

Parecer do Ministério Público: em pedido de busca e apreensão por ofensa a propriedade imaterial

PEDRO RUI DA FONTOURA PORTO

Promotor de Justiça no RS

Eminente pretor:

A Companhia de Bebidas A ingressou com a presente **medida cautelar de busca e apreensão** contra Bebidas F., noticiando que esta última empresa utiliza engradados de garrafa, denominadas “garrafeiras”, com logotipos das marcas A, B e S, pertencentes à requerente.

Com isso, a empresa F. estaria incorrendo no crime previsto no art. 190, II, da Lei 9.279/96, posto que “vende, oferece e tem estoque”, “produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem”.

Ademais, instrui o seu pedido com fotografias sacadas do depósito da Bebidas F. em Lajeado, onde aparecem, ostensivamente, garrafeiras com as marcas antes aludidas. Ao final, postula seja decretada a busca e apreensão de **todas as garrafeiras que ostentem as marcas supra referidas**. Depois, requer seja designada perícia, indicando desde logo os quesitos tendentes a comprovar que tais engradados efetivamente estampam as marcas da peticionária. Os autos vieram ao Ministério Público para parecer.

De início, cumpre ponderar que, tratando-se de crime de ação penal privada, o instrumento de mandato deve comportar precisamente os requisitos do art. 44 do CPP, ou seja, deve conter descrição resumida do fato criminoso,

dos artigos incidentes e dos nomes dos querelados, conforme se vê do seguinte julgado:

EMENTA: CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL. CRIME DE CONCORRENCIA DESLEAL, NAS MODALIDADES DE DESVIO DE CLIENTELA POR MEIO FRAUDULENTO E COMERCIO DE PRODUTO ADULTERADO OU FALSIFICADO EM RECIPIENTE OU INVOLUCRO DE OUTREM (LEI N. 9279/96, ARTIGO 195, INCISOS III E VIII). REQUISITOS DA PROCURACAO. DECADENCIA DO DIREITO DE QUEIXA-CRIME. TIPICIDADE DA CONDUTA. DESCRICAO DA ATUACAO DE CO-AGENTES, EM CO-AUTORIA. CARACTERISTICAS DA PROVA. PROCEDIMENTO DE EXAME PERICIAL EM PROCESSO PREPARATORIO. 1. **REQUISITOS DA PROCURACAO: CUMPRE AS DETERMINACOES DO ARTIGO 44 DO CODIGO DE PROCESSO PENAL, AO ATRIBUIR PODERES ESPECIAIS E FAZER MENCAO AO FATO CRIMINOSO, INDICAR OS ARTIGOS DE LEI ATINENTES E NOMEAR OS QUERELADOS (...).** (Apelação Crime Nº 70000653402, Câmara Especial Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 09/03/2001) (grifo nosso)

É bem verdade que o presente requerimento ainda não se constitui na queixa crime; parece, entretanto, que o mesmo requisito exigível para fins da propositura da ação penal privada deve ser exigido de antemão, para os efeitos do requerimento de medidas cautelares, com conseqüências até mais severas do que as defluentes da própria condenação.

Destarte, deve a empresa peticionária, regularizar a procuração de fl. 08, atendendo aos requisitos do art. 44 do CPP, pena de não ser examinado o mérito do pleito.

No mérito, a postulação há de ser avaliada sob diferentes enfoques: a tipicidade do crime e as conseqüências do deferimento da medida postulada.

De início, é imprescindível ter-se em mente os requisitos necessários à caracterização do crime do art. 190, II, da Lei 9.279/96. Atentando-se ao conceito analítico de crime, verifica-se sua tripartição em três grandes caracteres: *tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade*.

A *tipicidade* é o primeiro requisito a ser verificado o qual, por sua vez, divide-se em *conduta, resultado, nexa causal e adequação típica*. A conduta criminosa há de ser *dolosa ou culposa*, visto que, nos domínios da teoria finalista da ação, amplamente acatada pela doutrina dominante, o dolo e a culpa são elementos integrantes da tipicidade e não mais da culpabilidade, como ocorrera enquanto vigorava a teoria causalista.

Explicando essa transferência do dolo, do plano da culpabilidade para o da tipicidade, Welzel, considerado o pai da teoria finalista da ação, preleciona que:

... a dogmática penal [causalista] tratou de compreender, primeiramente, o conceito de injusto através da dupla participação: 'objetivo' – 'subjetivo'. Ao injusto, pertencem exclusivamente as características objetivas do mundo exterior, enquanto que os elementos psíquicos subjetivos deveriam de constituir a 'culpa' [*ato sensu* – culpabilidade]. O fundamento mental para tanto o ofereceu, por uma parte, a teoria causal da ação que separou nitidamente a ação, como sendo um acontecimento causal puramente exterior do conteúdo subjetivo da vontade; dessa forma, foi atribuído todo o 'exterior' para a antijuridicidade, e todo o 'interior' para a culpa [culpabilidade]. (Direito Penal. Campinas/SP: 2003, Editora Romana, tradutor Dr. Afonso Celso Rezende, p. 111-114).

Na seqüência pondera o grande penalista germânico que esta separação tão clara, que relacionava o 'exterior' com a antijuridicidade e o 'interior' com a culpabilidade, foi rompida ao serem descobertos os elementos subjetivos do injusto. “Reconheceu-se que em muitos tipos é impossível compreender o injusto em forma puramente objetiva, e que deve ser completada sua apreciação por determinados elementos psíquico-subjetivos”. Foi no estudo dos crimes tentados que Welzel sustentou que “o dolo é um elemento subjetivo do injusto”, pois “na tentativa não se pode comprovar em absoluto em forma puramente 'objetiva', ou seja, sem considerar a decisão subjetiva do autor, em qual tipo há de se concretizar”.

Para Welzel “a lógica conseqüência desta compreensão deve, baseada na teoria [então] predominante, conduzir ao reconhecimento de que, se o dolo no delito *tentado* pertence ao tipo do injusto e não à culpa, ele deve conservar a mesma função também quando o delito tentado passa para a etapa da consumação”. Daí, pontificou ao final que “o dolo, que a teoria da ação finalista assinalou como o fator que cria o objetivo da ação, é um elemento essencial do conceito do injusto”

Ou seja, para Welzel e todos os seus seguidores, a tipicidade, primeiro plano do conceito analítico de crime, não mais se aperfeiçoa apenas com a verificação objetiva dos requisitos integrantes do tipo, mas exige também a presença dos elementos subjetivos – dolo e culpa *stricto sensu* – sem os quais sequer se pode cogitar da tipicidade.

No tocante à adequação típica sabe-se que culpa *stricto sensu* é um elemento extratípico, e, portanto, há de ser prevista expressamente para permitir a subsunção no molde típico. O dolo, por sua vez, é elemento subjetivo natural (intratípico) e, por isso, silenciando a lei, o tipo penal necessariamente pressupõe a presença deste elemento anímico da conduta. Ou seja, desde que vencedora a teoria finalista da ação, o dolo esta pressuposto no tipo penal e o exame da própria tipicidade não pode negligenciá-lo.

Destarte, o crime do art. 190, II, da Lei 9279/96, inexistente na forma culposa, posto que não prevista em lei, mas apenas na modalidade dolosa.

O dolo, nos termos da teoria finalista da ação, não é mais o simples impulso psicológico precedente à ação. Tratando-se o crime de um ato humano, o dolo é teleológico, ou seja, está voltado à consecução de determinado fim, precipuamente, a agressão ou geração de perigo ao bem jurídico. É novamente Welzel quem nos explica com propriedade o conceito de dolo:

Toda ação consciente é levada pela decisão de ação, ou seja, pela consciência do que se quer – elemento intelectual –, e a decisão de querer realizá-lo – o elemento volitivo. Ambos elementos juntos, com fatores criadores de uma ação real, constituem o dolo. A ação objetiva é a execução finalista do dolo. Esta execução pode ficar detida em seu estado inicial: na tentativa; aqui o dolo vai mais além do alcançado. Quando a decisão do fato é executada de maneira completa, até seu final, estamos diante do fato consumado. Aqui todo o fato não é somente desejado com dolo, mas também realizado com dolo. O dolo é, em toda sua extensão, um elemento finalista da ação. (Idem supra).

Dolo, portanto, compreende uma dimensão intelectual, concernente à consciência da ação criminosa e uma dimensão volitiva, tangente à vontade de praticá-la. Ademais, o dolo é finalista, isto é, objetiva gerar perigo ou dano a um bem jurídico determinado. A função de proteção de bens jurídicos é uma das mais reiteradamente apontadas pela doutrina, inclusive a mais moderna (Roxin).

Qual o bem jurídico protegido pela Lei 9.279/96? Sem dúvida que a propriedade industrial, os privilégios de invenção, registros de marca. Ademais, é uma lei que busca reprimir a concorrência desleal, praticada por empresas parasitárias que se aproveitam do *marketing* de outras marcas para promoverem seus produtos. Nesse caso, infere-se que a Lei 9.279/96 também tem um propósito não enunciado, mas especialmente relevante, porquanto alçado à condição de princípio constitucional da ordem econômica: **a defesa do consumidor (art. 170, V, da CF/88)**.

Destarte, pode-se concluir com segurança que o dolo próprio dos crimes contra a propriedade imaterial pressupõe a finalidade de aproveitar-se do *marketing* de outra marca, para fraudar a concorrência, vendendo mais e, deste modo, também prejudicar o consumidor.

Uma vez que a Companhia de Bebidas A sequer alega que a Bebidas F. esteja vendendo seu produto – refrigerantes e água mineral – em recipientes ou vasilhames identificados pelas marcas S, B ou A, mas apenas utilizando garrafeiras com inscrições destas marcas, em princípio, salvo melhor juízo,

não se entrevê o dolo de praticar concorrência desleal ou prejudicar o consumidor.

Ao contrário, a Bebidas F. utiliza uma prática comum no mercado de bebidas e refrigerantes, imposta por razões práticas quando do retorno das garrafeiras dos pontos de distribuição. A falta de uma logística mais apurada determinou, ao longo dos anos, que os varejistas devolvessem o vasilhame retornável em caixas de outras empresas, sendo crível que garrafeiras da F. também estejam usadas por outras empresas.

O costume é uma fonte de interpretação do direito penal que não deve ser negligenciada sob pena de incorrer-se em injustiças. Quem age inspirado em um costume, repontado pelo galope dos meses e pelo trote dos anos, crê sinceramente que não está a varar os aramados da lei, invadindo os poteiros da ilegalidade.

Embora seja certo que o costume não pode derogar a lei penal, nem tampouco servir de base para a punição de quem quer que seja, com isso ele próprio afastando o princípio basilar da legalidade penal, a verdade é que um costume que se caracteriza por uma prática reiterada no tempo e necessária, pode afastar, no caso concreto, o elemento anímico da conduta, ou seja, o dolo.

Nesse caso, é possível remanesça a culpa, em face da imprudência, porém, como já se mencionou alhures, o delito em pauta não é previsto na forma culposa.

Assim, as regras consuetudinárias impõem sua observação ao julgador para mitigar o texto frio e abstrato da lei. Como regra, pode-se afirmar que, quem atenta a práticas costumeiras, ainda quando estas possam sutilmente ferir a lei, não o faz com a finalidade de pôr em perigo o bem jurídico protegido.

Portanto, sem detecção do dolo próprio de afrontar a regra típica do art. 190, II, da Lei 9279/96, na conduta de Bebidas F, trata-se de fato atípico que não pode ensejar qualquer providência a ser deferida pela Justiça Criminal.

Há, ainda que se considerar os requisitos da medida cautelar – *periculum in mora e fumus boni juris*. No tangente a estes, por um lado, a “fumaça do bom direito” já parece um tanto obscurecida na polvadeira das considerações antes repontadas, referentes à atipicidade da conduta por ausência de dolo.

No que toca ao *periculum in mora* melhor sorte não assiste à peticionária.

Nesse ponto é preciso trazer nos tentos, para os marcos desta decisão, o inolvidável princípio da proporcionalidade.

Ora, se segundo deflui da própria inicial, a Fruki vem utilizando as garrafeiras da AMBEV há muito tempo, não parece necessário determinar uma apreensão total destes engradados, assim tão apressadamente. Com efeito,

em toda decisão judicial, o juiz deve levar em conta as conseqüências sociais de sua decisão.

Trata-se de uma metodologia jurídica hodierna e apropriada para um mundo em constante transformação, no qual a letra fria da lei não pode servir de base exclusiva para determinação do julgamento. O próprio legislador já deu-se conta disso e ampliam-se as leis abertas, os argumentos analógicos, fortalecendo-se os princípios gerais. Nesse sentido, o emérito professor de Frankfurt, Winfried Hassemer, em brilhante lição, pontificou:

Para uma compreensão do nosso mundo, é muito mais fecundo examinar o “desenvolvimento” da lei na **jurisprudência orientada pelas conseqüências**, que se funda numa estratégia bem-intencionada de adequação do pesado sistema de justiça às rápidas mudanças sociais e que trata a lei, em relação a esta tarefa, muito mais como estímulo do que limite à descoberta judicial do Direito. (**Direito Penal - Fundamentos, Estrutura, Política**. Organizador: Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, ano 2008, p. 56, grifo nosso)

E mais adiante, Hassemer, juiz do Tribunal Constitucional Alemão, explana ainda com mais clareza o que seja o “princípio da consideração das conseqüências”, relacionando-o com a moderna “teoria funcionalista do direito penal”, de matriz sistêmica, relacionada à idéia de função do sistema de justiça penal no meio comunitário:

O método de atividade decisória judicial correspondente à abordagem funcionalista é a **consideração para com as conseqüências**. Esse método instrui o juiz a tomar em consideração as reais conseqüências esperadas de sua decisão, avaliá-las e corrigi-la, caso as conseqüências indesejadas superem um certo limite tolerável. (idem supra, p. 109 – grifo nosso).

Com supedâneo nessa orientação hermenêutica de inexcedível relevância, o caso em questão impõe a avaliação das conseqüências da decisão deferitória, pois, o uso, pela Bebidas F., de garrafeiras com logotipos das marcas da Companhia A., produz um prejuízo apenas virtual para esta *holding*, detentora de um verdadeiro monopólio na fabricação de bebidas no Brasil, elencada entre as maiores do mundo. Tal prejuízo é apenas teórico, visto que não há, no agir da Bebidas F., qualquer tentativa de engodo ao consumidor, ou de concorrência desleal. Ao contrário, quando transporta seus refrigerantes em caixas plástica com propagandas ostensivas das marcas S, B e A, a Bebidas F. até está concorrendo para o *marketing* destes produtos.

De outro lado, a apreensão tal como postulada pela Companhia ^a, trará evidentes prejuízos materiais à Bebidas F., pois se verá privada das garrafeiras que vem utilizando, terá embaraços no atendimento de seus pedidos e

distribuição de seu produto. Além disso, vislumbram-se danos morais à Bebidas F., pois a simples notícia de busca e apreensão judicial na empresa, produzirá, nos consumidores, a impressão de ilegalidade, insalubridade, enfim, indisposição ao consumo dos produtos desta empresa. Tais prejuízos repercutem outrossim no interesse público, pois podem ocasionar demissões e redução tributária.

ANTE O EXPOSTO, preliminarmente, deve a requerente ser instada a regularizar o instrumento de mandato, acrescente breve resumo do fato delituoso, nome da requerida e menção ao artigo de lei afrontado, pena de indeferimento liminar do pedido.

No mérito, não vislumbrando dolo criminoso na conduta da empresa demandada, nem os pressupostos da medida cautelar e, além disso, para evitar conseqüências danosas à requerida, opina o Ministério Público pelo indeferimento da medida cautelar proposta.

Subsidiariamente, sugere-se, antes de qualquer medida judicial, a designação de audiência de tentativa de conciliação, inspirada nos princípios próprios dos Juizados Especiais Criminais, com o escopo de alcançar uma composição amigável entre as partes, deferindo-se prazo razoável para a empresa requerida entregar as garrafeiras à requerente e encomendar novas com seu logotipo próprio.