de delito mais presente na doutrina contemporânea é o que entende o crime como ofensa (dano ou perigo) a bem jurídico penalmente relevante.¹¹⁹

A esse respeito, Aníbal BRUNO¹²⁰ leciona o seguinte:

As correntes que se opuseram ao critério do bem jurídico na definição do fato punível não conseguiram afinal removê-lo ou reduzi-lo a segundo plano. Na realidade, uma concepção do Direito Penal em concordância com a realidade faz dele um sistema de garantias e proteção de bens da vida do indivíduo ou da sociedade, que em razão da sua importância social, são assim elevados à categoria de bens jurídicos. Fora dessa concepção realista, o Direito Penal teria de recair nas antigas divagações de fins estranhos propriamente ao Direito, de natureza ética, ou de interesses políticos, uns e outros que são, enfim, os motivos influentes nestas novas concepções, ou então ficaria reduzido ao puramente formal.

¹¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 176.

¹¹⁸ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 78.

¹¹⁹ Podemos mencionar: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general* T. 1. p. 49-52; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 61-82; BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 175-176; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 329-333; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* p. 1-2.

¹²⁰ BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 175-176.

Comumente o bem jurídico será chamado de objeto jurídico do crime, o que não se confunde com o objeto material do crime ou objeto da ação. O objeto jurídico é o bem em abstrato atingido pela conduta criminosa, como a vida, a propriedade, a saúde. O objeto material é a pessoa ou coisa para a qual se dirige a ação delituosa, é o que suporta tal conduta.¹²¹

Em outros termos, o bem jurídico não se confunde com a pessoa ou objeto material ofendidos por um determinado crime, mas representa um bem em abstrato que é tutelado pelo direito penal. Num crime de homicídio a ação recai sobre uma determinada pessoa, que será objeto material do crime, mas o objeto jurídico do crime será o bem jurídico vida.

A finalidade de tal conceito também não é pacífica. Há os que advoguem uma função unicamente metodológica do conceito de bem jurídico (seria o fim da norma penal especial), que tem utilidade somente para a interpretação teleológica e para a classificação da parte especial. Nessa concepção, o bem jurídico seria posterior à norma penal, orientando sua interpretação e garantindo a punição somente diante de sua violação.¹²²

Tal entendimento, porém reduz o conceito material de delito a um mero acessório da interpretação teleológica, esvaziando a importância da definição, bem como pressupõe o bem jurídico da norma penal.

A idéia aqui adotada é de um conceito que sirva de padrão crítico acerca da legitimidade da criminalização, como critério limitador do poder punitivo do Estado, tal como defendido por ROXIN¹²³ e Figueiredo DIAS,¹²⁴ dentre outros. Enquanto padrão crítico, o bem jurídico é prévio à norma penal, constitui um limite ao processo de criminalização.

¹²¹ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 83-84; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. p. 47.

¹²² Em sentido semelhante, acentuando o caráter metodológico do bem jurídico: ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. p. 461-468.

¹²³ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 49 e ss.

¹²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 64.

Nessa esteira, a definição material de delito se vale necessariamente da Constituição, a fim de que possua um caráter vinculante, de integração do ordenamento jurídico vigente. Do contrário, ficaria um sabor única e exclusivamente pré-legislativo e de mera recomendação sugerida ao legislador.

Considerando que no presente estudo o conceito material de crime servirá de critério para fundamentação da criminalização da violação às patentes, é justamente uma definição vinculante, entendida como padrão crítico de legitimidade, que servirá a tal propósito.

Essa temática será abordada de forma mais detalhada no capítulo seguinte, que trata do conteúdo material da definição de crime.

2.1.3. Analítico

A decomposição do crime em partes tem como precursor CARMIGNANI (1833), que entendia o delito como o conjunto de uma força moral e uma força física. Esta seria a ação causadora do dano material e aquela a culpabilidade (vontade) e o dano moral causado pelo crime. Dessa concepção surge o sistema bipartido, definindo o crime como sendo composto de um elemento objetivo e outro subjetivo.¹²⁵

Depois da obra de Ernst von BELING¹²⁶, que introduziu a noção de tipicidade, é que o conceito analítico de crime passou a ser considerado como ação típica, antijurídica (ilícita) e culpável.¹²⁷

De forma sintética, FRAGOSO¹²⁸ define os elementos do crime nos seguintes termos:

Define-se, assim, o crime como ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. (...)
 Ação – atividade consciente dirigida a um fim.
 Omissão – abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar.
 Típica – corresponde a um tipo de delito, ou seja, a um modelo legal de fato punível.

¹²⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 177.

¹²⁶ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal.* p. 36-56.

¹²⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general.* p. 79.

¹²⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 178.

Antijurídica – contrária ao direito, por não existir qualquer permissão legal para a conduta (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

Culpável – juízo de reprovação que recai sobre a conduta ilícita de imputável que tem ou pode ter consciência da ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento conforme ao direito.

Aníbal BRUNO afirma que “O crime é, portanto, uma ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, donde o conceito analítico do crime como ação típica, antijurídica e culpável”.¹²⁹

Essa decomposição do delito em conduta dotada de tipicidade, ilicitude (antijuridicidade) e culpabilidade¹³⁰ é a que prevalece na doutrina, havendo algumas variações, sendo que podemos apontar como as principais os conceitos bipartidos e tripartidos de crime.

O crime decomposto em seus elementos, o que representa seu conceito operacional, será sempre um tipo de injusto culpável. O tipo de injusto compreende a conduta, a tipicidade e a ilicitude (antijuridicidade), enquanto a culpabilidade compreende a imputabilidade, o potencial conhecimento do ilícito e a exigibilidade de comportamento diverso. Diverge a doutrina a respeito do tipo de injusto. Para as teorias bipartidas, tipicidade e ilicitude seriam partes de um conceito único, que podem ser dissociadas apenas para fim de operacionalização. Já nas teorias tripartidas se entende que o tipo e a ilicitude atendem a funções político-criminais distintas, possuem uma autonomia operacional e conceitual.¹³¹

Há, ainda, parte da doutrina pátria que, invocando o finalismo, define o crime de forma bipartida, como uma conduta dotada de tipicidade e ilicitude (antijuridicidade), afirmando ser a culpabilidade pressuposto da pena e não elemento do crime. Isso porque a norma penal usa a terminologia ‘isenção de pena’ diante dos excludentes de culpabilidade.¹³² O entendimento aqui adotado, porém, é de que a

¹²⁹ BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 177.

¹³⁰ Há, ainda, as condições objetivas de punibilidade, que não constituem elementos do crime, mas são necessárias à aplicação da pena. Cf. MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 80.

¹³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 3-5.

¹³² Nesse sentido: JESUS, Damásio de. *Direito penal.* p. 455-457; DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral.* p. 336.

culpabilidade representa um elemento constitutivo do delito, até porque todo o crime representa um pressuposto da pena.¹³³

Contra a posição que entende a culpabilidade como pressuposto da pena, ainda se pode invocar o seguinte argumento. A norma penal estabelece uma conseqüência (pena – preceito imediato) para quem pratique a conduta ali descrita. Disso se obtém o preceito mediato, que é prescrever o comportamento contrário ao descrito na norma. Ao dizer que se matar alguém o sujeito deve receber uma pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, estabelece-se um preceito, que é não matar. A violação do preceito representa a conduta delituosa, que se caracteriza por ser punível. Pois bem, se não há pena, não há preceito, e logo não há crime. Em outras palavras, isentar a conduta de pena é o mesmo que afirmar a inocorrência de um crime.

Quanto à repartição do delito em seus elementos, demonstra-se mais lógica a postura que atribui unidade conceitual ao tipo de injusto.¹³⁴ De plano, descarta-se a terminologia ‘antijuridicidade’, pois o ato ilícito é um ato jurídico, porém valorado negativamente. A teoria geral do direito é precisa ao identificar o ato ilícito como um ato jurídico.¹³⁵ O que se pode afirmar é a existência de uma forma específica de injusto para cada ramo do direito. O injusto penal é a conduta típica. A norma penal, ao atribuir uma pena quando do cometimento de um crime, estabelece um preceito implícito. Quer-se o comportamento contrário ao descrito no tipo penal. A observância do preceito representa a licitude, e a sua inobservância representa a ilicitude. Em outras palavras, ao ser típica a conduta viola o preceito legal, representando um ilícito, daí se afirmar a unidade estrutural entre tipicidade e ilicitude.¹³⁶

Dentre as definições bipartidas de crime, podemos destacar a concepção de MEZGER a partir da teoria dos elementos negativos do tipo, a noção de ausência do

¹³³ Nesse sentido: MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 140; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 199-200.

¹³⁴ Até porque há crimes nos quais a ilicitude já está presente no tipo (o caráter injusto do mal no crime de ameaça), bem como outros em que não é possível haver causa de justificação (como no estupro e no atentado violento ao pudor). Cf. Idem. *Ibidem.* p. 4.

¹³⁵ A esse respeito: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.*

¹³⁶ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 118-122.

tipo material, de MACHADO, e o tipo de ilícito de Figueiredo DIAS e Eduardo CORREIA (este último fala em tipo de ilicitude).

Para MEZGER, o tipo dependeria de uma antijuridicidade anterior, a conduta somente seria típica se antes fosse antijurídica. Assim, as causas que excluíssem a antijuridicidade excluiriam também o tipo, daí se chamar essa construção de teoria dos elementos negativos do tipo. No entanto, a antijuridicidade (mais precisamente a ilicitude) se dá em razão da tipicidade, daí se afirmar que essa noção permite um círculo vicioso, pois a tipicidade daria a antijuridicidade e a antijuridicidade permitiria a existência da tipicidade. Acusando essa insuficiência, MACHADO vê nas causas de justificação a ausência do tipo material. Além de corresponder ao tipo formal, a conduta deveria compor materialmente o tipo, qual seja, não ser justificada.¹³⁷

Figueiredo DIAS, ao tratar de unicidade entre tipo e ilicitude, afirma que a tipicidade constitui os tipos-incriminadores, enquanto as causas de justificação constituem os tipos-justificadores. Ambos atendem a funções complementares para caracterizar o que ele chama de tipo de ilícito, unidade superior que engloba a tipicidade e as causas de justificação. Figueiredo DIAS afirma, ainda, a proeminência da ilicitude sobre o tipo, pois haveria uma certa anterioridade daquela.¹³⁸

Em sentido próximo, Eduardo CORREIA leciona que o tipo é o portador da ilicitude, a qual consiste na ofensa ao bem jurídico. Essa ofensa precisa de uma determinação em tipos penais.¹³⁹ Na visão de CORREIA as causas de justificação são elementos negativos do tipo penal, que ao lado da tipicidade vêm a compor o tipo de ilicitude.¹⁴⁰

Pois bem, a discussão acerca do que tem prioridade, se a tipicidade ou a ilicitude, guarda semelhanças com aquele velho dilema popular: quem veio antes, o ovo ou a galinha? Ora, se a ilicitude é dada pela tipicidade, e a tipicidade decorre da

¹³⁷ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 91, 118-122.

¹³⁸ DIAS, Jorge de Figueirde. *Ob. cit.* p. 218-223.

¹³⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. T. I. p. 273-276.

¹⁴⁰ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. T. II. p. 4.

ilicitude, permitimos o mesmo círculo vicioso acusado anteriormente. E afirmar que a ilicitude decorre da ofensa a um bem jurídico não resolve o problema, pois só a ofensa típica será ilícita. Somente a partir da norma penal (tipo) se pode atribuir ilicitude a uma conduta, ou seja, como afirmado anteriormente, o ilícito penal é um ilícito típico. O que se percebe com isso é justamente a impossibilidade de dissociação entre tipicidade e ilicitude no âmbito penal.

O importante é ter em conta que aquilo que usualmente se chama de ilicitude (ausência de causas de justificação: estado de necessidade, legítima defesa, etc.) não é a ilicitude propriamente dita. Ela decorre do tipo penal, e não da ausência de causas de justificação. Ainda, os chamados excludentes de ilicitude não são os únicos a afastarem a ilicitude. Veja-se, por exemplo, o erro sobre elementos do tipo. Parece mais preciso, por tal razão, chamar os preceitos permissivos (estado de necessidade, legítima defesa, etc.) de causas de justificação.

Enfim, valendo-se da noção que unifica o tipo e a ilicitude numa estrutura única, que é o tipo de injusto, as causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa, etc.) tornam a conduta atípica, pois o tipo de injusto não se completa, adiantando a inexistência do crime em relação às noções tripartidas de delito. Ou seja, além de representar uma construção mais lógica, a divisão bipartida do delito antecipa a exclusão do crime para o tipo diante da presença de causas de justificação.¹⁴¹

Diante das idéias expostas acima, poderia se arriscar uma definição bipartida do crime como sendo uma conduta típica e não justificada (tipo de injusto), além de culpável (culpabilidade). Adota-se nesta obra uma separação entre tipicidade e causas de justificação unicamente por razões didáticas e operacionais.

¹⁴¹ Podendo influir, inclusive, no juízo de tipicidade aparente, que ao lado das demais condições da ação penal enseja o seu processamento. Entendendo que o tipo de injusto é o critério da tipicidade aparente, Marco Aurélio Nunes da SILVEIRA entende que a ação penal pode ser obstada diante da presença de causa de justificação suficientemente caracterizada. Cf. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. P. 111-113.

2.2. CONTEÚDO MATERIAL DO CONCEITO DE CRIME

2.2.1. Perspectivas diversas à teoria do bem jurídico penal-constitucional

Há muito tempo vem a doutrina penal se ocupando de elaborar um conceito de crime que não se restrinja ao seu sentido formal (crime entendido como conduta proibida pela legislação penal).

Numa perspectiva formalista, que reduza a definição de crime ao seu sentido formal ou deduza o sentido material do crime do direito penal positivado, podemos identificar basicamente dois problemas: a) uma compreensão insuficiente do crime enquanto fenômeno jurídico-social e; b) a ausência de um critério a ser adotado pelo legislador ao criminalizar condutas. Embora no Estado moderno o crime seja uma categoria jurídica, não se pode olvidar que ele não se restringe ao aspecto legal, até porque ninguém duvidará da existência de condutas tidas como delituosas e passíveis de punição mesmo antes do direito positivado. Ou foram as codificações que criaram as condutas puníveis enquanto realidade social? Portanto, ver apenas o aspecto formal do crime ignora um sentido seu que está para além da legislação. Ainda, sem um conceito material de crime que seja limitador da atividade legislativa, estaríamos diante do absurdo representado pela ausência de critérios para que o legislador selecione as condutas tidas como criminosas.

Diante das insuficiências num conceito puramente formal de crime, podemos afirmar que a elaboração de um conceito material não se restringe ao academicismo, mas possui relevância prática.

E dentre os esforços para superar uma visão unicamente formal do crime, podemos mencionar o pioneirismo das concepções sociológicas de crime, de

inspiração positivista. Figueiredo DIAS aponta GAROFALO como precursor dessa linha teórica, que posteriormente também foi seguida por DURKHEIM.¹⁴²

GAROFALO definiu o crime como ofensa a sentimentos altruísticos fundamentais, que seriam a piedade (nos crimes contra as pessoas) e a proibidade (nos crimes contra o patrimônio). Haveria uma certa universalidade nessas condutas, que apresentariam uma danosidade social.¹⁴³

DURKHEIM concebeu o crime como uma ofensa à consciência coletiva. Essa forma de consciência seria formada pelo conjunto de crenças e sentimentos comuns existentes na média dos indivíduos. Não seria o que alguns crêem e sentem, mas o que a média dos indivíduos crê e sente. Isto forma algo que tem vida própria, independente das consciências individuais, e que embora se manifeste por meio dos indivíduos, existe para além deles. Assim é que haveria padrões de conduta gerais, que seriam os mesmos nos mais diversos ambientes sociais. Enfim, a consciência coletiva representa as similitudes sociais. Quando se ofende um desses sentimentos ou crenças, a reação social é a mais violenta: a pena.¹⁴⁴

Embora essas definições contribuam para o entendimento do crime além de seu aspecto formal, são muito amplas e imprecisas, e por esse motivo não há como servirem de padrão crítico para a atividade legislativa de criminalização, como bem assevera Figueiredo DIAS.¹⁴⁵

Ainda, pode-se afirmar que o universalismo pretendido por essas concepções não encontra respaldo diante da mutabilidade das condutas que são consideradas criminosas. Também a forma de entender o crime independente do seu aspecto jurídico é inadequada, pois no Estado moderno o crime é necessariamente criado pela lei. Finalmente, o crime não consiste em ofensa a sentimentos ou ao senso moral.¹⁴⁶

¹⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 56-57. Garofalo também é apontado por Aníbal Bruno como precursor deste tipo de concepção. BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 174.

¹⁴³ GAROFALO, R. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal.* p. 27 e ss.

¹⁴⁴ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social.* p. 39-83.

¹⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 58-59.

¹⁴⁶ Uma crítica nesse sentido pode ser vista em: BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 174.

Outra vertente de explicação material do crime é aquela que trata de um critério ético-social. Podemos verificar essa influência na obra de WELZEL, quando ele afirma que a “missão do direito penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade”¹⁴⁷ e também: “missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético-sociais”.¹⁴⁸ Ou seja, os bens jurídicos seriam protegidos em decorrência da proteção dada aos valores de ação ético-sociais.

Considerando que o direito penal somente atua depois que o bem jurídico foi ofendido, ele não o protegeu nessa ocasião. A proteção se daria enquanto afirmação de um valor de ação. Ao penalizar o homicídio o direito penal estaria afirmando o respeito à vida alheia (uma ação ético-socialmente adequada) e assim protegendo esse bem jurídico. O direito penal teria um caráter de promoção ética, ao afirmar a obediência a um dever geral de respeito aos valores ético-sociais. WELZEL faz tal distinção para acentuar que a conduta delituosa é antes de tudo um desvalor de ação, e não só de resultado, que consiste na ofensa ao bem jurídico.¹⁴⁹

Juarez TAVARES chama de visão ontológica essa conceituação de WELZEL, na medida em que essa obediência a um dever geral de respeito aos valores ético-sociais seria imanente à consciência de cada pessoa. Afirmar essa obediência representaria a função do direito penal. Nessa visão o bem jurídico fica em segundo plano, pois o direito penal, antes de tudo, promoveria formas de conduta desejáveis.¹⁵⁰

Tal concepção deve ser vista com uma ressalva. Somente pode ser entendida como o mínimo ético tutelado pelo direito, de que falava JELLINEK. Do contrário

¹⁴⁷ Tradução livre do espanhol: “*Misión del Derecho Penal es proteger los valores elementales da la vida en comunidad*”. WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 11.

¹⁴⁸ Tradução livre do espanhol: “*Misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales*”. *Idem. Ibidem.* p. 16.

¹⁴⁹ *Idem. Ibidem.* 13-17.

¹⁵⁰ TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal.* p. 32.

seria uma definição inadequada, pois remeteria ao direito penal a função de tutelar a ética.¹⁵¹

Numa sociedade plural e democrática e na qual se deve respeitar a liberdade e a individualidade, como pretende ser a nossa, é inviável qualquer tentativa de estabelecer uma ética que se imponha a todos, ou mesmo uma moral objetiva. Há um pluralismo ético-social e moral que deve ser respeitado, por uma exigência democrática. Portanto, não cabe ao direito penal pretender estabelecer algo que vai de encontro aos princípios liberais e democráticos que pretende garantir.¹⁵²

Ademais, os valores éticos não coincidem com os valores protegidos pelo direito penal, dado o caráter fragmentário deste em oposição à amplitude valorativa daqueles. Um direito penal que pretenda tutelar a ética será hipertrofiado, e não subsidiário.¹⁵³

Fazendo coro à Figueiredo DIAS, relembramos a advertência feita por São Tomás de AQUINO, quando alerta o legislador para que não se deixe seduzir pela tentação de tutelar com o direito penal as violações à moral objetiva.¹⁵⁴

Ainda, não se pode ignorar que os valores refletidos nas normas penais podem pretender uma certa universalidade, mas serão expressões dos valores de uma sociedade em específico, num determinado momento histórico, e nesse aspecto Juarez Cirino dos SANTOS e Nilo BATISTA afirmam que os valores protegidos pelo direito penal serão os da classe dominante.¹⁵⁵

Como assevera FRAGOSO, “É evidente que os interesses que o direito tutela correspondem sempre às exigências da cultura de determinada época e de determinado

¹⁵¹ Uma concepção de direito penal que pretende tutelar a ética pode ser vista em: MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. II. p. 21-23. Este autor afirma que se pretende com o direito penal preservar valores éticos fundamentais impostos pelo bem comum, como condição necessária de elevação moral da existência coletiva.

¹⁵² Uma crítica nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 59-61.

¹⁵³ *Idem.* *Ibidem.* p. 60-61.

¹⁵⁴ *Idem.* *Ibidem.* p. 61.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. p. 23; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. p. 115-116.

povo”.¹⁵⁶ A teoria marxista acrescentaria a essa idéia o fato de que tais exigências são as da classe dominante.

Uma crítica pertinente a esse caráter ético-social pode ser vista na obra de Juarez TAVARES¹⁵⁷:

Ao lado da inconstância do processo de descobrimento desses valores ético-sociais, não muito claramente definidos, o direito penal pode ser usado, conforme o destino político que se dê à incriminação, como um instrumento ideológico muito perigoso. Basta que se imprima aos valores ético-sociais conteúdos semelhantes ao são sentimento do povo, ou a consciência coletiva, ou a vontade geral da nação, ou a moral pública, para que se instaure um regime de terror, sem fronteiras e ontologicamente legitimado.

É importante notar o seguinte. Seja pelo viés marxista, ao ver na norma penal os valores éticos da classe dominante, seja pelo viés liberal-democrático, que pressupõe a diversidade de valores éticos na sociedade e a liberdade na sua escolha, uma concepção de tutela penal da ética é de todo inviável.

Essas concepções não lograram êxito em definir o crime materialmente. A linha teórica mais aceita para identificar o sentido material do crime é aquela orientada pelo critério do bem jurídico.

2.2.2. Bem jurídico penal-constitucional como conteúdo material de crime

Diante da finalidade atribuída ao direito penal que é a tutela subsidiária de bens jurídicos, o conteúdo material do crime é visto como uma ofensa (dano ou perigo) a um bem jurídico.¹⁵⁸

¹⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 4.

¹⁵⁷ Tradução livre do espanhol: “*Al lado de la inconstancia del proceso de descubrimiento de esos valores ético sociales, no muy claramente definidos, el Derecho penal puede ser usado, conforme el destino político que se le dé a la incriminación, como un instrumento ideológico muy peligroso. Basta que se le imprima a los valores ético sociales contenidos semejantes al sano sentimiento del pueblo, o a la conciencia colectiva, o a la voluntad general de la Nación, o a la moral pública, para que se instaure un régimen de terror, sin fronteras y ontológicamente legitimado*”. TAVARES, Juarez E. X. *Ob. cit.* p. 33.

¹⁵⁸ Trataremos aqui da finalidade pretendida pelo direito penal, ainda que outras possam se identificar. A título de exemplo, podemos mencionar as teorias marxistas que vêm no direito penal um instrumento de dominação de classes. Cf. BATISTA, Nilo. *Ob. cit.* p. 116.

Antes de tratar do bem jurídico penal-constitucional propriamente, algumas considerações prévias são pertinentes.

Pois bem, essa função do direito penal, de tutelar bens jurídicos penais, deve ser vista como exigência de um Estado de direito que preze a liberdade individual. Somente para tutelar os bens mais fundamentais (os bens jurídicos penais) é que deve intervir o aparato punitivo estatal, em respeito à liberdade de seus cidadãos. Sem essa orientação, o argumento do bem jurídico pode servir perfeitamente à ampliação do poder punitivo, o que não raro ocorre.

Ainda, não se adota aqui a noção de proteção ao bem jurídico, pois como bem assevera WELZEL, o direito penal intervém sempre depois que a ofensa já ocorreu.¹⁵⁹ O termo tutela é usado por ser mais amplo, não se vinculando a uma forma determinada de tratamento jurídico. Até porque afirmar que o direito penal protege o bem jurídico tem um traço de pena como instrumento preventivo, e a discussão acerca do caráter preventivo ou retributivo da pena não será aqui abordada.

Por oportuno, em relação a essa questão, BARATTA discorre com acerto sobre a crise da qual padece o caráter instrumental da pena, entendido como prevenção do crime (pretensão de redução da criminalidade). Há uma tendência de retorno ao retributivismo ou uma acentuação do caráter simbólico do direito penal.¹⁶⁰ Note-se que esse caráter simbólico, embora seja tratado como prevenção geral positiva (reforçar a validade das normas), não é uma forma de prevenção propriamente dita, mas em tese viria a reforçar os valores contidos nas normas penais, mesmo para aqueles que nunca venham a cometer delitos. Em outras palavras, pode-se dizer que a prevenção geral positiva não é inibição do crime, mas o reforço dos valores expressos na norma.

¹⁵⁹ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 13.

¹⁶⁰ Diante da ausência de efetividade preventiva da pena, pois ela não reduz os índices de criminalidade, na Europa se tende a afirmar o caráter simbólico da pena (prevenção geral positiva), para atender às expectativas de segurança. Nos Estados Unidos essa mesma situação reforça as teorias retributivas. BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista brasileira de ciências criminais. p. 17-23.

Feitas essas advertências, passemos a definição do bem jurídico penal-constitucional.

O crime em seu sentido material será sempre um comportamento humano que é reprimido pela sociedade, mediante punição. Na realidade, o sentido material do crime quer identificar o que pode ser considerado como tal, ou, mais precisamente, o critério da criminalização. Cada sociedade, em determinado momento histórico, condenará determinadas condutas, o que fará de acordo com determinados critérios. De plano nota-se que o critério representa principalmente um limite, ou pelo menos uma pretensão limitadora. No Estado de direito o critério que pretende ser utilizado é o bem jurídico. Afirma-se que somente as condutas que ofendam um bem jurídico e necessitem da tutela penal podem ser alçadas à categoria de crime.

BIRNBAUM é considerado o criador do conceito de bem jurídico.¹⁶¹ Tratando dos antecedentes históricos da noção de bem jurídico, Juarez TAVARES afirma que FEUERBACH, ao definir materialmente o crime como lesão a um direito subjetivo, já procurava estabelecer uma limitação ao poder punitivo do Estado. Já BIRNBAUM, refutando essa concepção, deduziu os bens jurídicos das normas positivadas, o que não confere qualquer caráter limitador ao conceito de bem jurídico.¹⁶²

É fato que a noção de bem jurídico vem sendo utilizada pela maior parte da doutrina para definir o crime em seu sentido material, como vimos anteriormente. Porém, o que vem a ser bem jurídico e quando a sua ofensa será relevante para o direito penal é uma questão que apresenta uma grande variação de pontos de vista.

A esse respeito, Luiz Regis PRADO afirma que “Apesar de o postulado de que o delito lesa ou ameaça de lesão os bens jurídicos ter a concordância quase total e pacífica dos doutrinadores, o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico, onde reina grande controvérsia”.¹⁶³

¹⁶¹ Cf. ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 55.

¹⁶² TAVARES, Juarez E. X. *Ob. cit.* p. 17-21.

¹⁶³ PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.* p. 41.

É usual na doutrina definir o bem jurídico como sendo estados, interesses ou valores considerados relevantes pela sociedade, e que diante dessa importância são protegidos juridicamente. Em outros termos, seriam determinados bens ou valores que, por sua importância para a vida em sociedade, gozam de tutela jurídico-penal. No entanto, é corriqueiro que não se procure precisar o que (ou quem) define o grau de relevância desses bens da sociedade para que sejam considerados bens jurídicos.¹⁶⁴

Na idéia de que são os bens mais importantes para a vida em sociedade que constituem o bem jurídico temos uma amplitude que permite incluir praticamente qualquer valor nessa noção. Sem que haja um critério de atribuição de relevância, fica ao arbítrio do legislador estabelecê-la, o que redundaria no conceito formal de crime. Ou seja, uma explicação desse tipo não contribui para identificar quais circunstâncias sociais podem ser elevadas a categoria de bens jurídicos.

Levando-se em conta que pretendemos delinear um conceito material de crime que seja critério de avaliação de legitimidade para a criminalização, é de um bem jurídico previamente identificável e limitador que nos ocuparemos aqui. Tomando como referência os bens que a Constituição valora como fundamentais para a vida em sociedade, definiremos o bem jurídico como um critério derivado da ordem constitucional.

A esse respeito, é pertinente a seguinte lição de Juarez TAVARES¹⁶⁵:

Como todo conceito, o de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto na medida em que corresponda a seus fins limitadores e não só a propósitos punitivos. Daí a necessidade da sua formulação dentro de um sentido de linguagem que expresse, em sua própria origem e elaboração, os contornos exatos das 'zonas' de intervenção do Estado, a partir da crítica dessa mesma intervenção, sobre os pressupostos de sua legitimidade.

¹⁶⁴ Por todos: LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal*. T. I. p. 139-146; WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 15; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. Vol. I. p. 96-97.

¹⁶⁵ Tradução livre do espanhol: “*Como todo concepto, el de bien jurídico sólo puede servir a una auténtica teoría democrática del injusto, en la medida en que corresponda a sus fines limitativos y no solo a propósitos punitivos. De ahí la necesidad de su formulación dentro de un sentido de lenguaje que exprese, en su propio origen y elaboración, los contornos exactos de las ‘zonas’ de intervención del Estado, a partir de la crítica de esa misma intervención, sobre los presupuestos de su legitimidad*”. TAVARES, Juarez E. X. *Ob. cit.* p. 20-21.

Ainda, considerando que nos valeremos da noção de bem jurídico como conceito vinculante, como limitador da atividade punitiva estatal, rejeita-se outras formas de conceituação que atribuem apenas um caráter metodológico ao bem jurídico.

Refutando essas concepções metodológicas, ROXIN¹⁶⁶ leciona que:

Dito conceito só segue tendo uma função como meio de interpretação teleológica (“segundo o bem jurídico protegido”) e para a estruturação sistemática da Parte especial, mas político-criminalmente carece de importância. Pois bem, o abandono de um conceito político-criminal em favor de um conceito puramente hermenêutico de bem jurídico seria insatisfatório: pois por um lado tal formação conceitual não leva mais além do princípio, de todo modo conhecido, da interpretação teleológica; e por outro lado os problemas materiais por trás da discussão político-criminal justificam prosseguir nos esforços para obter um conceito de bem jurídico expressivo em seu conteúdo e limitador do direito penal.

Enfim, a definição material de crime aqui utilizada tem como parâmetro um critério de identificação do bem jurídico, e vê nesse um padrão crítico de legitimidade da atividade legislativa que criminaliza condutas.

ROXIN, partindo do que entende ser a função do direito penal (proteção subsidiária de bens jurídicos), define que o bem jurídico é uma circunstância dada ou uma finalidade, as quais são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento, ou então para o funcionamento do sistema social fundado nesse cânone.¹⁶⁷ Tal concepção é derivada de um Estado de direito baseado na liberdade do indivíduo, e obtida dos

¹⁶⁶ Tradução livre do espanhol: “*Dicho concepto sólo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica (“según el bien jurídico protegido”) y para la estructuración de la Parte especial, pero políticocriminalmente carece de importancia. Ahora bien, el abandono de un concepto políticocriminal en favor de un concepto puramente hermenéutico de bien jurídico sería insatisfactorio: pues por una parte tal formación conceptual no lleva más allá del principio, de todos modos perfectamente conocido, de la interpretación teleológica; y por otra parte los problemas materiales que hay tras la discusión políticocriminal justifican proseguir los esfuerzos por lograr un concepto de bien jurídico expresivo en su contenido y limitador del Derecho penal*”. ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 55.

¹⁶⁷ Definição extraída do texto em espanhol: “*los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”. Idem. *Ibidem.* p. 56.

preceitos constitucionais, pois esses representam a única limitação prévia para o legislador.¹⁶⁸

Nessa visão, o critério do bem jurídico é dado ao legislador, sendo, portanto, prévio à norma penal. E mais, considerando que o bem jurídico é derivado da Constituição, ele possui um caráter vinculante, limitando a criminalização às condutas que ofendam algum bem jurídico constitucional. Somente aqueles valores que estão presentes nos princípios constitucionais é que serão considerados bens jurídicos, o que afasta as tipificações arbitrárias, as finalidades puramente ideológicas e as meras imoralidades do âmbito penal.¹⁶⁹

A esse respeito, Figueiredo DIAS afirma que o bem jurídico deve funcionar em referência aos preceitos constitucionais, explícitos ou implícitos. Somente aqueles bens jurídicos que encontram respaldo na Constituição (são pré-existentes ao ordenamento jurídico-penal) podem ser considerados dignos de relevância penal.¹⁷⁰

No mesmo sentido vão as concepções de Juarez TAVARES e Luiz Regis PRADO, que vêm a Constituição como referência dos bens jurídicos e daí afirmam a viabilidade de um conceito limitador de bem jurídico em conformidade com as liberdades e garantias individuais e com o Estado democrático.¹⁷¹

Os bens ou valores que podem ser considerados fundamentais num determinado ordenamento jurídico são aqueles que integram a Constituição. Essa contém os princípios fundantes do Estado, orientando todo o seu sistema de normas. Daí se afirmar que os bens jurídicos somente podem derivar da ordem constitucional, pois invocam justamente esse caráter fundamental. Esses bens que são fundamentais, constitucionais, e por isso jurídicos, podem ser eminentemente individuais (vida,

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 55-56.

¹⁶⁹ Idem. *Ibidem.* p. 56-57, 63.

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 66-67.

¹⁷¹ TAVARES, Juarez E. X. *Ob. cit.* p. 38-44; e PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.* p. 63-86.

liberdade, propriedade, etc.) ou coletivos (incolumidade pública, meio ambiente, paz pública, etc.).¹⁷²

Esse caráter constitucional é o que permite atribuir ao bem jurídico um caráter vinculante e conseqüentemente uma função limitadora da atividade legislativa, pois um critério que fosse totalmente meta-jurídico não teria êxito nessa tarefa.

Certo é que os valores e princípios expressos na Constituição decorrem antes de uma postura política (que é uma opção valorativa). No Estado moderno, ela consiste nos valores de liberdade e democracia, dentre outros. A nossa Constituição da República, ao trazer em seu preâmbulo objetivos como liberdade, igualdade, justiça, solidariedade, bem como ao descrever os direitos fundamentais, revela a postura política que o nosso Estado pretende adotar. Porém, essa postura em si não pode definir o que seja crime em seu sentido material.

É somente na expressão jurídica dessa postura que encontramos o respaldo para um conceito material de crime que seja vinculante. Em outras palavras, os bens jurídicos presentes na Constituição da República são a expressão jurídica de uma orientação política, e é dessa expressão, e não dos valores propriamente ditos, que deduzimos quais são os bens jurídicos dignos de tutela penal.

Vemos, portanto, um duplo significado na Constituição como norte da definição material de crime: a) limita o poder punitivo ao mínimo necessário, por uma exigência liberal; e b) prescreve o que é esse mínimo necessário, em termos de bens jurídicos.

Pode-se dizer que uma concepção de bem jurídico derivada da Constituição aparenta ser formal, pois apesar de não se restringir às normas penais ainda assim decorre do direito posto. Essa aparência se dissipa ao encarmos a Constituição como

¹⁷² A respeito das classificações dos bens jurídicos, Juarez TAVARES alerta para a aleatoriedade de critérios utilizados pelos autores. Ainda, assevera que a classificação entre bens jurídicos individuais e coletivos pode levar à confusão entre bem jurídico e função. Enquanto este é um valor em si, aquela possui valor em relação a alguma coisa (geralmente diz respeito à atividade estatal de controle, como o controle do trânsito, ou o interesse fiscal do Estado). Somente os bens jurídicos poderiam ser objeto jurídico de crime e não as funções. TAVARES, Juarez E. X. *Ob. cit.* p. 47-49, 53 e ss.

expressão da postura política de uma determinada sociedade, e o crime como sendo uma conduta que contraste com essa opção. Fala-se em postura política porque ela necessariamente é uma escolha valorativa, uma opção tomada. Ainda que tal realidade seja bem mais complexa, pode-se dizer que a Carta Constitucional pretende ser a escolha valorativa de uma dada sociedade.

Em outras palavras, ainda que os bens jurídicos sejam uma escolha valorativa, sendo seu fundamento anterior à própria Constituição, é somente a expressão jurídica dessa escolha valorativa que representa limites ao poder punitivo do Estado.

Se corre o risco de redundar no direito positivado, ao mesmo tempo essa concepção tem o mérito de contribuir para um direito penal liberal e democrático, fundado em garantias para o indivíduo e para a sociedade.

2.2.3. O caráter subsidiário do direito penal

Não é toda e qualquer lesão a um bem jurídico que representa um crime. O inadimplemento de uma obrigação pode resultar em lesão a um bem jurídico (patrimônio), sem que com isso a conduta seja delituosa. Tampouco será a gravidade da lesão que justifica a criminalização. Tomando-se ainda a inadimplência, ela pode lesar o patrimônio de forma mais gravosa que um furto, mas não será punível pelo direito penal. O que vai delimitar quais as lesões aos bens jurídicos serão relevantes para o direito penal é o seu caráter subsidiário. Além de identificarmos um bem jurídico ofendido pela conduta, é necessário um critério a mais para que se justifique a intervenção do direito penal.

Encontrar algum bem jurídico ofendido diante de uma conduta qualquer não é algo raro. Com efeito, diante de um grande número de condutas ilícitas podemos vislumbrar algum bem jurídico ofendido. Daí a necessidade da noção de subsidiariedade para identificar quais as ofensas a um bem jurídico são dignas de tutela penal.

O que orienta a subsidiariedade do direito penal é a idéia de que ele deve atuar como *ultima ratio* do sistema, ou seja, somente quando não for suficiente a tutela por outro ramo do direito. Havendo algum mecanismo não penal para tutelar a ofensa ao bem jurídico, deve-se evitar a tutela penal, diante da sua gravosidade.¹⁷³

Somente quando a tutela penal se revele necessária é que deve o direito penal intervir. Tal exigência é imposição do próprio princípio da proporcionalidade, decorrente do Estado de direito. Sendo o direito penal o meio mais gravoso de intervenção na sociedade, somente quando outros meios menos gravosos não se mostrarem suficientes é que se justifica a criminalização.¹⁷⁴

Tratando do princípio da intervenção mínima do direito penal, Luiz Regis PRADO¹⁷⁵ leciona o seguinte:

Por sua vez, o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma. Aparece ele como uma orientação de Política Criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito.

No mesmo sentido está a doutrina de Cezar Roberto BITENCOURT¹⁷⁶, afirmando que:

O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Correlato ao princípio da intervenção mínima está a noção de que o direito penal possui um caráter fragmentário, pois não são todas as ofensas a bens jurídicos

¹⁷³ A esse respeito: ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 65; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 78-79.

¹⁷⁴ Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 65-66; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 78.

¹⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.* p. 56-57.

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.* p. 11.

que lhe são tuteláveis. Somente diante das ofensas que sejam consideradas socialmente intoleráveis é que deve intervir o direito penal.¹⁷⁷

Pode-se dizer que o caráter subsidiário do direito penal se expressa nos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

É justamente o caráter subsidiário do direito penal que permite a afirmação de que o legislador não está obrigado a tutelar criminalmente os bens jurídicos constitucionais, salvo determinação expressa do texto constitucional nesse sentido (como, por exemplo, a imposição constante no artigo 5º, XLII, da Constituição da República, prevendo a criminalização do racismo).¹⁷⁸

Enfim, o que deve orientar a tutela penal é a sua necessidade. Quando houver qualquer outro meio não-penal, menos grave, para tutelar uma dada circunstância com possibilidade de êxito, deve-se evitar a criminalização, o uso da tutela penal.

Nesse ponto temos a parte mais imprecisa do conceito, o que permite uma grande margem de liberdade ao legislador criminal. Isso porque não há como precisar, sem uma margem grande de dúvida, até que ponto outro ramo do ordenamento pode ser considerado suficiente na sua tutela, a justificar ou não a intervenção do direito penal.

Nesse sentido ROXIN leciona o seguinte: “diferente do que ocorre na questão da proteção dos bens jurídicos, em que o legislador está submetido a limites obrigatórios relativamente estritos, a idéia de subsidiariedade deixa aberta uma ampla margem de jogo ao arbítrio do legislador”.¹⁷⁹

Procurando esclarecer mais a respeito dessa margem de liberdade que tem o legislador, o professor alemão afirma que os delitos insignificantes não seriam

¹⁷⁷ Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.* p. 57-58; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit.* p. 12-13.

¹⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 79-81.

¹⁷⁹ Tradução livre do espanhol: “*A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador*”. ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 67.

inconstitucionais desde que correspondessem a punições brandas. Ainda, se não há certeza de que outro meio não-penal promete ser suficiente, o legislador tem a prerrogativa de estimar a utilidade da tutela penal.¹⁸⁰

Considerando que a oportunidade ou não da intervenção penal representa uma zona cinzenta, uma orientação em favor da liberdade individual deve ser sempre no sentido de que a dúvida acerca da utilidade da tutela penal impõe a não criminalização. Propondo uma complementação ao critério apresentado por ROXIN, podemos dizer que o direito penal só deve intervir quando outro meio não seja evidentemente suficiente e não haja dúvida de que a tutela penal gozará de alguma eficácia na tutela do bem jurídico.

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 67.

2.3. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O BEM JURÍDICO PENAL

2.3.1. Bem jurídico penal intra-sistêmico e extra-sistêmico

Uma função, e a função por excelência, preconizada do bem jurídico é ser um padrão crítico da legitimidade da criminalização. Também existe uma tarefa interna ao sistema penal que seria a função teleológica, de interpretação da norma (só há crime quando há ofensa ao bem jurídico), e a função classificatória da parte especial (segundo o bem jurídico tutelado). Tais funções podem ser chamadas de extra-sistêmica e intra-sistêmica, respectivamente, distinção feita por HASSEMER.¹⁸¹

BARATTA assevera que, no entanto, a separação entre essas funções nem sempre é clara. Ocorre que muitos autores, ao identificarem os bens jurídicos enquanto critério extra-sistêmico, na realidade os deduzem do ordenamento jurídico penal positivado, o que não implica em limitação do poder punitivo, mas na sua legitimação. Ainda que se use do argumento constitucional, para atribuir a qualidade de relevância aos bens jurídicos, percebe-se que em regra os bens jurídicos presentes nas normas penais geralmente têm respaldo constitucional. Em outras palavras, desvirtua-se o caráter extra-sistêmico do bem jurídico, o que leva o autor a afirmar a necessidade de se buscar um outro critério de crítica político-criminal ao ordenamento positivo.¹⁸²

Apenas para ampliar a questão, sem a pretensão de apresentar uma solução a essa crítica, podemos ver a questão pelo prisma a seguir.

Embora o bem jurídico penal-constitucional tenha um caráter intra-sistêmico (até porque a Constituição integra o sistema), ele decorre antes de uma postura

¹⁸¹ Cf. BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 5-6.

¹⁸² *Idem.* Ibidem. p. 7-11. Em sentido próximo, porém mais radical, está a visão de Ana Lúcia SABADELL, para quem a imprecisão do conceito de bem jurídico e a confusão entre as funções intra e extra-sistêmicas levam a descartar o bem jurídico como critério de política criminal. SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; e MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado.* p. 56-58.

política, de uma opção valorativa. Essa postura consiste num Estado que preze a liberdade individual, ambiente no qual o direito penal deve prezar pelas garantias do indivíduo. Ainda, e principalmente, são necessários critérios de limitação do poder punitivo, o qual representa a forma mais violenta de limitação da liberdade individual.

Justamente nesse aspecto adquire relevância a referência constitucional dos bens jurídicos penais. Por mais adequada que seja uma postura política, uma opção valorativa, ela não tem como vincular o direito penal, e quando muito o orientará (ao menos é isso que se pretende), daí a necessidade da Constituição como expressão jurídica e imperativa de uma postura em favor da liberdade do indivíduo.

Aliás, o entendimento aqui adotado não se distancia do que BARATTA leciona, ao preconizar um direito penal em consonância com os seus princípios ‘garantistas’. O direito serviria de instrumento para limitação do poder punitivo, que hoje se mostraria como uma violência inútil.¹⁸³

Resumindo, o bem jurídico-penal é um instrumento útil para limitar o poder punitivo, serve para dar feição a um direito penal garantidor, orientado pelo respeito à liberdade individual. É nesse sentido que afirmamos o seu caráter extra-sistêmico, como padrão crítico político-criminal, decorrente de uma postura política. Não abandonamos, porém, a referência à Constituição, pois é isso que permite atribuir um caráter vinculante ao bem jurídico penal, como limitação do poder punitivo.

2.3.2. Bem jurídico penal e funcionalismo

Uma vertente teórica que relativiza bastante a noção de bem jurídico penal é o funcionalismo. Podem ser apontados vários modelos funcionalistas¹⁸⁴, mas nos deteremos naquele concebido por JAKOBS.

Para esse teórico alemão, a legitimidade material de crime derivaria da noção de garantia das expectativas normativas. O direito penal seria legítimo na medida em

¹⁸³ BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 23-24.

¹⁸⁴ A esse respeito, ver: TAVARES, Juarez E. X. *Ob. cit.* p. 34-37.

que asseguraria a manutenção da forma da sociedade e do Estado, o que faz mediante a proteção da norma. Isso é o que JAKOBS chama de bem jurídico-penal, enquanto bem jurídico seria o valor expresso na norma (vida, propriedade, integridade física, etc.).¹⁸⁵

Nesse sentido, JAKOBS¹⁸⁶ leciona que:

A contribuição que o direito penal presta à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma dada e na exigida legalmente, não se dêem por perdidas em caso de resultarem defraudadas. Por isso – ainda que contradizendo a linguagem usual – se deve definir como o bem protegido a firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção, firmeza frente às decepções que têm o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática; este bem se denominará a partir de agora *bem jurídico-penal*.

Para JAKOBS, o direito penal não protege os bens presentes na lei penal. Esses bens sofrem ações de prejuízo constantemente (morte natural, doença, etc.), e não seria o direito penal que os garantiria. A sociedade é um cemitério de bens jurídicos, diz ele. Do ponto de vista externo, tais circunstâncias são consideradas bens em si mesmos, úteis para o indivíduo e para a sociedade. Definindo o crime somente como ofensa a bem jurídico, as situações acima descritas também representariam uma perturbação penalmente relevante. Portanto, não é propriamente a ofensa ao bem jurídico (valor contido na norma) que é punível. O que caracterizaria o crime não seria a ofensa ao bem jurídico, mas a ofensa à norma, à valoração positiva que ela faz sobre o bem. O comportamento delitivo seria a negação da norma. Protege-se o conteúdo da norma, que é o respeito aos bens, mediante a proteção da norma. Por exemplo, não seria a causação da morte que representaria a ofensa ao bem jurídico-penal, e sim a oposição à norma definidora do crime.¹⁸⁷

¹⁸⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 44-45.

¹⁸⁶ Tradução livre do espanhol: “*La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal*”. Idem. Ibidem. p. 45.

¹⁸⁷ Idem. Ibidem. p. 45-46.

Ainda assim, a noção de bem jurídico não é descartada. Há bem jurídico quando ele desempenha uma função no sistema social, e isso deve orientar a atividade legislativa, como filtro: o crime deve representar uma danosidade social, e não ser um desvalor por si.¹⁸⁸

A concepção aqui tratada pode ser resumida na idéia de que o crime é a ofensa às expectativas normativas da sociedade.

Não daremos lugar a uma crítica exaustiva dessa concepção. Pretende-se abordar a seguir alguns aspectos que saltam aos olhos.

Apesar de JAKOBS se posicionar em favor de um direito penal orientado ao cidadão e de caráter não autoritário¹⁸⁹, é de se notar que a sua teoria serve justamente para uma visão autoritária do direito penal. Isso porque encara o crime não como ofensa ao bem jurídico, mas como desobediência. Se o respeito à norma (estabilização das expectativas normativas) é o que pretende o direito penal, há uma inversão de valores. Ora, a norma só possui legitimidade porque representa algum valor, e não é um valor em si mesma. Não se pode inverter a ordem, sob pena de pensarmos num direito penal voltado à ‘obediência dos súditos’.

Ainda, parece equivocada a postura de ver a proteção da norma como alternativa diante da impossibilidade de proteção do bem que ela encerra. O ponto de partida já está equivocado, pois como vimos anteriormente, o direito penal não tem necessariamente que ‘proteger’ bens jurídicos penais, mas tutelá-los. Essa função protetora se liga às pretensões preventivas da pena, noção que se vê cada vez mais fragilizada. O bem jurídico penal é mais uma garantia de limitação do poder punitivo, em favor da liberdade individual, do que algo a ser protegido pelo direito penal.

Finalmente, a noção de bem jurídico como função e o crime como conduta dotada de danosidade a essa função, não parece critério suficiente para a crítica da lei

¹⁸⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 57-58.

¹⁸⁹ Cf. BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 15.

posta. Tal definição tem um grau de indefinição tamanho que não permite vincular a criminalização, e se reduz a uma recomendação vaga ao legislador.

2.3.3. Bem jurídico penal e sociedade de risco

Várias são as críticas feitas à teoria do bem jurídico, mas podemos apontar um panorama teórico como crucial. Trata-se da idéia de sociedade de risco, teorizada pelo sociólogo alemão BECK. Para esse teórico, a sociedade contemporânea conduz cada vez mais a situações de risco, e diante disso o Estado assume uma feição de provedor da segurança. BARATTA afirma que nesse ambiente, “a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se permanentemente para dar resposta a uma situação de emergência estrutural”.¹⁹⁰ Prevalece a noção de proteger os bens jurídicos dos riscos, e o seu caráter limitador fica em segundo plano.¹⁹¹

Nesse panorama, podemos identificar alguns efeitos no direito penal. Em primeiro lugar, o direito penal antecipa a sua atuação, incidindo mais sobre o perigo do que sobre a lesão a bem jurídico. É a proliferação dos crimes de perigo, em especial os de perigo abstrato.¹⁹² Em segundo lugar, há uma indeterminação dos bens jurídicos, que passam a ter um caráter mais inapreensível. Por último, e mais importante, atribui-se ao direito penal uma função promocional (para combater esses riscos para o futuro), e não garantidora, levando alguns autores a relativizar a teoria do bem jurídico. Isso porque as características individuais e liberais do direito penal vinculado a um Estado de direito não se compatibilizam com um Estado que pretende ser protetor, ou promotor.¹⁹³

¹⁹⁰ BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 13.

¹⁹¹ *Idem.* *Ibidem.* p. 13.

¹⁹² A ofensa ao bem jurídico pode ocorrer pela lesão (dano, prejuízo ao bem jurídico) ou pelo perigo, que pode ser concreto ou abstrato. Perigo concreto é aquele iminente, quando o bem jurídico efetivamente poderia ser lesionado, há um risco presente (como no crime de abandono de incapaz, previsto no artigo 133 do Código Penal Brasileiro). Perigo abstrato é aquele em que não há necessidade de risco presente, mas a conduta se presume perigosa (como no crime de rixa, previsto no artigo 137 do Código Penal Brasileiro).

¹⁹³ Ver, a esse respeito: ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 60-62.

O maior risco para a teoria do bem jurídico é a concepção de uma sociedade de risco. Figueiredo DIAS afirma que o argumento promocional do direito penal no combate aos riscos futuros representa o maior perigo para a teoria do bem jurídico.¹⁹⁴

Quanto à proliferação dos crimes de perigo, ROXIN assevera que eles não estão em contradição com a tutela de bens jurídicos. Pune-se a conduta que, por suas características, se dirige à lesão do bem jurídico, tal como na tentativa. Ou seja, mesmo nesses crimes há referência ao bem jurídico. O que se deve evitar é falta de clareza no tipo penal e a ausência de referência ao bem jurídico.¹⁹⁵

A respeito da indeterminação dos bens jurídicos, isso se deve ao que BARATTA chama de ‘dinamização’ do bem jurídico. Diante do caráter promocional do direito penal, ele passa a tutelar também os bens coletivos (meio ambiente, defesa do consumidor, etc.) e as funções da administração pública¹⁹⁶ (sistema monetário, controle fiscal, etc.). Isso deixa imprecisa a distinção entre o caráter limitador do bem jurídico e uma função promocional.¹⁹⁷

Aqui parece pertinente a referência à ordem constitucional, e a acentuação da função limitadora da teoria do bem jurídico. Ou seja, somente aqueles bens que têm um valor em si e possuem respaldo na Constituição podem ser passíveis de tutela pelo direito penal. Bens jurídicos penais de caráter coletivo ou difuso há, mas uma análise mais cuidadosa de muitos tipos penais revelaria que neles não há um bem jurídico identificável, o que torna a criminalização injustificada.¹⁹⁸ Não é o fato de haver lei penal que legitima a criminalização. É, portanto, bastante oportuna a crítica feita a esse

¹⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 71.

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 60.

¹⁹⁶ A esse respeito, é interessante a crítica que Juarez TAVARES faz a respeito da confusão entre bens jurídicos coletivos e funções administrativas do Estado. Os bens jurídicos encerram um valor em si, enquanto as funções têm valor em relação a algo. Enfim, são idéias distintas. Somente a ofensa a bens jurídicos constituiria crime, não ocorrendo o mesmo com a ofensa às funções. TAVARES, Juarez E. X. *Ob. cit.* p. 53 e ss.

¹⁹⁷ BARATTA, Alessandro. *Ob. cit.* p. 11-17.

¹⁹⁸ Veja-se, por exemplo, crimes em que se pretende tutelar uma pretensa ‘moral sexual pública’, como na mediação para servir a lascívia de outrem, crime previsto no artigo 227, do Código Penal Brasileiro.

processo de ‘dinamização’ dos bens jurídicos, o que na realidade altera o seu significado legítimo, que é a limitação do poder punitivo.

Finalmente, esse pretense caráter promocional do direito penal lhe é estranho, ou pelo menos deveria ser assim. A sua função de limitar o poder punitivo estatal é uma conquista histórica, e decorre de uma postura que preze a liberdade individual.

Figueiredo DIAS, que põe em questão a própria concepção de uma ‘sociedade de risco’, assevera que essa função promocional não estaria em conformidade com o fundamento legítimo do direito penal, que é a proteção dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Ainda, a tolerância e o respeito à pluralidade – características das sociedades democráticas, bem como o caráter subsidiário do direito penal, vão de encontro a essa pretensão promocional. Se o direito penal deve agir tão somente quando for necessário, ele não pode ser visto como instrumento de governo da sociedade. A função promocional, para o professor de Coimbra, conduziria o direito penal a se tornar um instrumento de ideologia político-social.¹⁹⁹

Diante das considerações críticas feitas no presente capítulo, ainda se conclui que a teoria do bem jurídico penal representa um instrumento útil para a limitação do poder punitivo, seguindo a orientação de um Estado fundado na liberdade individual. Isso quando o bem jurídico é visto como limite ao poder punitivo, e não como seu legitimador.

¹⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 71.

2.4. BEM JURÍDICO PENAL COMO PRINCÍPIO VINCULANTE

2.4.1. Funções do bem jurídico penal

Adotando-se o bem jurídico penal como critério definidor do crime em seu sentido material, temos como próximo passo precisar a finalidade de tal conceito, o que de certa forma já foi antecipado nos capítulos anteriores.

Diversas funções podem ser atribuídas ao bem jurídico enquanto critério material na definição de crime. Regis PRADO elenca quatro funções: a) função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado – vinculando o legislador ao bem jurídico penal-constitucional; b) função teleológica ou interpretativa – critério hermenêutico dos tipos penais; c) função individualizadora – individualização da pena conforme a gravidade da lesão ao bem jurídico; d) função sistemática – classificação dos tipos em grupos na parte especial do Código Penal, conforme o bem jurídico tutelado.²⁰⁰

Podemos afirmar que a primeira seria pretensamente extra-sistêmica e as demais seriam intra-sistêmicas, conforme visto no capítulo anterior.

Uma vertente teórica vê no bem jurídico unicamente um critério interpretativo e de organização dos crimes em espécie. Esse conceito, que pode ser chamado de metodológico, vê o bem jurídico como a finalidade da norma penal especial, o que orientaria a interpretação dessa norma e a classificação dos tipos penais. Como assevera ROXIN, um conceito dessa ordem pode ter utilidade hermenêutica e metodológica, mas não tem relevância enquanto critério político-criminal de limitação da criminalização.²⁰¹

²⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.* p. 48-49.

²⁰¹ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 54-55.

A noção aqui adotada é de que o bem jurídico penal representa o critério limitador do crime. Trataremos da função limitadora do bem jurídico. Somente onde haja lesão significativa a um bem jurídico penal-constitucional, o que se orienta pelo caráter subsidiário da tutela penal, haverá crime. Para simplificar, doravante chamaremos tal noção simplesmente de bem jurídico penal.

A despeito das críticas que podem ser feitas a essa concepção, vimos que ela é útil a uma postura em favor da liberdade individual, limitando o poder punitivo do Estado.

Diante disso, é pertinente se questionar até que ponto a teoria do bem jurídico vincularia o direito penal. Duas posturas são possíveis. Uma delas é encarar essa definição como um princípio político-criminal que o legislador deve seguir. Outro posicionamento, mais ousado, seria atribuir um caráter vinculante à noção de bem jurídico penal também na aplicação do direito. Podemos formular a questão da seguinte forma: a vinculação ao bem jurídico penal (ou a sua função limitadora) seria destinada somente ao legislador ou também aos aplicadores do direito penal?

A possibilidade ou não de atribuir um caráter vinculante de tal ordem depende da matriz teórica adotada, como veremos a seguir. Não se pretende esmiuçar uma infinidade de interpretações possíveis, mas fazer um contraponto entre duas teorias: uma visão positivista e outra argumentativa.

2.4.2. Numa visão positivista

Uma idéia central no positivismo é a de sistema. Esse seria constituído pelas normas, abstratas, que dariam solução para os casos concretos que se apresentassem. O sistema representa um todo harmônico e completo. Um determinado caso concreto encontraria uma determinada solução possível dentro do sistema. Para tanto, o caso concreto seria subsumido à norma, que é representada pela lei. Somente diante da lacuna, da ausência de uma lei aplicável ao caso concreto, é que se vai em busca de

uma solução nas outras fontes do direito (princípios, costume, analogia, etc.), que será ainda assim intra-sistêmica.²⁰²

Nessa concepção, jurídico seria o processo de aplicação da norma, o ato de subsunção do fato à norma. O processo de elaboração das normas e as influências possíveis em sua aplicação seriam problemas meta-jurídicos, ficariam fora do âmbito da dogmática jurídica.²⁰³

As noções que foram apresentadas servem tão-somente para traçar uma visão geral do positivismo jurídico clássico, sem procurar esgotar o exame de suas características.

Pois bem, numa visão assim esboçada, temos que o bem jurídico penal se restringe à sua função de orientação da atividade legislativa, não se inserindo na dogmática jurídica propriamente dita. Isso porque ele não pode ser considerado como uma norma no sentido positivista, e, portanto, não é aplicável a casos concretos. Diante da lei posta, ou seja, da norma penal especial, não caberia invocar o bem jurídico penal como norma superior, justamente porque ele não seria tal coisa. E mesmo que o bem jurídico seja encarado como princípio não terá aplicação, pois não tem o condão de preencher lacunas, que é a função dos princípios numa visão positivista estrita.

Uma possibilidade de superar essa barreira seria considerar o bem jurídico penal como um princípio constitucional, hierarquicamente superior à norma penal especial, e assim podendo se sobrepor a ela. Porém, há uma certa dificuldade em se afirmar o bem jurídico penal como princípio aplicável de um ponto de vista positivista mais 'arejado', pois ele não está expresso no texto legal como estão os demais preceitos constitucionais. Na realidade, trata-se muito mais de uma construção teórica derivada dos princípios constitucionais.

²⁰² A configuração clássica do positivismo está em: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*.

²⁰³ Idem. *Ibidem*.

2.4.3. Numa visão argumentativa

Uma forma de se atribuir um caráter vinculante ao bem jurídico penal na aplicação do direito, e que parece mais apta para tanto, é a visão argumentativa. Diversos teóricos do direito vêm trabalhando com a noção de argumentação como lógica jurídica, dentre os quais nos valeremos de Chaïm PERELMAN.²⁰⁴

A seguir faremos um esboço do que seria a lógica argumentativa para esse autor.

A lógica que pode ser chamada de formal é a que prevalece nas ciências ditas matemáticas e naturais, nas quais uma proposição deve ser produzida a partir de um sistema de conhecimentos, bem como deve ser única em seu significado demonstrável, passível de prova. É possível a verificação das proposições para saber se estão em conformidade com os fatos, com a realidade. Embora tenha contribuído sobremaneira para as ciências matemáticas e naturais, a lógica formal não logrou tanto êxito nas ciências humanas. Nelas também se pretendeu essa verificação e unicidade conceitual, o que levou a pretensões de construção de conhecimentos unívocos, exatos, universais, imutáveis, verificáveis, os quais não ocorreram. Diante do fracasso em tal propósito tivemos posturas nihilistas. Porém, entre nenhuma racionalidade possível e a lógica formal como a própria racionalidade, PERELMAN insere a lógica argumentativa.²⁰⁵

Parte-se da argumentação dialética de ARISTÓTELES, que é considerada a arte de raciocinar a partir de opiniões geralmente aceitas. A argumentação não pretende criar proposições unívocas, exatas, universais, imutáveis, verificáveis. O escopo é obter a adesão do público a uma tese. Não haveria verdade, mas um acordo acerca da validade da proposição.²⁰⁶

²⁰⁴ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação - a nova retórica*; PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Uma abordagem sobre demais autores que tratam da argumentação pode ser encontrada em: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*.

²⁰⁵ PERELMAN, Chaïm. *Tratado...*

²⁰⁶ Idem. *Ibidem*.

O processo argumentativo consiste em obter a adesão a uma tese (proposição defendida). Para que haja essa adesão, esse acordo acerca da proposição, basicamente deve o orador (aquele que propõe a tese) vincular a sua tese às premissas. Premissas são proposições anteriores, que já gozam de um acordo sobre a sua validade.²⁰⁷

No direito se adotaria a técnica dos argumentos quase-lógicos. Como na racionalidade formal, parte-se de um corpo de conhecimento, que pode ser considerado o sistema jurídico. O que se afasta são as proposições que se pretendem verificáveis. Uma argumentação jurídica teria como premissa o sistema jurídico, formado não só por normas como também por princípios (inclusive princípios gerais do direito), e a tese deveria se mostrar compatível com o sistema para ter êxito, para obter a adesão do público. Diante de uma lei insuficiente ou inadequada, as demais fontes normativas procuram sanar tal defeito (portanto, não são meros preenchimentos de lacunas). Essa inadequação ou insuficiência da norma se constataria por um critério de razoabilidade, que pode sucintamente ser conceituado como a adequação social da aplicação do direito. Ou seja, além da tese ser compatível com o sistema, deve ser razoável.²⁰⁸

A adequação da proposição se dá em relação ao todo do corpo de conhecimento jurídico, leis, princípios, jurisprudência, etc. A lógica argumentativa apresenta uma possibilidade de abertura do sistema normativo aos princípios, independentemente de haver uma lacuna. Ou seja, não só a lei possui força normativa, mas também os princípios.²⁰⁹

Portanto, encarando a teoria do bem jurídico penal como uma tese adequada ao sistema, notadamente aos princípios constitucionais (não necessariamente expressos), e que pode atender ao requisito da razoabilidade, podemos ver nela a possibilidade de adesão do público jurídico, no sentido de se ter uma concepção de

²⁰⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ob. cit.*

²⁰⁸ SANTOS, Ledo Paulo Guimarães. *Teoria da argumentação e direito*. In: Estudos de Teoria geral do direito. Coord. Ivan Guérios Curi.

²⁰⁹ A respeito da força normativa dos princípios, ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*.

bem jurídico penal como um princípio de caráter vinculante na aplicação do direito, o que vai além da vinculação do legislador.

De acordo com esse ponto de vista, onde não se vislumbra uma lesão significativa a bem jurídico penal, não há crime por via de consequência. Afirma-se isso diante das exigências constitucionais que impõem um direito penal subsidiário e restrito aos bens jurídicos constitucionais.

Essa vinculação, porém, não é plena. Quando se tratar de verificar se há bem jurídico penal ou não, é possível limitar o poder punitivo estatal no âmbito legislativo e também na aplicação do direito penal. Isso porque a identificação do bem jurídico é relativamente precisa, pela referência constitucional. O mesmo não se dá em relação à noção de subsidiariedade. Conforme visto, ela é um conceito que permite uma ampla margem de liberdade ao legislador, pois trata da necessidade ou não da tutela penal. Ainda que essa noção possa orientar a aplicação do direito, a sua amplitude não aparenta servir de critério vinculante, obrigatório.

Enfim, quando não se identifica um bem jurídico tutelado na lei penal, podemos afirmar a inaplicabilidade da lei, por violar os preceitos constitucionais. Quando, porém, há um bem jurídico, afirmar que a tutela penal é desnecessária pode até orientar a aplicação do direito, como postura de política criminal, mas não afirma a inaplicabilidade da norma por desacordo com a Constituição.

Quanto ao sistema jurídico-penal, LISZT já preconizava uma ciência conjunta formada pela dogmática penal, política criminal e criminologia,²¹⁰ e indo mais além ROXIN defende a permeabilização do direito penal à política criminal.²¹¹ O que se pretende com isso é que a dogmática penal não fique alheia às exigências da política criminal, pois o direito penal não deixa de ser um dos meios de tutela da conduta delituosa, e justamente por ser um meio tem que atender a finalidades. A crítica acerca da adequação desses meios em relação aos fins se dá em sede de política criminal, e

²¹⁰ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 23-25.

²¹¹ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: elementos del delito en base a la política criminal.* p. 35-63.

deve servir para uma dogmática penal que represente garantias para a liberdade individual, enquanto limitação do poder punitivo estatal, finalidade democrática que se pode atribuir ao direito penal.

Ainda que a discussão acerca do bem jurídico penal tenha uma importância eminentemente pré-legislativa, a ela não se resume. Além de vincular o legislador, tal concepção pode perfeitamente vincular a aplicação do direito, especialmente porque representa uma exigência constitucional, derivada da própria opção por um Estado de direito que garanta a liberdade individual e um poder punitivo limitado e sujeito a regras. É essa a orientação aqui seguida.

2.5. BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELAS PATENTES E SUA RELEVÂNCIA PENAL

2.5.1. Bens jurídicos tutelados na patente

Para definir os bens jurídicos tutelados pelas patentes, podemos nos valer de dois aspectos: a sua natureza enquanto direito de propriedade do autor e a sua função de desenvolvimento tecnológico.

Apesar das divergências a respeito de ser a patente um direito de propriedade ou um monopólio, vê-se que a maior parte da doutrina define patente como o reconhecimento de um direito de propriedade.²¹² O fato desse direito possuir uma natureza resolúvel, temporária, e uma natureza abstrata, imaterial, não afasta a possibilidade que o autor tem de possuir, usar, gozar, e dispor da coisa, e, portanto, não afasta o caráter de propriedade.

Além da função de reconhecer um direito de propriedade do autor, podemos identificar uma função promocional no mecanismo de patentes, que é o fomento tecnológico. A possibilidade de recompensa incentiva o investimento em pesquisa tecnológica, o que favorece o incremento da tecnologia. Além disso, o objeto da patente passa a integrar o estado de técnica. A tecnologia ali contida passa a ser pública e pode ser utilizada para a produção de mais tecnologia. Portanto, a patente também protege o próprio desenvolvimento tecnológico.²¹³

A propriedade e o desenvolvimento tecnológico podem ser considerados bens, que por assumirem uma importância significativa na sociedade contemporânea são inclusive protegidos pela Constituição da República:

²¹² A doutrina é majoritária no sentido de considerar a patente um direito de propriedade. Ver, por todos: CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. I. parte I. p. 112-121.

²¹³ Nesse sentido: SHERWOOD, Robert. *Ob. cit.* p. 170.

Art. 5º. Inciso XXII – é garantido o direito de propriedade.

Art. 5º. Inciso 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.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltará-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Definidos os bens tutelados pelo mecanismo das patentes, vejamos como os mesmos podem ser considerados bens jurídicos penais. Na concepção aqui adotada, tais bens são considerados fundamentais, e esse caráter fundamental se obtém da ordem constitucional. É justamente esse caráter fundamental-constitucional que permite um juízo de relevância para o direito penal.

2.5.2. A propriedade como bem jurídico penal

Não faremos aqui críticas à exacerbação do caráter patrimonialista que a sociedade contemporânea assume, tampouco faremos uma defesa da propriedade. O fato é que ela constitui um bem por demais relevante na sociedade capitalista. Não é à toa que os delitos contra o patrimônio não raro implicam em punições mais severas que os delitos contra a pessoa. Essa lógica patrimonialista é criticável, em razão do princípio fundante do Estado Brasileiro, que é a dignidade da pessoa humana. Porém, isso não permite ignorar o papel desempenhado pela propriedade no seio da sociedade.

Dada a complexidade do assunto, limitar-nos-emos a considerar a propriedade como um bem fundamental, assegurado pela Constituição da República e, portanto,

digno de tutela penal. É fato que vivemos numa sociedade capitalista, e nela a propriedade representa um direito fundamental.

Conforme exposto anteriormente, um bem tutelado pela patente é a propriedade imaterial do criador. A patente é o título que reconhece tal direito. A violação da patente consiste, pois, numa violação da propriedade do titular. Portanto, representa uma ofensa ao bem em questão. Tendo em conta que a propriedade é um bem jurídico penal, a sua ofensa é criminalmente relevante. Daí se afirmar, nesse aspecto, a legitimidade material dessa conduta delituosa.

A utilização não autorizada do objeto da patente representa uma apropriação ilícita desse objeto. Tal conduta é semelhante a um ‘furto’ imaterial. Portanto, o crime de violação da patente será de dano em relação a esse bem jurídico penal, porque implica em prejuízo à propriedade do criador. O dano consiste precisamente nessa alteração prejudicial do bem.²¹⁴ Como o bem em questão é imaterial, tal dano não será perceptível sensorialmente, mas será mensurável. A mensuração do dano pode ser feita, por exemplo, a partir do valor que seria cobrado pela licença de uso do objeto da patente.

Conclui-se, portanto, que a propriedade que o criador tem sobre o objeto da patente representa um bem jurídico tutelado nos crimes de violação de patentes. Ao se violar a patente viola-se o direito de propriedade ali reconhecido, causando-lhe um dano. Nesse caso, estamos diante de uma ofensa a bem jurídico penal.

Certo é que não basta a ofensa ao direito de propriedade do criador (ofensa ao bem jurídico) para atender ao conteúdo material do crime, mas é necessário verificar também a necessidade da tutela penal, em razão da subsidiariedade. Veremos a seguir a questão do desenvolvimento tecnológico como bem jurídico penalmente relevante e após trataremos da necessidade ou não da tutela penal nas condutas que violam as patentes.

²¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 206.

2.5.3. A tecnologia como bem jurídico penal

Ao tratar das condutas delituosas de violação de patentes, a doutrina identifica como bem jurídico tutelado o direito do criador, reconhecido pela patente, direito esse que consiste numa propriedade temporária sobre o objeto da mesma.²¹⁵

Não nos restringindo à concepção acima, podemos afirmar que além da propriedade do criador, o desenvolvimento tecnológico também pode ser arrolado como bem jurídico penal tutelado nesses crimes.

Afirmou-se que o mecanismo de patentes serve ao desenvolvimento tecnológico, diante do incentivo à atividade inventiva e ao ingresso da nova tecnologia no estado de técnica. Portanto, a concessão da patente não tem por objeto somente o reconhecimento de um direito do criador da obra, mas também o próprio fomento do desenvolvimento tecnológico. Pode ser considerado um mecanismo de dupla tutela: reconhece a propriedade e fomenta o desenvolvimento tecnológico.

Por tal razão, tem-se que há dois bens tutelados, que são a propriedade do criador e o fomento tecnológico. Este pode ser considerado um bem de caráter fundamental, diante da opção constitucional do nosso Estado pelo desenvolvimento tecnológico, o que autoriza a sua qualificação como bem jurídico penal. Com efeito, o desenvolvimento tecnológico é duplamente benéfico para a sociedade: além de trazer novas utilidades que auxiliam na melhoria da qualidade de vida, proporciona desenvolvimento econômico (conforme seção 1.1.3.).

Tendo em conta esse aspecto, percebe-se que a conduta de quem viola uma patente não atinge somente a propriedade do criador, mas também o mecanismo de fomento tecnológico que a patente representa.

A esse respeito, valendo-se de pesquisas feitas no meio empresarial brasileiro e no mexicano, SHERWOOD afirma que um mecanismo eficiente de proteção à nova

²¹⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*. p. 187-188, 195, 200-201; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial 2*. p. 215-216, 218-219;

tecnologia serve como fator fundamental para a atividade de pesquisa tecnológica, e a falta de confiança em tal mecanismo tem o efeito contrário: inibe a pesquisa.²¹⁶

Por tal razão, resta claro que a violação às patentes tem um efeito imediato que é ofender a propriedade do criador, mas tem um efeito mediato que é atingir o desenvolvimento tecnológico. Quanto a este bem jurídico penal, temos que o crime será de perigo, pois não há como avaliar o quanto a conduta delituosa atinge o desenvolvimento tecnológico. Fato é que efeitos há, a experiência mostra isso, mas como é impossível saber se uma determinada conduta contribuiu para esses efeitos e como contribuiu, somente podemos admitir que o perigo nesse caso será abstrato.²¹⁷ Isso porque o perigo abstrato é justamente um juízo formado na experiência que autoriza conceber uma conduta como perigosa.²¹⁸

2.5.4. Necessidade da tutela penal

Identificados os bens jurídicos penais tutelados nos crimes contra as patentes, resta examinar se as ofensas em questão são relevantes criminalmente. O que permite fazer esse juízo é o princípio da subsidiariedade. Para que uma conduta seja delituosa deve ofender a um bem jurídico penal, mas deve também ser necessária a tutela penal. O que define a necessidade é a inexistência de outros meios que tutelem de forma suficiente o bem em questão.

No caso da violação de patentes, há duas tutelas possíveis: a cível e a criminal. No âmbito cível o titular do direito pode pleitear a cessação da violação ao seu direito bem como a indenização decorrente de tal violação. No âmbito criminal pode ser oferecida queixa pelo ofendido para processamento da ação penal, com eventual punição para o responsável pela violação.

²¹⁶ SHERWOOD, Robert. *Ob. cit.* p. 132-138, 187-195.

²¹⁷ Sobre o questionamento dos crimes de perigo abstrato, ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria...* p. 40-41.

²¹⁸ Nesse sentido, sobre esse juízo obtido da experiência para caracterizar o crime de perigo abstrato: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral.* p. 208.

Diante disso, é de se questionar se as medidas cíveis seriam um meio eficiente (e suficiente) para a tutela do bem em questão. Inicialmente, a resposta parece ser afirmativa, pois a composição do dano é o que mais interessa ao prejudicado imediato, que é o titular da patente. Até o perigo para o desenvolvimento tecnológico restaria afastado se o dano ao titular da patente fosse reparado, pois é justamente o receio de prejuízo que inibe a pesquisa tecnológica. Aqui o interesse em questão é patrimonial. Essa prevalência do interesse do titular da patente justifica, inclusive, a ação penal ser de iniciativa privada.

Por essas razões, a primeira impressão é de que a tutela cível seria suficiente para as violações às patentes.

No entanto, a situação se revela mais complexa, com matizes que vão além da questão da reparação do dano. O problema relativo à violação de patentes, que é uma forma de pirataria (termo usado para identificar as diversas formas de violações à propriedade intelectual), assume proporções mais amplas que o dano sofrido pelo seu titular.

Estudos divulgados no ano de 2004 pela Comissão Parlamentar de Inquérito formada para investigar a pirataria indicam que o Brasil sofre um prejuízo avaliado entre 88 (oitenta e oito) e 132 (cento e trinta e dois) bilhões de reais com a pirataria (em geral, envolvendo todas as violações da propriedade intelectual). Nesse valor estariam incluídos impostos sonegados e demissões na indústria e no comércio. Há um estudo feito pela Interpol que elenca a pirataria como a segunda atividade ilícita mais lucrativa no mundo, ficando atrás apenas do tráfico de drogas.²¹⁹

Essa situação conjuntural acena com a possibilidade de que a tutela cível não seja suficiente para as violações das patentes, justificando-se a tutela penal. Até porque a violação às patentes não se restringe à atividade empresarial lícita, onde a reparação do dano parece ser um mecanismo de tutela suficiente. Mas, ao contrário, a pirataria é

²¹⁹ Fonte: *Combate à pirataria*. In: RT Informa. Ano VII. nº 41. Janeiro/Fevereiro de 2006. Editora Revista dos Tribunais.

uma atividade que geralmente se organiza de forma ilícita, em verdadeiras ‘empresas’ de pirataria.

Dessa forma, entendemos que há necessidade da tutela penal. E mesmo que haja divergência quanto à necessidade de tutela penal para as condutas que violam a patente, isso não impediria a aplicação da norma penal que criminaliza tais condutas. Isso em consonância com a postura aqui apresentada, de que a ausência de bem jurídico penal impõe a não criminalização da conduta e a não aplicação da norma, mas a discussão sobre a necessidade ou não da tutela penal (subsidiariedade) é de caráter político criminal e eminentemente legislativo. Mesmo que possa orientar a aplicação da lei penal, não tem o condão de afastar a aplicação da mesma.

3. ELEMENTOS DOS CRIMES CONTRA AS PATENTES

Vistos os fundamentos de criminalização das condutas que violam as patentes, partiremos para o exame dos elementos integrantes da conduta delituosa em questão. Os crimes contra as patentes atendem ao aspecto formal da teoria do crime, diante da respectiva previsão legal. Igualmente se atende ao aspecto material da teoria do crime, pois as condutas em questão ofendem um bem jurídico penal, e a tutela penal se revela necessária. Finalmente, concluindo uma teoria dos crimes contra as patentes, veremos os elementos do crime: tipo de injusto e culpabilidade. Dividiu-se o tratamento do tipo de injusto em conduta, tipicidade e causas de justificação por razões operacionais e principalmente didáticas.

3.1. CONDUTA

3.1.1. Considerações gerais

Todo crime será uma conduta²²⁰ dotada de determinadas características. Numa teoria bipartida do crime, será um tipo de injusto e culpável. O tipo de injusto compreende a conduta, a tipicidade e as causas de justificação. Portanto, o ponto de partida para o exame do fato punível será precisar o que se entende por conduta no direito penal, o que faremos em apertada síntese.

Descreve-se a conduta como todo comportamento humano voluntário e significativo no mundo exterior.²²¹ Nessa dissertação, adotou-se a concepção de que ela é uma ação (ou omissão) humana dirigida a um fim, em conformidade com a teoria final da ação, de WELZEL.²²² Esse modelo teórico predomina na doutrina contemporânea, ao lado da teoria causal da ação, teorias que muitas vezes aparecem numa síntese.²²³ Há ainda outras teorias da ação²²⁴, mas nos deteremos somente naquelas que representam maior influência na doutrina atual. A esse respeito, note-se que o Código Penal pátrio, por ocasião da sua reforma em 1984, foi influenciado pela teoria final da ação.²²⁵

A seguir veremos os postulados fundamentais da teoria causal da ação e da teoria final da ação, e apontaremos as razões de adoção desta como modelo teórico para definir a conduta.

²²⁰ A conduta pode ser uma ação (comportamento ativo) ou uma omissão (comportamento passivo) do agente. Adotamos o termo conduta por ser mais abrangente, englobando tanto a ação como a omissão. Nesse sentido: WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 51-52.

²²¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 194.

²²² WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 53.

²²³ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 201.

²²⁴ A respeito de outras definições de ação e suas respectivas críticas: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 11-31.

²²⁵ *Idem. Ibidem.* p. 8.

3.1.2. Teoria causal da ação

O modelo clássico do crime, que tem como expoentes LISZT e BELING, parte da teoria causal da ação.²²⁶

Nessa concepção, ação é todo comportamento humano voluntário que causa ou não impede o resultado, o qual consiste na modificação no mundo exterior. Se essa modificação foi causada pelo comportamento humano, temos uma ação por comissão, se a modificação não foi impedida, temos uma omissão.²²⁷

Na teoria causal a conduta é vista de forma naturalística, como a causa da modificação do mundo exterior. O que ligaria ação e resultado seria um nexo causal. Justamente por essa visão marcada pelo naturalismo é que o injusto (tipo e ilicitude) é visto com a parte externa do delito, dotada de elementos puramente objetivos, e a culpabilidade é vista como a parte interna do delito, dotada somente de elementos subjetivos. Há o conceito psicológico de culpabilidade (vínculo psicológico do agente com o fato), sendo o dolo e a imprudência as suas formas de aparição.²²⁸

Dizendo de outra forma, o processo causal do resultado compreende os elementos causais e objetivos do injusto típico, enquanto a relação anímica do sujeito com o resultado compreende os elementos subjetivos e psíquicos da culpabilidade.²²⁹

Alguns problemas metodológicos insanáveis vieram a desintegrar o sistema clássico de fato punível.²³⁰ A pretensa separação estanque entre injusto composto somente de elementos objetivos e de culpabilidade composta somente de elementos subjetivos se mostrou insuficiente, pois há elementos de ordem subjetiva no tipo (como a finalidade de assenhoreamento no furto), bem como elementos de ordem objetiva na culpabilidade (como os elementos normativos).²³¹ Além disso, nos crimes

²²⁶ ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 198; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 12.

²²⁷ LISZT, Franz von. *Ob. cit.* p. 217-217.

²²⁸ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 200.

²²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 12-13.

²³⁰ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 198-199; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 12-13.

²³¹ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 198-199.

de imprudência inconsciente o sujeito não tem qualquer relação psíquica com o resultado (critério definidor da culpabilidade psicológica da teoria causal), pois sequer houve a sua representação do resultado.²³² Finalmente, o dolo é necessário para identificar a tentativa²³³, e, portanto, integra a análise do tipo.²³⁴

Em resposta a essa problemática, o sistema neoclássico de crime trabalha com algumas modificações conceituais, basicamente aceitando que o injusto típico e a culpabilidade são compostos tanto de elementos subjetivos como de elementos objetivos. O injusto é visto não só como violação da norma, mas como danosidade social. A culpabilidade, agora não só psicológica, mas também normativa, é vista como reprovação do autor. No entanto, esse modelo teórico ainda mantém o dolo e a culpa na estrutura da culpabilidade.²³⁵

3.1.3. Teoria final da ação

Contra a noção de ação causal vem a teoria final da ação, que tem como marco a obra de WELZEL. Nessa concepção de conduta, ela é tida como exercício de atividade final. Toda ação humana é orientada por um fim eleito pelo sujeito. Não basta o processo causal para explicar a ação, mas é necessário verificar o que dirige esse processo causal, que é a finalidade da ação.²³⁶ Tal concepção é proposta por WELZEL²³⁷ da seguinte forma:

²³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 13; ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 199.

²³³ Somente o dolo permite diferenciar uma lesão corporal consumada de um homicídio tentado que ocasionou alguma lesão, por exemplo. Só é possível verificar a interrupção na conduta delituosa se for conhecida a conduta que o agente desejava realizar, ou seja, se for identificado o dolo do agente.

²³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 13.

²³⁵ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 198-199.

²³⁶ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 54.

²³⁷ Tradução livre do espanhol: “*Acción es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no meramente ‘causal’. La ‘finalidad’ o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. (...) Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución de fin, es la voluntad consciente del fin, que dirige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final*”. Idem. *Ibidem.* p. 53-54.

Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer 'final', não meramente 'causal'. A 'finalidade' ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, pode propor, portanto, fins diversos e pode dirigir sua atividade, conforme seu plano, à realização destes fins. (...) Dado que a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências da engrenagem da intervenção causal, e por meio dela dirigi-la de acordo com um plano para a realização do fim, é a vontade consciente do fim, que rege o acontecer causal, a espinha dorsal da ação final.

De acordo com essa concepção, o essencial da ação consiste em que o homem controla o curso causal mediante a antecipação mental e seleção dos meios, dirigindo o curso causal para um objetivo.²³⁸ É celebre a expressão de WELZEL no sentido de que a causalidade é cega, enquanto a finalidade é vidente.²³⁹

A ação se compõe de dois momentos, um ocorre na esfera do pensamento do agente e outro ocorre no mundo real (exterioriza-se). Em seu pensamento o sujeito escolhe o fim, seleciona os meios (fatores causais), e considera eventuais efeitos colaterais. Se o autor representa os efeitos colaterais como necessários ou conta com os mesmos, pode se dizer que eles passam a integrar a sua vontade. Do contrário, se há confiança na não produção dos efeitos colaterais, eles não integram a vontade do sujeito.²⁴⁰

Os efeitos colaterais necessários representam o dolo direto de segundo grau, os efeitos colaterais consentidos o dolo eventual, e os efeitos que se acredita evitar a culpa consciente. Quanto à conduta culposa, se não há a representação desses efeitos colaterais, que devem ser previsíveis, há culpa inconsciente. O fim almejado representa o dolo direto de primeiro grau.

Quanto aos crimes culposos, a teoria final da ação os vê como ação executada de forma defeituosa, por violar um dever de cuidado. A direção da ação sofre um desvio, que ocorre por culpa do sujeito, ou seja, decorre da violação do dever de cuidado, que é final.²⁴¹

²³⁸ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 199.

²³⁹ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 54.

²⁴⁰ Idem. *Ibidem.* p. 53-54.

²⁴¹ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 87.

Nos crimes culposos não se pune a direção que o sujeito dá à ação. Espera-se que ele seja diligente na sua execução para que não cause efeitos colaterais não desejados e socialmente danosos.²⁴²

Ou seja, o ponto de referência da ação é outro, mas a sua execução defeituosa implica em resultado ilícito. Daí se afirmar que a relevância jurídica nos delitos culposos não está na meta, mas na condução da ação e na direção que ela toma. Essa noção é chamada de teoria cibernética da ação.²⁴³

Por oportuno, nessa concepção de ação culposa, pode-se dizer que o dolo do agente compreende a violação ao dever objetivo de cuidado. Se dessa ausência de cuidado resulta algo ilícito, estamos diante de um crime culposos.

A respeito dos crimes omissivos, eles serão a inexecução de uma ação mandada, diante de situações de perigo para bens jurídicos penais.²⁴⁴ Tais comportamentos não deixam de estar subordinados à vontade final, pois o sujeito voluntariamente se omite de uma atividade final possível, não impedindo o fato indesejado.²⁴⁵

Diferente do modelo clássico de crime, o modelo final tem o dolo e a culpa como tipo subjetivo (pertencem ao tipo, pois integram a ação), e não como expressões da culpabilidade.²⁴⁶

Finalmente, há diversas situações que não constituem ação por não haver vontade final: coação física absoluta, estados de inconsciência e movimentos reflexos.²⁴⁷

Nas ações automatizadas (em curto-circuito) há uma vontade subordinada a um condicionamento adquirido, e, portanto, ação. Também nas reações instintivas, movidas para satisfação de impulsos há ação, bem como na ação sob hipnose (o

²⁴² WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 59.

²⁴³ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. p. 256-257.

²⁴⁴ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 59; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 19.

²⁴⁵ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 276-277; MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 88.

²⁴⁶ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 199.

²⁴⁷ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 88.

hipnotizado tem como limite a censura pessoal), embora nessa questão haja discordâncias.²⁴⁸

Dentre as teorias da ação, temos que a teoria final se mostra mais adequada. Isso porque a finalidade, enquanto elemento unificador, é o que dá sentido à ação em sua manifestação, e com isso a diferencia dos demais fenômenos humanos ou naturais.²⁴⁹

Podemos, ainda, afirmar que o modelo final de ação conduz a um sistema de fato punível mais bem ordenado, com respostas mais bem estruturadas (veja-se, a esse respeito, a unificação das noções de ação e omissão no conceito de conduta, a explicação dada aos crimes sem resultado natural, e a necessidade do dolo no tipo para identificar a tentativa).

²⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 30.

²⁴⁹ *Idem.* *Ibidem.* p. 30-31.

3.2. TIPICIDADE DO CRIME

3.2.1. Considerações gerais

Antes de descrever o tipo dos crimes contra as patentes, veremos as alterações que a noção sofreu desde a sua formulação, para então precisar o conceito, as funções e os elementos do tipo, construído a partir da teoria final da ação.

Embora alguns autores não trabalhem com a noção de tipo na definição do injusto penal, é quase unânime a sua aceitação na doutrina.

A esse respeito, um segmento da doutrina italiana rejeita a construção do tipo afirmando que ele não é nada mais que uma construção redundante do princípio da reserva legal.²⁵⁰ Porém, como bem assevera Luiz Alberto MACHADO, a reserva legal impõe a anterioridade da lei penal, enquanto a tipicidade impõe a necessidade de que as condutas sejam descritas de forma precisa na lei. Embora a tipicidade seja garantidora do princípio da legalidade, com ele não se confunde. Uma lei anterior que defina como crime a ofensa ao sã sentimento do povo atende ao princípio da legalidade, mas não ao da tipicidade.²⁵¹

A noção de tipo, desde a sua formulação conceitual, por BELING²⁵², e de sua configuração no modelo clássico de fato punível, passou por diversas transformações. O modelo neoclássico de crime já admitia a existência de elementos objetivos e subjetivos tanto no injusto (incluído aí o tipo) quanto na culpabilidade.²⁵³ Porém, é a teoria final da ação que supera a separação entre os elementos objetivos e subjetivos do injusto que existia no sistema clássico.²⁵⁴ O tipo, que inicialmente era despido de

²⁵⁰ Como exemplo podemos mencionar BETTIOL, que define o crime como fato, antijuridicidade e culpabilidade, descartando o tipo enquanto elemento constitutivo do crime. Cf. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. p. 261-271.

²⁵¹ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 89-90; 95-96.

²⁵² BELING, Ernst von. *Ob. cit.* p. 36-56.

²⁵³ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 198-199.

²⁵⁴ Cf. JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 162.

qualquer subjetividade, sendo exclusivamente objetivo e descritivo, passa a se compor de elementos valorativos (normativos) e de elementos subjetivos.

No modelo de fato punível construído a partir da teoria final da ação, o tipo passa a se compor não somente de elementos descritivos, mas também de elementos normativos (comportam valoração). Ainda, o dolo e a culpa passam a integrar também o tipo, constituindo seu aspecto subjetivo.

A doutrina define o tipo como o modelo legal da conduta proibida.²⁵⁵ A ilicitude decorre da correspondência entre a ação ou omissão praticada e a descrição contida num tipo penal. Para ser típica, a conduta humana concreta deve se identificar com a descrição abstrata de uma conduta punível prevista na lei penal.²⁵⁶ Ou seja, as características (descritivas e normativas, objetivas e subjetivas) constantes na lei penal devem estar presentes numa conduta para que ela seja considerada típica. O sujeito que toma para si um objeto de outrem, com o propósito de se assenhorar da coisa, comete o crime de furto previsto no artigo 155, do Código Penal brasileiro, pois a norma em questão prevê uma pena para quem *subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*. Há correspondência entre a descrição legal (tipo) e a conduta praticada.

Podemos identificar como função do tipo o seu caráter incriminador, pois é ele que torna a conduta penalmente ilícita. Ao lado dessa característica, também podemos identificar no tipo uma função de garantia, pois ele restringe o poder punitivo a condutas específicas e determinadas em lei. Essas são as funções primordiais do tipo²⁵⁷, ainda que outras possam ser identificadas (como a distinção entre consumação e tentativa, por exemplo).²⁵⁸

²⁵⁵ Nesse sentido: WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 74; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 187; SANTOS, Juarez. *Ob. cit.* p. 33.

²⁵⁶ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 76; BELING, Ernst von. *Ob. cit.* p. 43-44.

²⁵⁷ Nesse sentido: MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 347-348.

²⁵⁸ A respeito de outras funções atribuídas ao tipo: MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 97-98.

A respeito da função incriminadora do tipo, note-se que ele não representa a *ratio cognoscendi*²⁵⁹ do ilícito, mas a sua *ratio essendi*²⁶⁰.

Ou seja, o tipo não é indício do ilícito, mas o próprio critério de definição da conduta ilícita (também a esse respeito: seção 2.1.3.). O ilícito penal é típico.²⁶¹ O direito penal trabalha com preceitos implícitos, que são estabelecidos do binômio: conduta-pena. A pena atribuída por lei a uma determinada conduta a torna ilícita, e estabelece o preceito implícito, que é prescrever o comportamento contrário ao descrito na lei penal. Dessa relação é que obtemos a ilicitude da conduta típica, que pode ser afastada diante da existência de uma permissão legal para a sua ocorrência (causa de justificação). O tipo de injusto se configura se a conduta for típica (como matar alguém), e se exclui se a conduta for justificada (como matar alguém em legítima defesa). Ainda, deve-se ter em vista que há crimes nos quais não há causas de justificação, esgotando-se a ilicitude na tipicidade. Em outros termos, a ilicitude é dada pela tipicidade da conduta, e não pela ausência de uma causa de justificação. O exame das causas de justificação diz respeito ao caráter negativo do ilícito, e não ao seu aspecto constitutivo.

De qualquer forma, o tipo penal sempre será o fundamento da punição, pois somente uma conduta típica será punível. A análise do crime sempre partirá do tipo penal, não se cogitando de ilicitude penal, causa de justificação, ou culpabilidade, antes de se verificar a tipicidade da conduta.

O tipo também atende a um propósito de garantia da liberdade individual, pois restringe a proibição àquilo que está descrito na lei penal, diante da exigência de haver alguma certeza a respeito do que as pessoas podem ou não podem fazer. É necessário que o ordenamento jurídico especifique a sua matéria de proibição.²⁶² É nesse sentido

²⁵⁹ Entendendo o tipo como indício de ilicitude: WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 79-80, 116-119; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 348, 414 e ss; WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral.* p. 31.

²⁶⁰ Entendendo o tipo como o fundamento da ilicitude: MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 118-122; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 145-149; CORREIA, Eduardo. *Ob. cit.* p. 3.

²⁶¹ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 119.

²⁶² WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 74.

que BELING afirma o tipo enquanto reação liberal à indeterminação das condutas puníveis, impondo uma limitação ao poder punitivo estatal, que se restringe a um “catálogo de tipos delitivos”.²⁶³ Com muita propriedade, BATTAGLINI assevera que embora muitas condutas socialmente lesivas fiquem excluídas desse catálogo, esse preço a pagar não é tão caro diante da garantia da liberdade individual.²⁶⁴ Se a Constituição da República prevê que ninguém está obrigado a fazer ou não fazer algo senão em virtude lei, deve-se saber o que é esse algo, do contrário a exigência constitucional seria em vão. É nesse sentido que o tipo garante a legalidade.

Conforme afirmativa anterior, o tipo se subdivide em elementos, em características que se somam. Esses elementos podem ser objetivos ou subjetivos, descritivos ou normativos. Trataremos da forma como esses elementos aparecem nos tipos dolosos de ação, pois os crimes contra as patentes pertencem a essa forma de tipo.

Os elementos objetivos do tipo são a exteriorização da conduta, aquilo que se situa fora da esfera de ânimo do autor.²⁶⁵ O tipo subjetivo do tipo se compõe do dolo e de eventuais elementos subjetivos do tipo, que são intenções, tendências e estados de ânimo do agente.²⁶⁶

Os elementos descritivos do tipo são aqueles que não comportam variação de significado, basta a atividade cognoscitiva para terem sentido. Os elementos normativos são aqueles que precisam de um juízo de valor para possuir significado. Tal valoração pode ser jurídica, quando a descrição depende de noções de natureza jurídica (como cheque, documento, funcionário público) ou cultural, quando a descrição depende de valores culturais (como o conceito de mulher honesta, recentemente revogado do Código Penal pátrio).²⁶⁷

²⁶³ BELING, Ernst von. *Ob. cit.* p. 36-37.

²⁶⁴ BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral.* p. 160-161.

²⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general.* p. 246.

²⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 208-209, 213-215.

²⁶⁷ BRUNO, Aníbal. *Ob. cit.* p. 215-217. Sobre a relativização dessa distinção, ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 195.

Na seqüência veremos os tipos objetivo e subjetivo dos crimes contra as patentes, bem como o erro sobre os elementos do tipo.

3.2.2. Tipo objetivo

O tipo objetivo será a descrição do que se exterioriza da conduta, da sua manifestação no mundo.

WELZEL assevera que o fundamento de todo delito é a objetivação da vontade em um fato externo.²⁶⁸ Ainda que essa objetivação parta da vontade consciente (do dolo), o que em tese colocaria o exame do tipo subjetivo em primeiro lugar, deve-se partir sempre do exame do tipo objetivo. Isso porque somente com a exteriorização da vontade é que a conduta se torna penalmente relevante, ou seja, com o tipo objetivo surge o delito enquanto algo significativo para o direito penal.²⁶⁹ O tipo objetivo descreverá a conduta, o objeto da ação, o resultado, as circunstâncias externas do fato (situações em que a conduta precisa ocorrer para ser típica) e as pessoas do crime.²⁷⁰

São crimes contra as patentes os previstos nos artigos 183 a 185, da Lei de Propriedade Industrial:

- Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:
- I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou
 - II - usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.
- Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
- Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:
- I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou
 - II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.
- Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

²⁶⁸ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 93.

²⁶⁹ JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 223-224.

²⁷⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 247-248.

Art. 185. Fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 186. Os crimes deste Capítulo caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

A conduta típica de violação às patentes varia conforme a figura delitiva. A conduta de violação seria como a base do tipo, que assumirá formas determinadas de violação.

No tipo penal do artigo 183 temos a contrafação²⁷¹ propriamente dita do objeto da patente. O inciso I trata da conduta de fabricar (manufaturar, produzir, construir) produto patenteado, e o inciso II trata da utilização (fazer uso, empregar, usufruir) de processo patenteado. Ambas as condutas devem ser desautorizadas para serem típicas. Ainda, exige-se que o produto ou processo seja objeto de patente, não se punindo a conduta que viole objeto de pedido de patente que ainda não foi concedida. Essa observação vale também para os outros tipos de crimes contra as patentes (artigos 184 e 185).

Essas duas últimas circunstâncias (ausência de autorização e patente já concedida) podem ser consideradas como externas ao fato, mas necessárias à tipificação objetiva.

O inciso I, do artigo 184, tipifica basicamente a conduta de utilização do produto obtido pela contrafação para fins econômicos. O tipo é alternativo: quem exporta (remete para fora do país), vende (aliena a título oneroso), expõe ou oferece à venda (mostra, oferece ao consumo), tem em estoque (armazena para comercializar), oculta (esconde, guarda de forma disfarçada), ou recebe (aceita, toma em posse) produto obtido com violação de patente, comete o crime. O inciso II trata da ilicitude na importação (introdução no país) de produto que seja objeto de patente no país, e

²⁷¹ A contrafação consiste em atos praticados por terceiros que colidem com o direito de exclusividade do titular da patente. Cf. CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. II, T. I, parte II. p. 325.

que, no exterior, tenha sido obtido por contrafação. Como há necessidade de haver patente no Brasil para configurar o crime, a introdução de produto de contrafação cuja patente não está depositada em nosso País é atípica. Patente já concedida e ausência de autorização também são elementos desse tipo. Embora a característica a seguir vá compor o tipo subjetivo, é de se notar que todas essas condutas devem visar fins econômicos para serem típicas.

A figura prevista no artigo 185 diz respeito a uma certa contrafação antecipada. A patente se decompõe em partes, que podem ser utilizadas em outras inovações. No entanto, a utilização das partes consideradas essenciais, que se utilizadas implicam necessariamente na exploração do objeto da patente, configura o tipo penal em questão. A conduta típica é fornecer (dar, prover, proporcionar) componente de produto patentado, material ou equipamento para realizar processo patentado, desde que a aplicação final necessariamente implique em exploração do objeto da patente. Embora o dispositivo em questão não mencione a ausência de autorização, temos que uma interpretação sistemática (e lógica) impõe que a conduta seja desautorizada pelo titular da patente para compor o tipo. Dizendo de outra forma, a ausência de autorização do titular da patente é elemento do tipo. Igualmente, a patente já concedida também é elemento do tipo.

Note-se que o tipo não exige a exploração indevida do objeto da patente, mas o fornecimento de parte que, se utilizada, necessariamente induza à exploração do objeto da patente. Em tal situação não há dano a bem jurídico, somente perigo de dano. Na realidade, com essa figura típica o ordenamento pátrio pune como crime consumado atos de caráter preparatório.²⁷²

Conforme prevê o artigo 186, a violação não precisa atingir todo o objeto da patente para se caracterizar o crime em questão, basta que atinja as características fundamentais do objeto patentado, as quais estão descritas na carta patente (no

²⁷² No mesmo sentido: PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.* p. 200-201.

relatório descritivo). Em outros termos, além da cópia idêntica não autorizada, a cópia essencialmente parecida também é punível.

Sinteticamente, podemos afirmar que a contrafação direta (total ou parcial), o uso comercial do objeto contrafeito, bem como o fornecimento de parte da invenção ou modelo de utilidade que implique na utilização do objeto da patente, são as condutas típicas nos crimes contra as patentes.

O objeto imediato da ação é o direito de propriedade do titular da patente. Como afirmamos que a conduta em questão ofende também o desenvolvimento tecnológico, temos que ele também será objeto da ação, ainda que de forma mediata.

O resultado consiste no dano ao direito de propriedade do titular da patente, e no perigo abstrato para o desenvolvimento tecnológico. O dano à propriedade do autor, que é imaterial, consiste na usurpação da idéia. Na figura típica do artigo 185, porém, haverá perigo de dano. O perigo para o desenvolvimento tecnológico consiste na inibição à pesquisa tecnológica decorrente de um sistema ineficiente de proteção à inovação. Essas ofensas aos bens jurídicos penais em questão foram mais bem descritas nas seções 2.5.2. e 2.5.3 supra.

O sujeito ativo do crime será qualquer pessoa, pois não se exige qualquer característica específica do sujeito para que figure no pólo ativo do crime. O sujeito passivo imediato será o titular da patente²⁷³, e o sujeito passivo mediato será toda a coletividade, a sociedade. Isso diante do perigo de prejuízo ao desenvolvimento tecnológico causado pela violação da patente, o que atinge diretamente a sociedade.

3.2.3. Tipo subjetivo

Diante do modelo de fato punível construído a partir da teoria final da ação, temos que a direção da vontade é determinante para caracterizar a conduta, vindo a

²⁷³ O titular da patente não será necessariamente o autor da invenção ou modelo de utilidade, pois o direito da patente pode ser transferido ou alienado.

integrar o tipo penal. Pune-se a exteriorização (tipo objetivo) da conduta representada e desejada (tipo subjetivo) pelo agente. A finalidade da ação é o que define o tipo no qual incorrerá a conduta, impondo-se o seu exame no tipo penal. Daí ver o dolo e a culpa (nesta há ação final executada de forma defeituosa, a qual é dirigida à violação de um dever geral de cuidado) como tipo subjetivo. Pode-se dizer que nos tipos dolosos a finalidade da ação é realizar a conduta típica, enquanto nos tipos culposos a finalidade da ação é violar o dever de cuidado.

Nos crimes dolosos de ação o tipo subjetivo será composto necessariamente pelo dolo e eventualmente por elementos subjetivos do tipo.

Os elementos subjetivos do tipo fundamentam o desvalor da conduta²⁷⁴ (como no furto), ou servem para qualificar ou privilegiar²⁷⁵ a mesma (como no homicídio qualificado).

Para o presente estudo interessam determinadas intenções do sujeito ativo, normalmente chamadas de especial fim de agir, situação presente no tipo do artigo 184, conforme já foi mencionado.

O especial fim de agir consiste em uma finalidade almejada, que não se esgota na consumação do delito, como ocorre na extorsão mediante seqüestro, que se consuma com o seqüestro (conduta objetiva), mas exige a finalidade de pretender obter o resgate.²⁷⁶ Tal intenção do sujeito pode ser encarada como o porquê do agente praticar a conduta objetivamente descrita.

O dolo se perfaz em dois momentos: a representação e a vontade. A vontade se imprime sobre aquilo que foi representado pelo sujeito, dirigindo a sua conduta para a realização do tipo penal.

²⁷⁴ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 113-114.

²⁷⁵ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 395.

²⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 214.

O dolo é assim definido por WELZEL²⁷⁷:

Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, é dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como fatores de configuração de uma ação típica real, formam o dolo (= ‘dolo de tipo’). A ação objetiva é a execução adequada do dolo. (...) Dolo é saber e querer a realização do tipo.

A representação (ou momento intelectual do dolo) consiste na consciência atual de todas as circunstâncias objetivas do tipo penal.²⁷⁸ MAURACH leciona que o dolo é como a imagem reflexa subjetiva do tipo objetivo.²⁷⁹ O tipo objetivo funciona como referência da representação pelo agente do crime, cujo conhecimento sempre se dá na esfera do profano (juízo leigo, ou usual).²⁸⁰

Tal consciência deve ser atual, não pode ser potencial, mas não precisa ser refletida.²⁸¹ Em outros termos, o agente deve saber o que faz, e não ‘poder saber’ o que faz ou necessitar refletir no que faz.

A noção de erro sobre elemento do tipo pode fornecer a definição da representação. Se a falta de conhecimento de algum elemento do tipo exclui o dolo, por erro de tipo, é necessário que haja tal conhecimento para configurar o dolo.²⁸²

Quanto ao momento volitivo, ele consiste no querer a realização do tipo. Por ser um verbo auxiliar, o querer necessita de um verbo principal. Querer é querer fazer algo. No direito penal, esse fazer algo é realizar o tipo.²⁸³

²⁷⁷ Tradução livre do espanhol: “*Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el momento intelectual – y por la decisión al respecto de querer realizarlo – el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradotes de una acción típica real, forman el dolo (= ‘dolo de tipo’). La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. (...) Dolo es el saber y querer la realización del tipo*”. WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 94-95.

²⁷⁸ *Idem.* *Ibidem.* p. 96.

²⁷⁹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 380.

²⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 265-266; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 210.

²⁸¹ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 96; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 62.

²⁸² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 266; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 62-63.

²⁸³ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 97; MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 107.

Conforme as conseqüências da conduta sejam representadas e integrem a vontade do agente, temos a distinção entre culpa e dolo, além das suas formas: direto e eventual.

O fim visado pelo agente representa o dolo direto de primeiro grau. Os efeitos colaterais representados e tidos como necessários (inevitáveis), também integram o dolo direto, mas de segundo grau. Se os efeitos colaterais representados são aceitos pelo agente, temos o dolo eventual. Se ele confia que tais efeitos não ocorrerão, temos a culpa consciente.²⁸⁴ Ainda, caso falte a representação (que deve ser possível) para o agente, a culpa será inconsciente.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 18, define o dolo direto quando o sujeito quis o resultado e o eventual quando o sujeito aceita o risco de produzir o resultado. Para precisar essa noção, deve-se ter em conta que assumir o risco significa consentir²⁸⁵ com o efeito não desejado diretamente.

A respeito da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, questão que está entre as mais nebulosas no direito penal, é útil o critério fornecido pela teoria positiva do consentimento, de Reinhard von FRANK. Nessa concepção, há dolo eventual quando o agente pensa: “seja assim ou de outra maneira, suceda isso ou aquilo, em qualquer, caso agirei”.²⁸⁶

É importante ressaltar que a característica fundamental do dolo, seja ele direto ou eventual, é que a representação integre a vontade do agente, o que faz rejeitar critérios de definição do dolo eventual baseados unicamente na representação do resultado.²⁸⁷

Nos crimes em exame o tipo subjetivo se compõe do dolo, entendido como conduta consciente e voluntária de praticar a conduta criminosa. Ou seja, há crime se o

²⁸⁴ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 99-100.

²⁸⁵ Com base na teoria do consentimento, predominante na doutrina moderna, o efeito colateral deve ser aprovado pelo agente, integrar a sua vontade. Cf. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 388-389.

²⁸⁶ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 212.

²⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 77-78.

sujeito dolosamente realizar a contrafação, fizer uso comercial de produto obtido de contrafação, ou fornecer parte que induza a exploração do objeto da patente. Ele deve representar a conduta punível em todos os seus elementos e dirigir a sua vontade para a realização da mesma. Nada obsta que haja com dolo eventual. Ainda, na segunda figura típica (uso comercial), deve estar presente o especial fim de agir que é o uso de caráter econômico. Mais do que praticar a conduta, deve o agente pretender usufruir dela em caráter econômico. Mais precisamente, ele deve desejar ter proveito econômico com o objeto obtido da contrafação. Em suma, deve estar presente esse fim de agir que não se esgota na consumação do delito.

3.2.4. Erro sobre elementos do tipo

Para que haja dolo é necessário que o sujeito represente a conduta. Pois bem, quando ele, agindo de forma típica, justificadamente representa algum elemento objetivo²⁸⁸ do tipo de forma errônea, não correspondente à realidade, temos um erro sobre os elementos do tipo. Ele pode ser conceituado como a falsa representação da realidade que recai sobre elemento do tipo penal. O erro pode consistir na ausência de representação ou na falsa representação. Isso afasta o dolo, pois falta o seu momento representativo.²⁸⁹

Sem haver a representação, não há o dolo, e se o crime não for punido a título de culpa não há, por consequência, crime. É nesse sentido que o Código Penal pátrio, em seu artigo 20, prevê que o erro sobre elemento constitutivo do tipo penal afasta o dolo, podendo subsistir a punição por crime culposo se existir previsão legal para tanto.

²⁸⁸ Embora o Código Penal pátrio não faça essa restrição, não pode haver erro sobre elemento subjetivo do tipo penal. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 81.

²⁸⁹ A respeito do erro sobre elementos do tipo, ver: WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 112; MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 109.

A esse respeito, deve-se notar que o erro inevitável afasta tanto o dolo como a culpa, enquanto o erro evitável afasta somente o dolo.²⁹⁰ Evitável é o erro que poderia não ocorrer diante da reflexão ou informação do sujeito (ver também a seção 3.4.2., infra).²⁹¹ Ou seja, mesmo que o erro seja justificado ele ainda pode ser vencível, permanecendo eventual punição a título culposo, se o tipo a previr.

Quanto aos crimes contra as patentes, é plausível que o agente aja em erro de tipo.

Em especial, isso pode ocorrer diante da abrangência do que representa o estado de técnica. Um exemplo pode ser quando alguém, após desenvolvimento de uma pesquisa própria, explora uma inovação que já é objeto de patente, mas não se tem conhecimento desse fato. Como o crime em questão só é punido por dolo, ainda que esse erro seja evitável a conduta será atípica.

O erro justificado quanto à autorização anterior para a utilização do objeto da patente também pode ocorrer. Por exemplo, o revendedor que adquire de fornecedor aparentemente idôneo produtos advindos de contrafação age em erro, pois não poderia representar a falta de autorização do titular da patente nessas circunstâncias.

²⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 80.

²⁹¹ *Idem.* Ibidem. p. 232.

3.3. CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

3.3.1. Considerações gerais

O direito penal não estabelece somente proibições, mas permissões. Isso porque o tipo penal, ao definir a ilicitude, estabelece um critério bastante abstrato. No entanto, no caso concreto podem estar presentes circunstâncias que tornem a proibição injusta, socialmente inadequada, daí a necessidade de normas permissivas. Tal situação é o que denominamos causas de justificação.

JAKOBS define as causas de justificação como sendo “os motivos jurídicos bem fundados para executar um comportamento em si proibido”.²⁹² Nessas circunstâncias, previstas em norma do direito penal ou de outro ramo do ordenamento jurídico, o crime é aparente.²⁹³

Reforçando o que já foi afirmado anteriormente, não é a presença ou ausência de causas de justificação que atribui ilicitude à conduta. O juízo de ilicitude é obtido da tipicidade da conduta, vista como *ratio essendi* do crime. O exame das causas de justificação diz respeito às exceções das proibições, as quais são permissões de condutas típicas praticadas em situações justificáveis. Tipo e causas de justificação atuam como termos de sinal contrário. Nesse sentido, BETTIOL descreve as causas de justificação como “o reverso da medalha penal”.²⁹⁴ Daí se afirmar que o exame das causas de justificação é o exame da licitude, e não da ilicitude.²⁹⁵

Há quem pretenda estabelecer um fundamento único para as causas de justificação (teorias monistas), enquanto outros admitem mais de um fundamento

²⁹² JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 419.

²⁹³ BETTIOL, Giuseppe. *Ob. cit.* p. 392-393.

²⁹⁴ Idem. *Ibidem.* p. 459.

²⁹⁵ Nesse sentido, afirmando que a teoria da antijuridicidade é na verdade a teoria da juridicidade: MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 414.

(teorias pluralistas). A esse respeito, conclui-se que a diversidade de causas de justificação torna inviável a identificação de um único fundamento para elas.²⁹⁶

A complexidade das relações sociais permite que situações justificadas o sejam por razões diversas²⁹⁷, bem como o surgimento de novas causas de justificação.²⁹⁸ Por exemplo, o fundamento do consentimento do ofendido não parece em nada semelhante ao da legítima defesa. Aquele diz respeito à disponibilidade do bem jurídico penal, enquanto esta decorre do direito que o indivíduo tem de se defender.

Nas causas de justificação há elementos de ordem objetiva (o que permite a conduta) e outros de ordem subjetiva.²⁹⁹ Os elementos objetivos das causas de justificação consistem na situação concreta que se apresenta e permite a ação típica. Na lição de Juarez Cirino dos SANTOS os elementos objetivos representam a situação justificante, enquanto a ação justificada se orienta pelos elementos subjetivos e determinados parâmetros (como a moderação na defesa).³⁰⁰ Quanto ao elemento subjetivo, WELZEL leciona que é necessário o agente ter consciência da situação justificante e agir com vontade de defesa ou proteção.³⁰¹

Nesse aspecto, há divergência na doutrina se basta o conhecimento da situação justificante ou seria necessária também a vontade de defesa ou proteção.³⁰² A respeito dessa questão, deve-se notar que embora o conhecimento represente o “limiar subjetivo mínimo das ações justificadas”, a vontade será sempre a força motriz que desencadeia a ação.³⁰³

²⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 291-293; MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 118-119; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 149-150. As teorias pluralistas predominam na doutrina. Cf. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 426-427.

²⁹⁷ Em sentido semelhante: JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 420; ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 222.

²⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 293.

²⁹⁹ Embora haja quem afirme haver somente o aspecto objetivo, ou seja, a situação justificante. Cf. JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 431.

³⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 154.

³⁰¹ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 121-122.

³⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 151-152.

³⁰³ Idem. *Ibidem.* p. 152.

Essa vontade, porém, deve ser entendida simplesmente como querer a conduta representada, tal qual ocorre no tipo. Ou seja, se o sujeito age motivado por defesa ou proteção, ou se age por motivos egoísticos ou reprováveis, estamos diante do porquê da ação, e não diante do querer a ação. Em outros termos, havendo consciência da situação justificante, basta que o sujeito queira a ação justificada, independente do porquê da sua ação.

A exigência do ânimo de defesa ou proteção, punindo-se a sua ausência, deriva para uma postura no mínimo questionável. Tal exigência permitiria a punição do puro ânimo, o que vai de encontro aos postulados do direito penal, que somente se ocupa da manifestação da conduta contrária à lei penal. Na ação justificada a manifestação da conduta é lícita, portanto um ânimo reprovável não pode descaracterizá-la. É inconcebível que a ação conforme o direito seja punida simplesmente pelo ânimo do agente.

Expostas as noções mais gerais acerca das causas de justificação, veremos quais delas se aplicam (e como se aplicam) aos crimes contra as patentes, o que faremos de forma exemplificativa, e não taxativa. Nos crimes em questão entendemos cabíveis como causas de justificação o consentimento do ofendido, além das causas específicas de justificação. Ressalte-se que nada obsta a incidência de outras causas de justificação *in casu*, mas consideramos as que foram relacionadas como evidentes.

3.3.2. Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido, embora não esteja disciplinado no Código Penal brasileiro, pode excluir a configuração do crime. Tal situação é admitida como causa de justificação pela ampla maioria da doutrina³⁰⁴ diante do caráter disponível de

³⁰⁴ Admitindo o consentimento do ofendido como causa de justificação: WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 234 e ss; JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 523; BETTIOL, Giuseppe. *Ob. cit.* p. 444; CORREIA, Eduardo. *Ob. cit.* p. 19-24; MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 133; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 189; dentre outros.

determinados bens jurídicos, e em determinadas situações exclui a própria tipicidade da conduta, quando o tipo depender do dissenso da vítima.³⁰⁵

Embora o consentimento do ofendido seja aqui tratado, o que se fez por razões didáticas, nos crimes contra as patentes ele representará exclusão da tipicidade, diante da estrutura do tipo penal. Os tipos penais nos crimes contra as patentes exigem a contrafação, que é a utilização do objeto da patente sem autorização do titular. As condutas típicas são o ato de contrafação, o uso econômico do objeto da contrafação, e o fornecimento de parte que induza à exploração da patente, e todas pressupõem a ausência de autorização. Simplificando, o consentimento da vítima nos crimes contra as patentes exclui o próprio tipo penal.

A reforçar essa noção, nota-se que o raciocínio da disponibilidade do bem jurídico, utilizado no consentimento do ofendido como causa de justificação, é aplicável também para fundamentar a exclusão da tipicidade. Se o titular da patente consente com a utilização da inovação, está simplesmente dispondo do seu direito de exclusividade.

E o fato do desenvolvimento tecnológico ser um dos bens jurídicos tutelados nos crimes contra as patentes não afasta o poder de disponibilidade que o titular da patente possui. O perigo de dano a esse bem decorre da inibição à pesquisa tecnológica causada pelo receio de uma proteção frágil. Teme-se que a pesquisa não valha a pena, traga prejuízos. Pois bem, se há consentimento do titular da patente não há como ver prejuízo sofrido por ele, o que afasta qualquer perigo de dano em razão de receio de proteção fraca. Pode-se afirmar que o interesse em jogo é eminentemente particular.

Reiterando a disponibilidade que o titular da patente tem sobre o seu objeto, é de se notar que todos os crimes contra as patentes dependem de queixa, ou seja, a ação penal só pode ser iniciada pelo ofendido.

³⁰⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 335; JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 523; CORREIA, Eduardo. *Ob. cit.* p. 19; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 236; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 189.

3.3.3. Causas específicas de justificação

As causas de justificação podem ser gerais ou específicas, conforme estejam previstas na parte geral do Código Penal ou disciplinadas diretamente em determinados tipos penais. Por exemplo, conforme prevêm os inciso I e II, do artigo 128, do Código Penal pátrio, o aborto pode ser praticado para salvar a vida da gestante ou na gravidez resultante de estupro. Essas situações são causas de justificação específicas para esse crime.

Pode ocorrer, ainda, que esse tipo de circunstância não esteja nem disciplinada junto ao tipo penal, mas decorra de uma norma pertencente a outro ramo do ordenamento jurídico.³⁰⁶

É justamente o que se verifica nas permissões que elidem a violação à patente no âmbito cível:

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. (...)

Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:

I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente;

II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas;

III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado;

IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento;

V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e

VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa;

VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40.

³⁰⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Ob. cit.* p. 393.

As permissões legais previstas no artigo 43, da Lei de Propriedade Industrial, podem ser consideradas também como um exercício regular de direito, pois o dispositivo em questão confere a terceiros alguns direitos de utilização do objeto da patente.

Não se admite que o ordenamento jurídico confira um direito e ao mesmo tempo considere o seu exercício regular como crime.³⁰⁷ Ou seja, se um direito for exercido dentro dos seus limites não representará crime, ainda que a conduta corresponda a um tipo penal.

Em suma, a prática de qualquer das condutas descritas no artigo 43, da Lei de Propriedade Industrial, não constitui crime, pois as condutas em questão são justificadas.

³⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 234-235.

3.4. CULPABILIDADE

3.4.1. Considerações gerais

O dogma penal da culpa – *nullum crimen sine culpa* – faz com que ela tenha grande relevância na configuração do crime.³⁰⁸ A culpabilidade, porém, é uma das noções mais controversas do direito penal, podendo se falar em uma crise conceitual na atualidade.³⁰⁹ Neste capítulo, trataremos de forma breve o desenvolvimento da culpabilidade, a sua concepção atual, bem como o seu papel garantidor, diante da exigência constitucional de punição adequada à culpabilidade do agente.

No modelo clássico de crime, a culpabilidade aparece como a ligação psicológica do agente com o fato punível, pressupondo que haja imputabilidade.³¹⁰ As expressões dessa relação psicológica seriam o dolo e a culpa em sentido estrito, daí por que, para a teoria causal da ação, o dolo e a culpa são formas de culpabilidade. As insuficiências desse modelo teórico são claras. Na culpa inconsciente não há qualquer vínculo psicológico entre o agente e o fato. Ainda, os inimputáveis agem com vontade, possuindo a relação supra mencionada. Igualmente, quem age sob coação moral irresistível atua movido pela sua vontade, ainda que ela não seja válida.³¹¹

Em reação à concepção psicológica da culpabilidade veio a teoria normativa (psicológico-normativa, na realidade) da culpabilidade, de Reinhard von FRANK. Nessa visão, a conduta típica deve ser passível de reprovabilidade, que se compõe da imputabilidade, do dolo ou da culpa, e deve ser exigível do agente um comportamento conforme o direito.³¹²

³⁰⁸ MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 137.

³⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 200.

³¹⁰ Cf. LISZT, Franz von. *Ob. cit.* p. 259-260.

³¹¹ Nesse sentido: WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 197-201; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 239; MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 137-139; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 201-202.

³¹² JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 569-570; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 239-240; MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 138-139; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 202-203.

Nessa visão, o dolo é considerado como sendo representação, vontade e conhecimento do ilícito, o chamado *dolus malus* que caracteriza a teoria do dolo como fundamento da culpabilidade, teoria essa que é minoritária na atualidade.³¹³ Representando essa corrente teórica, Eduardo CORREIA define o elemento intelectual do dolo como representação da conduta típica e conhecimento da sua ilicitude.³¹⁴

O finalismo, ao tratar do dolo e da culpa somente no tipo, vê a culpabilidade como um puro juízo de censura. No lugar do conhecimento atual do ilícito figura o conhecimento potencial, permitindo a punição de quem desconhece o ilícito por oposição ou por desprezo pelo direito, bem como restringindo a punição somente a quem tem a possibilidade de compreender o caráter ilícito da sua conduta.³¹⁵

No modelo de fato punível construído a partir da teoria final da ação, o conhecimento do ilícito (atual ou potencial) não pode ser visto como parte de dolo. Nessa visão, o dolo é a representação atual da conduta e a vontade de realizá-la. Dolo é simplesmente agir de forma consciente e voluntária, é querer a conduta representada. O potencial conhecimento do ilícito atende a uma função distinta. Deve ser possível ao sujeito entender o caráter injusto da conduta, juízo que se faz em termos de lícito ou ilícito na “esfera do profano”.³¹⁶ O ilícito aqui tratado é um juízo leigo de valoração. Enfim, o dolo é querer a conduta, o potencial conhecimento do ilícito é um juízo sobre ela, é sabê-la injusta. O dolo se dirige à conduta como seu objeto, já o conhecimento do ilícito é o juízo sobre esse objeto. Por isso, parece um tanto impróprio considerar o conhecimento do ilícito como parte do dolo, tal qual na teoria do dolo como elemento da culpabilidade.³¹⁷

³¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 409.

³¹⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. T. I. p. 374-375, 408-409.

³¹⁵ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 198-201, 221-234. A respeito dessa transição, ver: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 379.

³¹⁶ Esse juízo de injusto na “esfera do profano” é o conceito tradicional do objeto da consciência (atual ou potencial) do ilícito. Nesse sentido, ver: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 410; WESSELS, Johannes. *Ob. cit.* p. 90.

³¹⁷ Sobre a distinção entre conhecimento do ilícito e dolo, ver: WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 198-201; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 643; ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 211; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 223-227.

A concepção finalista é chamada de teoria normativa da culpabilidade, que pode ser também chamada de culpabilidade extrema ou limitada. Na teoria extrema, elaborada por WELZEL, o erro de tipo exclui o dolo, enquanto o erro de proibição³¹⁸ exculpa ou diminui a pena, conforme o erro seja inevitável ou evitável, respectivamente. Na teoria limitada o erro de tipo também exclui o dolo, como antes, já o erro de proibição exculpa ou diminui a pena, mas em uma de suas formas há exclusão do dolo. Trata-se do erro de tipo permissivo³¹⁹, no qual o sujeito erroneamente acredita haver uma causa de justificação para sua conduta, que nessa hipótese seria lícita. No erro de proibição o sujeito sabe o que faz e valora isso como certo, divergindo da norma. No erro de tipo permissivo o sujeito não sabe o que faz, mas concorda com a norma. O erro de tipo permissivo se liga à conduta, e não à sua valoração, daí a proximidade com o erro de tipo, justificando a consequência de afastar o dolo.³²⁰

A legítima defesa putativa é exemplo do erro de tipo permissivo: se alguém, por erro justificável, acredita agir em legítima defesa e mata outrem, não será punido por homicídio doloso, mas poderá ser punido por homicídio culposo se o erro derivar de culpa, tal qual no erro sobre elementos do tipo.

A teoria da culpabilidade limitada é predominante na doutrina atual³²¹, e é a adotada no Código Penal brasileiro, conforme consta em sua exposição de motivos e se depreende dos dispositivos que tratam do erro sobre elementos do tipo e do erro sobre a ilicitude do fato.

Embora a noção de culpabilidade esteja em constante elaboração pela doutrina, geralmente ela é conceituada como um juízo de reprovação que se faz sobre a conduta ilícita, praticada por um agente capaz de culpa (em sentido amplo), com

³¹⁸ É o erro sobre a ilicitude do fato, no qual o agente pensa que age de forma lícita.

³¹⁹ Ver, a respeito do erro de tipo permissivo: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 420.

³²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 224-226.

³²¹ *Idem.* *Ibidem.* p. 225.

potencial de entender o caráter ilícito do seu comportamento, e sendo-lhe exigível agir em conformidade com o direito.³²²

A esse respeito, deve-se notar que usualmente os conceitos de imputabilidade e exigibilidade de conduta conforme o direito são obtidos dos seus contrários: dos casos de inimputabilidade e de inexigibilidade de conduta diversa. Ao menos é a noção presente na legislação pátria.

Ao lado da definição de culpabilidade, descrita acima, chamada de conceito formal de culpabilidade, indaga-se também por um conceito material de culpabilidade, que fundamente a reprovação. Diversos são os critérios que procuram definir esse fundamento: a ética, a segurança pública, finalidade da pena, a direção dos impulsos do homem.³²³

3.4.2. Fundamentos da culpabilidade

O juízo de reprovação feito ao agente depende dos seguintes fundamentos: imputabilidade, potencial conhecimento do ilícito e exigibilidade de conduta diversa.

A capacidade de culpa diz respeito à imputabilidade. É necessário que o agente tenha condições pessoais que permitam um juízo de reprovação para o seu comportamento.

Exige-se um mínimo de autodeterminação para que alguém seja passível de reprovação, afirmando-se que a imputabilidade é antes um pressuposto da culpabilidade que um de seus elementos.³²⁴

WESSELS³²⁵ aponta a liberdade de decisão como o fundamento da culpabilidade, lecionando o seguinte:

³²² Por todos: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 240.

³²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 380-381.

³²⁴ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 600-603, 605; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 391; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 241-242.

³²⁵ WESSELS, Johannes. *Ob. cit.* p. 83.

O fundamento do princípio da culpabilidade e responsabilidade é constituído pela capacidade do homem, de se decidir livre e corretamente entre o Direito e o Injusto. Só quando exista esta *liberdade de decisão* é que terá sentido se impor uma censura de culpabilidade contra o agente. (...) Como nem a tese do clássico *indeterminismo*, com o postulado da ‘liberdade absoluta de vontade’, nem os reparos do determinismo, com o princípio explicativo da ‘legalidade causal’ do comportamento humano (= o crime é um produto forçoso da disposição e do meio), são comprováveis de modo cientificamente exato, o Direito Penal deve se dar por satisfeito com o reconhecimento de que o *princípio da responsabilidade* do homem, psiquicamente são e moralmente maduro, é uma *realidade inabalável de nossa existência social*.

JAKOBS conceitua a autodeterminação não como livre arbítrio, mas como a falta de obstáculos juridicamente relevantes para que o sujeito se oriente em conformidade com o direito.³²⁶ Tais obstáculos seriam a menoridade, doença mental, etc. Percebe-se que essa idéia se aproxima daquela conceituação da imputabilidade pelo seu negativo.

Nesse mesmo sentido, o Código Penal pátrio não define a imputabilidade, que é concebida como o contrário das situações em que ocorre a inimputabilidade, previstas nos artigos 26 e seguintes. São inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, os doentes mentais ou com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e a pessoa vítima de embriaguez completa por caso fortuito ou força maior. Quanto ao embriagado, ao doente mental, e à pessoa com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, deve haver, à época do fato, a impossibilidade de entender o caráter ilícito da conduta ou a impossibilidade de se orientar conforme esse entendimento.

O potencial conhecimento do ilícito consiste na possibilidade que o sujeito tem de entender o seu comportamento como ilícito. Deve haver a possibilidade de compreensão do injusto.

O que vem a ser esse injusto, que é objeto do conhecimento potencial do agente, depende do ponto de vista teórico. A doutrina brasileira geralmente não trata dessa variedade conceitual, limitando-se a definir a noção de injusto como a consciência, pelo menos possível, de que a conduta é contrária ao direito. Trata-se da

³²⁶ JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 585-586.

chamada ‘antijuridicidade material’ ou conhecimento ‘segundo o profano’.³²⁷ Há teorias que divergem dessa noção. Uma vertente afirma que a noção de injusto se liga à punibilidade da conduta. Outra entende que o injusto se liga ao conhecimento da lesão ao bem jurídico compreendido do tipo penal em questão, aproximando-se da noção de punibilidade do fato. Não se pode negar o mérito da noção de conhecimento do injusto ligado à punibilidade, pois ela é mais compatível com o princípio da culpabilidade³²⁸, característica essencial do direito penal num Estado democrático de direito.³²⁹

É importante salientar que o conhecimento do injusto por parte do agente precisa existir ou pelo menos lhe ser possível. Não é necessário que o agente tenha atingido o conhecimento do injusto, mas que nas circunstâncias fosse possível a ele ter esse conhecimento. A potencialidade do conhecimento do injusto é uma noção construída a partir da teoria final da ação³³⁰, e possui maciça aceitação na doutrina contemporânea.³³¹

Conforme haja ou não esse potencial, o erro (desde que justificado) se considera evitável ou inevitável, respectivamente. Se nas circunstâncias concretas (grau de instrução, meio social, etc.) for possível para o sujeito, por reflexão ou informação, entender o ilícito, o erro, ainda que justificado, será evitável. Se tal entendimento não era possível de ser atingido o erro será inevitável.³³²

O contrário do conhecimento do injusto é o erro sobre a ilicitude do fato, do qual tratamos, ainda que sumariamente, na seção anterior, quando descrevemos as teorias extrema e limitada da culpabilidade. De acordo com o Código Penal brasileiro, pode haver a suposição justificada de que a conduta é lícita ou de que alguma causa de

³²⁷ Representantes dessa concepção: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 410; WESSELS, Johannes. *Ob. cit.* p. 90. No Brasil, por todos: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* p. 258-261.

³²⁸ Decorrente da máxima *não há crime sem culpa*.

³²⁹ Raciocínio muito bem construído por SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 227-229.

³³⁰ WELZEL, Hans. *Ob. cit.* p. 221 e ss.

³³¹ Por todos: MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Ob. cit.* p. 643; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 252.

³³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 234-236.

justificação a permita (artigo 21). Pode, ainda, o agente supor uma situação que se existisse tornaria a conduta permitida (artigo 20, § 1º). No primeiro caso, se o erro é inevitável não há culpa, se é evitável ela é diminuída. Exclui-se a culpabilidade ou a pena é reduzida. No segundo caso, se o erro é inevitável não há dolo ou culpa, se é evitável não há dolo, mas há culpa, desde que o delito seja previsto na modalidade culposa.

Convém explicitar o que seja a ‘suposição justificada de que a conduta é lícita’. Dizendo de outra forma, diz-se que não há o conhecimento do injusto. Essa noção pode ser vista como o desconhecimento invencível da norma penal, que aparentemente violaria a máxima de que o desconhecimento da lei penal é inescusável. A esse respeito, Juarez Cirino dos SANTOS leciona que há crimes nos quais é impossível um juízo leigo acerca da ilicitude da conduta, pois eles não têm correspondência na esfera do profano. Nessas situações, o injusto deve ser visto como o conhecimento da norma, e não aquele juízo na esfera do profano. Isso porque o princípio da culpabilidade não pode ser obstado pela regra acerca do desconhecimento da lei. Assim, a ‘suposição justificada de que a conduta é lícita’ seria o erro de proibição direto³³³, decorrente do desconhecimento invencível (erro inevitável) da lei penal. Essa noção assume relevância diante da crescente criminalização de condutas muitas vezes indiferentes para a generalidade da sociedade.³³⁴

A exigibilidade de conduta diversa parte de um juízo de normalidade. Em situações normais o sujeito pode se orientar em conformidade com o direito, mas há situações excepcionais que não permitem essa conformidade.

Diverge a doutrina se essas situações são unicamente as previstas em lei³³⁵ ou se a inexigibilidade de conduta diversa seria uma cláusula geral de exculpação.³³⁶ A primeira postura se vale do argumento que uma cláusula geral representaria

³³³ A plausível suposição de causa de justificação seria o erro de proibição indireto ou permissivo.

³³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 237-243.

³³⁵ Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.* p. 456-458; WESSELS, Johannes. *Ob. cit.* p. 96; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 260.

³³⁶ Admitindo a inexigibilidade como cláusula geral de exculpação: JAKOBS, Günther. *Ob. cit.* p. 715-716; MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 146-149.

insegurança jurídica. Em oposição, os defensores de uma cláusula geral de exculpação geralmente afirmam que as situações de anormalidade devem obedecer a critérios limitadores, ligados ao fato e ao agente.³³⁷

O Código Penal brasileiro prevê como situações de inexigibilidade de conduta diversa a obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal e a coação moral irresistível, na qual não é razoável que o sujeito evite agir de forma ilícita.

A doutrina nacional também reconhece o estado de necessidade exculpante (bem jurídico protegido de igual ou menor valor que o sacrificado) como situação de inexigibilidade de conduta diversa.³³⁸

Nos crimes em questão, pode haver diversas situações de erro. Como visto, o erro sobre a não autorização da contrafação será resolvido como erro de tipo. Igualmente em situações de erro sobre a existência da patente. Mas ainda há outras hipóteses de erro. Uma delas seria a suposição plausível de incidir alguma causa de justificação específica. Outra situação de erro seria o próprio desconhecimento invencível da norma, conforme a noção que foi exposta sobre o erro de proibição direto. Embora na sociedade em geral esteja presente um juízo ‘na esfera do profano’ condenando a contrafação, é perfeitamente plausível que em determinados meios sociais isso não ocorra. Com efeito, não é difícil supor que nesses casos muitos sequer imaginam o que seja uma patente, e, portanto, não têm condição de saber que há normas que as tutelam, deixando campo aberto para o erro de proibição direto.

3.4.3. A culpabilidade como garantia

Além de ser elemento do crime e de limitar a punição às condutas em que há culpa (em sentido amplo), a culpabilidade e sua graduação representam um preceito constitucional em prol da liberdade individual. A punição deve se amoldar ao quanto foi reprovável a conduta do agente, daí os diversos mecanismos de dosimetria da pena.

³³⁷ Ver, nesse sentido: MACHADO, Luiz Alberto. *Ob. cit.* p. 148-149.

³³⁸ Por todos: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob. cit.* p. 261-262.

Adequar a punição ao grau de culpabilidade do sujeito é uma garantia frente aos (não tão) eventuais excessos e arbitrariedades do poder punitivo do Estado.

Embora seja assunto ligado à aplicação da pena, o qual não é aqui abordado, parece pertinente fazer algumas observações acerca das diferentes condutas em que há violação de patentes e como devem ser tratadas. Tais argumentos são meras sugestões, sem propósito de rigor científico. Porém, a sua ausência talvez mais empobrecesse o trabalho do que a sua presença o prejudique.

Como foi visto anteriormente (seção 2.5.3.), a contrafação, genericamente chamada de pirataria, é uma atividade extremamente lucrativa, movimenta cifras bilionárias e causa prejuízos da mesma ordem. Para tanto, tem que ser eficientemente organizada. E como toda atividade ilícita desse tipo, há os poucos grandes e organizados que dominam o ‘mercado’ e os muitos pequenos que movimentam as engrenagens do esquema.

A conduta que representa dano à sociedade é justamente a contrafação organizada, a qual deve ser coibida com maior veemência. Não se pode, porém, dispensar o mesmo tratamento, por exemplo, aos ambulantes que comercializam produtos ‘piratas’. A atividade organizada representa um grau de culpabilidade muito maior que o pequeno comerciante que se vale de produtos advindos de contrafação. Isso quando a conduta destes não for compreendida pelo princípio da insignificância.

Fato é que o sistema de justiça criminal, extremamente seletivo, justamente se dirige com mais ímpeto àqueles que são a massa de manobra da contrafação. Daí ser necessário que, ao menos, o grau da culpabilidade, enquanto limite da punibilidade, seja adequado à danosidade da conduta, evitando uma distorção maior ainda. Nos crimes contra as patentes as conseqüências do delito devem ter papel primordial na dosimetria da pena.

CONCLUSÕES

Partindo da disciplina jurídica dispensada às patentes, concluímos que esse mecanismo de tutela envolve dois aspectos. Além de assegurar direitos para o criador da inovação tecnológica, notadamente reconhecendo a propriedade do autor sobre a obra, a patente também atende a uma outra função, que é fomentar o desenvolvimento tecnológico.

Essa conclusão se obtém da publicidade da patente e do incentivo que ela representa à pesquisa tecnológica. Ao depositar o seu pedido de patente, em troca da proteção o inventor dá publicidade à sua idéia, que se agrega ao estado de técnica, amplia o conhecimento técnico da sociedade. Tendo em conta que a atividade inventiva parte dos conhecimentos técnicos adquiridos, ou seja, parte do estado de técnica, e que a nova tecnologia enriquece esse corpo de conhecimento, podemos afirmar que a inovação tecnológica favorece a obtenção de mais tecnologia. Aliado a isso, o fato de ter exclusividade sobre a inovação, e com isso poder obter retorno econômico, incentiva o inventor a realizar pesquisa tecnológica. Ao contrário, a falta de proteção é um fator de inibição da pesquisa.

Em suma, a patente reconhece a propriedade do inventor e fomenta o desenvolvimento tecnológico, daí se afirmar que eles são os bens tutelados por esse mecanismo.

A identificação desses bens foi necessária para que possamos verificar se os mesmos são dignos de tutela penal.

Para fazer esse juízo, o critério adotado foi o conceito material de crime como ofensa a bem jurídico penal.

Bem jurídico penal será aquele de caráter fundamental, essencial, e por isso considerado como relevante pela sociedade. São dados que a sociedade elege como muito importantes. O que confere essa relevância é a Constituição, enquanto opção política e valorativa fundamental de um povo. Em outros termos, são os preceitos constitucionais que permitem identificar os bens jurídicos, eles estão em referência à

ordem constitucional. Ainda, o fato de ser um preceito constitucional dá ao bem jurídico um caráter vinculante, o que verdadeiramente limita o poder punitivo. Para conceber uma conduta como criminosa, ao lado da identificação de um bem jurídico, ainda temos que verificar se o direito penal é necessário para tutelar a sua ofensa. Parte-se do caráter subsidiário do direito penal, que definimos como a insuficiência de tutela por outros meios e a possibilidade de êxito do ordenamento penal na ofensa em questão.

Concluimos que os bens tutelados pela patente se amoldam ao conceito de bem jurídico penal. Isso porque a propriedade e o desenvolvimento tecnológico são bens por demais relevantes para a sociedade, razão pela qual estão presentes do texto constitucional. É a previsão constitucional que confere a dignidade penal para esses bens. Quanto à necessidade de tutela penal na violação das patentes, vimos que em regra os meios cíveis se mostram mais adequados para tutelar os bens. Porém, a situação que se apresenta, de uma atividade de contrafação que é ilícita, clandestina e extremamente organizada, bem como extremamente prejudicial à sociedade, faz com que a tutela penal seja necessária. Nesse aspecto, afirmamos ainda que a noção de subsidiariedade, em função da sua imprecisão, não tem o condão de vincular a aplicação do direito, podendo, porém, orientá-la. A subsidiariedade se dirige mais ao legislador, como parâmetro a ser seguido. Isso já não ocorre com o bem jurídico, cujo exame vincula toda a atividade jurídica.

Finalmente, tratamos do crime contra as patentes em relação ao conceito analítico de crime, da sua decomposição em elementos. Ou seja, analisamos os elementos dos crimes contra as patentes. Com a noção de crime aqui utilizada se objetivou estabelecer uma disciplina dos crimes contra as patentes adequada aos postulados de um direito penal limitador do poder punitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Lecciones de derecho penal*. Cidade do México: Editorial pedagógica iberoamericana, 1995.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1958.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Trad. Ana Lúcia Sabadell. In: Revista brasileira de ciências criminais. Ano 2. Nº 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Edição Saraiva, 1964.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Vol. I. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. Vol. I. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho penal*. Vol. I. Trad. e prólogo de Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. I, parte I e Vol. II, Tomo I, parte II. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1946.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Vol. I e II. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER e IPANEMA MOREIRA. *Comentários à lei de propriedade industrial e correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mário Sorensen; e MENDES, Paulo Parente M. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2 reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Direito industrial: patentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

_____. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de criminologia*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal: parte especial 2*. 4 ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.

_____. *Lições de direito penal: parte geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Balmes Vega. *Contrafação de patentes: violação de direitos de propriedade industrial com ênfase na área de químico-farmacêuticos*. São Paulo: LTr, 2004.

GAROFALO, R. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repreensão penal*. Trad. Julio de Mattos. 4 ed. Lisboa: Livraria clássica editora, 1925.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2 ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4 ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. Vol I. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KELSN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Trad. Quintiliano Saldaña. 2 ed. Madri: Editorial Reus, 1926.

_____. *Tratado de direito penal*. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LYRA, Roberto. *Novo direito penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. II. Campinas: Bookseller, 1997.

MASCAREÑAS, Carlos E. *Los delitos contra la propiedad industrial*. Barcelona: José Mª Bosch, 1953.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MONTORO FILHO, André Franco. (*et alii.*); org. Diva Benevides Pinho, Marco Antônio Sandoval de Vasconcelos. *Manual de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. Vol. I. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *A proteção jurídica das invenções de medicamentos e de gêneros alimentícios*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

PAES, P. R. Tavares. *Propriedade industrial*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1987.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Tratado da argumentação - a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito industrial: As funções do direito de patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Direito industrial: aspectos introdutórios*. Chapecó: Unoesc, 1994.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Elementos de direito penal*. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal e estrutura del delito*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábel Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Trad. Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri e MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3 ed. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

_____. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Ledo Paulo Guimarães. *Teoria da argumentação e direito*. In: Estudos de Teoria geral do direito. Coord. Ivan Guérios Curi. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

SANTOS, Ozéias J. *Marcas e patentes: propriedade industrial*. São Paulo: Lex editora, 2001.

SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política*. Trad. Balthazar Barbosa Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SHERWOOD, Robert. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Trad. Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de propriedade industrial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado da propriedade industrial*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1988.

_____. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei 9.279 – 14.05.1996*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SOLOW, Robert. *Technical change and aggregate production function*. In: Review of Economic and Statistics, 1957.

STRENGER, Irineu. *Marcas e patentes: análise sucinta da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función em derecho penal*. Trad. Monica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; e YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de direito penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VITRAL, Waldir. *Vocabulário jurídico: volume V, A-Z*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ÍNDICE

Dedicatória	iii
Agradecimentos	iv
Sumário	v
Resumo	vi
Introdução	1
1. Parte I – O sistema de patentes no Brasil	4
1.1. Capítulo I – Patentes e tecnologia	5
1.1.1. Inovação tecnológica	5
1.1.2. Tecnologia e economia	7
1.1.3. Os benefícios do desenvolvimento tecnológico.....	9
1.2. Capítulo II – Noções fundamentais	12
1.2.1. Breve relato histórico	12
1.2.2. As patentes como parte da propriedade intelectual	17
1.2.3. Conceito de patente – invento, modelo de utilidade, e seus requisitos.....	19
1.3. Capítulo III – Sistema normativo	26
1.3.1. Convenção de Paris de 1883	26
1.3.2. Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio – TRIPs.....	30
1.3.3. Lei nº 9.279/96 – Lei de Propriedade Industrial.....	31
1.3.4. Constituição da República	35
1.4. Capítulo IV – Direitos conferidos pela patente	37
1.4.1. Direito temporário de exclusividade.....	37
1.4.2. Tutela cível.....	38
1.4.3. Tutela criminal	40
1.5. capítulo V – Funções do sistema de patentes	42
1.5.1. Razões da proteção pela patente	42

1.5.2. Patentes como fomento do desenvolvimento tecnológico.....	48
2. Parte II - Fundamentos de criminalização da violação às patentes.....	51
2.1. Capítulo I – Conceitos de crime	53
2.1.1. Formal	53
2.1.2. Material	55
2.1.3. Analítico.....	57
2.2. Capítulo II – Conteúdo material do conceito de crime	62
2.2.1. Perspectivas diversas à teoria do bem jurídico penal-constitucional.....	62
2.2.2. Bem jurídico penal-constitucional como conteúdo material de crime	66
2.2.3. O caráter subsidiário do direito penal	73
2.3. Capítulo III – Considerações críticas sobre o bem jurídico penal.....	77
2.3.1. Bem jurídico penal intra-sistêmico e extra-sistêmico.....	77
2.3.2. Bem jurídico penal e funcionalismo	78
2.3.3. Bem jurídico penal e sociedade de risco.....	81
2.4. Capítulo IV – Bem jurídico penal como princípio vinculante	84
2.4.1. Funções do bem jurídico penal	84
2.4.2. Numa visão positivista.....	85
2.4.3. Numa visão argumentativa	87
2.5. Capítulo V – Bens jurídicos tutelados pelas patentes e sua relevância penal	91
2.5.1. Bens jurídicos tutelados na patente.....	91
2.5.2. A propriedade como bem jurídico penal.....	92
2.5.3. A tecnologia como bem jurídico penal	94
2.5.4. Necessidade da tutela penal	95
3. Parte III – Elementos dos crimes contra as patentes	98
3.1. Capítulo I – Conduta	99
3.1.1. Considerações gerais.....	99
3.1.2. Teoria causal da ação	100
3.1.3. Teoria final da ação.....	101

3.2. Capítulo II – Tipicidade do crime	105
3.2.1. Considerações gerais.....	105
3.2.2. Tipo objetivo	109
3.2.3. Tipo subjetivo	112
3.2.4. Erro sobre elementos do tipo	116
3.3. Capítulo III – Causas de justificação.....	118
3.3.1. Considerações gerais.....	118
3.3.2. Consentimento do ofendido	120
3.3.3. Causas específicas de justificação	122
3.4. Capítulo IV – Culpabilidade.....	124
3.4.1. Considerações gerais.....	124
3.4.2. Fundamentos da culpabilidade.....	127
3.4.3. A culpabilidade como garantia	131
Conclusões	133
Referências Bibliográficas	135