

"Pirataria" no Brasil

ÍNDICE¹

Introdução.....	03
1. Adoção de boas práticas de governança corporativa como forma de evitar ações de pirataria dentro da empresa.....	04
2. Concorrência desleal, apropriação de segredos industriais, comerciais, espionagem: formas de prevenção desses eventos.....	05
3. Validade das cláusulas de não concorrência e confidencialidade no contrato de trabalho.....	09
4. Importação de produtos piratas: regulamento aduaneiro e possibilidade de combate.....	11
5. Responsabilidade de anunciantes e sites de leilões na venda de produtos piratas.....	12
6. A propriedade industrial e a comercialização de peças automotivas não originais.....	15
7. Medidas judiciais e os crimes contra a propriedade imaterial.....	17
8. O furto de sinal de televisão à cabo e seu tratamento jurídicos.....	19
9. Contrafação como instrumento pra a prática do furto de energia elétrica.....	21
10. Pirataria e responsabilidade civil do Estado.....	23
11. Importância e particularidades das campanhas antipirataria.....	25
Conclusão.....	27

¹ Os artigos deste estudo foram elaborados pelos advogados: André de Almeida, Ana Carolina Rovida de Oliveira, Andréa Seco, Daniela Bárbara Marti, Fábio Tadeu Ramos Fernandes, Filipe Lisboa Maldonado, Guilherme de Carvalho Doval, Gustavo Henrique de Faria, Henrique Carmona do Amaral, Leonardo Palhares e Tamira Maira Fioravante, com a cooperação do advogado Cassio Augusto Ambrogi.

INTRODUÇÃO

A pirataria, expressão popular que designa toda a espécie de violação aos direitos de criação, já é vista por muitos especialistas como o “crime do século XXI”. É uma atividade ilegal que causa prejuízos crescentes à economia, à geração de empregos e, principalmente, prejuízos aos consumidores.

De acordo com o Conselho Nacional de Combate à Pirataria - CNCP, órgão integrante do Ministério da Justiça cujo sócio fundador do Almeida Advogados – André de Almeida foi membro titular com indicação feita pelo presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, os números da pirataria no Brasil são alarmantes. A cada 10 CDs ou DVDs vendidos no país, 6 são piratas. De 10 bolsas com marcas importadas aqui comercializadas, 8 são piratas. O Brasil perde 2 milhões de empregos formais com a pirataria, que movimentada cerca de US\$ 520 bilhões ao ano em todo o mundo, mais que o narcotráfico, cuja cifra atinge os US\$ 380 bilhões. Em função da pirataria, o Brasil deixa de arrecadar em impostos R\$ 30 bilhões.

Desde a criação do CNCP, em 2004, o País vem registrando recordes de apreensões de produtos falsos, de prisões e de instauração de inquéritos e processos contra falsificadores, em decorrência da atuação integrada envolvendo a Receita Federal, a Polícia Federal e a Polícia Rodoviária Federal, nos portos, aeroportos e fronteiras.

O crime de pirataria é uma atividade financiada por grandes grupos de máfias internacionais organizadas, que trazem para o Brasil os mais diversos tipos de mercadorias. São roupas, tênis, brinquedos, CDs, remédios, óculos, peças de automóveis, luvas cirúrgicas, entre outros, que não seguem qualquer padrão de segurança e qualidade. Esses produtos além de frustrar os consumidores, ainda podem causar danos irreparáveis à sua saúde.

Nessa verdadeira cruzada contra a pirataria o CNCP conta com colaboradores, a exemplo do Fórum Nacional Contra a Pirataria e a Ilegalidade – FNCP, sociedade civil e apartidária, criada pelo sócio fundador do Almeida Advogados – André de Almeida, tendo sido, inclusive, seu primeiro presidente, que congrega os mais importantes setores da economia nacional no combate a práticas de pirataria, falsificação, descaminho, subfaturamento, contrabando, sonegação fiscal e outros ilícitos decorrentes, tendo como missão a de agir como articulador entre a Iniciativa Privada, o Estado e a Sociedade, com o objetivo de alertar e educar governo e cidadão quanto aos riscos e prejuízos que dela decorrem.

Atento aos reflexos que a pirataria gera junto ao cenário econômico nacional e internacional, o Almeida Advogados apresenta uma série de onze artigos analisando o tema e sua relação com as diversas áreas do direito, a saber: societária, contratual, trabalhista, tributária, dentre outras.

Com esse estudo, o Almeida Advogados não espera esgotar a infinita gama de questões jurídicas que decorrem dessa prática que tanto prejudica o País; pretende apenas contribuir no sentido de permitir que o leitor se inteire de algumas interessantes questões e soluções jurídicas que podem ser utilizadas como mais um instrumento no combate e redução desses alarmantes índices.

1. ADOÇÃO DE BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO FORMA DE EVITAR AÇÕES DE PIRATARIA DENTRO DA EMPRESA

A integração de conceitos e práticas de Governança Corporativa, Gerenciamento de Riscos e *Compliance* pode auxiliar essas empresas a mitigar o risco de fraudes, espionagem industrial, furto ou desvio de informações. Nesse cenário a adoção de controles internos envolvendo a implementação de controles de acesso é medida fundamental.

Tais ações, além de protegerem o sucesso e a própria continuidade do negócio, podem também representar uma forma de aumentar o valor de mercado das empresas e reduzir seu custo de acesso ao capital.

Muito se têm dito nos últimos tempos sobre a relação do sucesso empresarial com a adoção de boas práticas de governança corporativa. Um exemplo do resultado positivo dessa relação foi divulgado em 2003 pela Bovespa. Um estudo sobre os efeitos da migração das empresas para os diferentes níveis de governança corporativa da bolsa de valores, disponível no site da BM&F BOVESPA², comprovou um impacto positivo sobre a valoração das ações das empresas que migraram entre os diferentes níveis, com aumento do volume de negociação e da liquidez de suas ações.

Por outro lado, se não se considerar positiva a relação entre governança e sucesso empresarial, pode-se concluir, sem muito esforço, que uma governança fraca pode arruinar a empresa, especialmente quando se trata de empresas que tem a informação como ponto fundamental do desenvolvimento de seu negócio.

Tais empresas devem adotar práticas que impeçam a manipulação indevida da informação. Nesse contexto, o conselho de administração tem um papel de extrema importância uma vez que tem a incumbência de definir diretrizes estratégicas para segurança da informação, o que se dá, na prática, pela adoção de controles internos.

Os controles internos são um conjunto de políticas e procedimentos, definidos pelo conselho de administração e implementados pela diretoria executiva, fruto de um plano de organização, com a finalidade de garantir, de forma razoável, a realização dos objetivos específicos da empresa, especialmente no que se refere a observar o alinhamento das ações ao direcionamento estratégico, conceder efetividade e eficiência às operações, obter confiabilidade no processo de comunicação e garantir conformidade com leis e regulamentos (sejam estes externos ou internos).

Frisa-se que muitos escândalos corporativos ocorreram em razão da fragilidade do ambiente de controle, especialmente da qualidade dos controles internos contábeis, como por exemplo, os casos Enron, Worldcom e do Banco Barings.

No caso específico da segurança da informação, a adoção de controles internos para mitigação de riscos frequentemente passa pela implantação de sistemas de controle de acesso.

² Carvalho. Antônio Gledson de. Efeitos da Migração Para os Níveis de Governança da Bovespa. Janeiro/2003. Disponível em <http://www.bovespa.com.br/pdf/usp niveis.pdf>. Último acesso em 11.06.2009.

Os controles de acesso físico fazem referência à mecanismos que permitem o acesso a um determinado espaço físico, como um prédio ou sala, apenas por pessoas autorizadas. Tal controle pode ser obtido por meio de uma estrutura envolvendo pessoas (como seguranças, por exemplo), através de meios mecânicos, como fechaduras e chaves, ou, ainda, através de outros meios tecnológicos, como sistemas baseados em cartões de acesso.

No âmbito da segurança da informação, os controles de acesso referem-se a processos de autenticação, autorização e auditoria. Nesse contexto o controle de acesso pode ser entendido como a habilidade de permitir a utilização de sistemas, arquivos ou informação somente por pessoas autorizadas. O processo de autenticação identifica quem acessa determinado sistema, o de autorização determina a que um usuário autenticado pode ter acesso, e o processo de auditoria identifica as ações do usuário no sistema durante seu acesso e o tempo de duração desse acesso.

Tal sistema garante a confidencialidade e a integridade das informações da empresa, o que significa que a informação será acessada apenas por quem esteja autorizado, bem como que estará protegida contra manipulação indevida, que poderia comprometê-la, por exemplo, pela exclusão ou alteração de dados.

A segurança da informação é de vital importância para aquelas empresas que investem milhões em pesquisa e desenvolvimento e precisam impedir que essas informações cheguem nas mãos da concorrência. Não obstante, o sigilo sobre estratégia de marketing da empresa, futuros lançamentos e produtos, também é de extrema importância.

A implementação de sistemas de controle de acesso pode contribuir para se evitar ações de pirataria dentro da empresa, como o furto de informações, ou pelo menos auxiliar na identificação de ações que possam resultar em pirataria, como a espionagem para obtenção de segredos industriais/comerciais e a cópia não autorizada de programas/informações.

Para garantir a completude do sistema, o *compliance* interno, ou a conformidade com toda a regulamentação e políticas internas definidas pela empresa, é outra medida que deve ser implementada, como forma de fortalecer os controles internos, fazendo cumprir as diretrizes estabelecidas pela alta administração e tornando efetiva a cultura que se busca implementar no âmbito empresarial.

Logo, no âmbito da segurança da informação, a adoção de bons padrões de governança corporativa na empresa e o uso de controles internos visando ao adequado gerenciamento de riscos, aliados ao *compliance* interno, são medidas a evitar que a empresa seja pega de surpresa por ações de pirataria, diminuindo o risco de resultados negativos.

Considerando que políticas de governança corporativa e *compliance* visam à proteção das informações empresariais confidenciais e estratégicas é de fundamental importância uma abordagem, ainda que breve, acerca da concorrência desleal, da apropriação de segredos industriais e comerciais, espionagem industrial, e as principais formas de prevenção que as empresas podem e devem adotar contra tais eventos.

2. CONCORRÊNCIA DESLEAL, APROPRIAÇÃO DE SEGREDOS INDUSTRIAIS, COMERCIAIS, ESPIONAGEM: FORMAS DE PREVENÇÃO DESSES EVENTOS

2.1 - Introdução

Concorrência desleal pode ser aquela em que são usados meios ou métodos desleais, que mesmo não sendo delituosos, possibilitam aos prejudicados por seu emprego a reparação civil.

Já a concorrência desleal criminosa ocorre quando esses meios ou métodos empregados são tão perigosos ou graves, que são considerados como delituosos, gerando sanções penais.

Fala-se também em concorrência anti-contratual, ou seja, a que implica em violação do pacto de não-concorrência, por exemplo, no caso de cláusula de não restabelecimento comercial do alienante, ou do empregado, ou prestador de serviços, por prazo após o término de sua relação de trabalho ou de prestação de serviços.

Sendo concorrência desleal individual e institucional espécies de pirataria empresarial, apresentamos formas de sua prevenção e após sua ocorrência as defesas possíveis para reparação dos danos causados.

As formas de prevenir a concorrência desleal individual são: termos de confidencialidade, cessão de propriedade intelectual e, cláusulas de não concorrência para colaboradores, fornecedores e todos aqueles com acesso aos segredos industriais, comerciais e tecnológicos das empresas.

As formas de prevenir a concorrência desleal institucional que são as práticas anti-concorrenciais clássicas de formação de cartel para evitar ingresso de novos concorrentes em determinado mercado, ou práticas que mesmo individuais afetam a livre iniciativa e livre concorrência e podem ser punidas pelas sanções impostas pelos órgãos de defesa da concorrência.

2.2. Conceito

A concorrência desleal individual envolve questões que dizem respeito à atividade empresarial diretamente desenvolvida pelos concorrentes, com relação à clientela e à propriedade industrial, encontrando respaldo no direito privado e, inclusive, no direito penal.

Exigem proteções necessárias para garantir a mais valia dos segredos comerciais.

A concorrência desleal institucional envolve o estudo de práticas que se voltam contra livre iniciativa e a livre concorrência, ou seja, infrações da ordem econômica e condutas que atentam contra as estruturas de mercado.

Exigem proteções necessárias para garantia do mercado, da livre iniciativa e por fim do universo de consumidores.

2.3. Formas de prevenção

A concorrência desleal individual pode e deve ser prevenida, com cláusulas e instrumentos contratuais a fim de coibir a perda do valor envolvido no desenvolvimento das atividades das empresas.

Os Termos de Confidencialidade devem estar presentes em todas as relações comerciais, e interpessoais empresariais.

A boa redação de um termo de confidencialidade evita dissabores de divulgação de segredos comerciais e informações que não são de domínio público, mas também não se encontram protegidos pelo direito da propriedade intelectual.

Assim, o Termo de Confidencialidade deve ter seu objeto bem definido, adequado à relação estabelecida entre as partes, prazo de duração, obrigações bem definidas, tais como notificações prévias antes de divulgação de informações, dentre outras. A multa como cláusula penal para o descumprimento da confidencialidade precisa ter significado para coibir a prática. Além de tais medidas sempre será possível reaver perdas e danos causados pela quebra da confidencialidade.

A fim de garantir às empresas os investimentos vultosos necessários para desenvolvimento de novos negócios, produtos, com patentes e marcas, recomenda-se que os colaboradores contratados, empregados ou prestadores de serviços, tenham em seus contratos de trabalho ou de prestação cláusulas de cessão dos direitos intelectuais, e proibição de uso do quanto cedido após a prestação do serviço ou do contrato de trabalho, bem como divulgação dos segredos.

Deve haver também o estabelecimento de multa por descumprimento a fim de evitar o uso indevido e divulgação a concorrentes das informações envolvidas nos segredos.

Por fim, no âmbito da concorrência desleal individual, como forma de prevenção à sua ocorrência existem as cláusulas de não concorrência para funcionários de alto escalão, bem como para transações de fusões e aquisições quando os ex-proprietários passam a ser administradores ou diretores da nova empresa.

As cláusulas de não concorrência no âmbito das relações de trabalho, tem como mote principal a necessidade de remuneração adequada pelo prazo de não concorrência, bem como a criação jurisprudencial trabalhista de um prazo médio de até 2 (dois) anos de duração para a não concorrência.

Para as cláusulas de não concorrência contratuais há maior flexibilidade em prazos, uma vez que o preço pago por quotas ou ativos da empresa adquirida leva em conta a remuneração de tal não concorrência. Por isso, o prazo comumente aceito é o estabelecido no artigo 1.147 do Código Civil³, ou seja, de até 5 anos.

2.4. Formas de repressão

A concorrência desleal institucional é difícil de ser prevenida, sendo normatizada sua repressão para cessar a prática ilícita, bem como recompor o mercado.

A Lei 8.884 de 1994, no artigo 20 define o conceito de infração à ordem econômica⁴.

³ Art. 1147 do CC: "Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência."

⁴ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

Já o artigo 21 do mesmo diploma legal minúcia as condutas mais comumente praticadas em infração à ordem econômica⁵.

As penalidades para as infrações praticadas estão previstas nos artigos 23 e 24 da Lei nº 8.884/94. Dentre outras, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tem o poder de:

- aplicar multas (de 1 a 30 % do faturamento) às empresas;
- aplicar multas de até 50% do valor aplicado à empresa, ao administrador ou responsável;
- proibir a assinatura de contratos com instituições financeiras oficiais;
- proibir a participação em licitações abertas pela administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, ou por entidades da administração indireta;
- recomendar às autoridades competentes que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
- determinar a cisão da sociedade, transferência do controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

⁵ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

- I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anti-concorrenciais;
- XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;
- XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
- XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

2.5. Conclusão

No cenário apresentado, a concorrência desleal individual deve ser prevenida e a concorrência desleal institucional coibida tão logo identificada.

Caso ocorram atos de concorrência desleal individual a defesa dos prejudicados deve ser a execução das multas estabelecidas nos instrumentos contratuais e eventualmente devido a gravidade da lesão o início de processos crime.

Caso atos de infração à ordem econômica sejam apurados os prejudicados devem realizar denúncia ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que iniciará processo administrativo de apuração e apresentação de eventuais penalidades aos infratores. Ainda podem os prejudicados ao verificarem a existência de processos administrativos iniciados de ofício ou por denúncia de outros, apresentarem informações que corroborem as investigações em curso.

Conclui-se, portanto, que cada vez mais as empresas se preocupam com a confidencialidade de suas informações, de estratégias de ação e projetos futuros, com o intuito de mantê-los no mais absoluto sigilo.

Analisando-se tais questões sob a ótica trabalhista, é de fundamental importância, em razão da ampla concorrência existente no mercado em geral, sobretudo em tempos de globalização, que as empresas façam constar nos contratos de trabalho de seus colaboradores cláusulas de não concorrência e confidencialidade.

3. VALIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA E CONFIDENCIALIDADE NO CONTRATO DE TRABALHO

Essa questão adquire especial relevância no que se refere a certas categorias de empregados, como, por exemplo, os executivos. Estes, ao exercerem funções estratégicas e especializadas, geralmente passam a deter informações confidenciais ou privilegiadas da empresa, inclusive relacionadas a clientes. Receia-se, principalmente, que tais empregados utilizem essas informações para a prática de concorrência desleal

Daí porque, a fim de evitar a possibilidade de vazamento de informações de cunho estratégico pelos empregados ou ex-empregados, é cada vez maior o número de empresas que passaram a incluir cláusulas de confidencialidade e não concorrência no Contrato de Trabalho.

Algumas dessas cláusulas podem, inclusive, superar o período de duração do contrato, e criar uma espécie de “quarentena”, de modo a evitar que o empregado se utilize destas informações confidenciais em benefício próprio ou de terceiros.

Pela cláusula de não concorrência e confidencialidade o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiros, durante o contrato de trabalho ou após sua extinção, ato de concorrência com o empregador, e assume a obrigação de manter sob sigilo as informações advindas das funções por ele desenvolvidas, com o objetivo de evitar a concorrência desleal contra o empregador.

A proteção contra a concorrência desleal e a violação do sigilo de informações não se limita apenas à esfera trabalhista.

A Constituição Federal assegura os princípios da livre iniciativa e ordem econômica, e faz referência inclusive à livre concorrência para o provento da ordem econômica, como também do indivíduo pela busca pelo pleno emprego.

Também o Código Penal dispõe que é crime a revelação de segredos dos quais o empregado tenha ciência em razão de sua profissão e cuja revelação possa causar danos a terceiro.

A Lei da Propriedade Industrial, por sua vez, determina que comete crime de concorrência desleal quem divulga, explora ou utiliza, sem autorização, de informações confidenciais utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços.

Dessa forma, constata-se a existência de diversos preceitos legais que garantem a livre concorrência no mercado, como também a busca pelo pleno emprego e o livre exercício da profissão.

No Direito do Trabalho não há qualquer disposição legal que impeça ao empregado possuir vários empregos simultaneamente, sobretudo em funções subordinadas e de menos qualificação, que geralmente não demandam exclusividade.

Não obstante, apesar da inexistência de proibição quanto à exclusividade na prestação dos serviços durante a vigência do contrato de trabalho, a legislação trabalhista garante de forma expressa a livre concorrência e confidencialidade do empregado no exercício de suas funções, sendo estas obrigações implícitas e decorrentes do contrato de trabalho.

Verifica-se, dessa forma, ser perfeitamente admissível a inserção de cláusulas de não concorrência e confidencialidade no contrato de trabalho enquanto este estiver vigente, eis que tais obrigações já estão nele implícitas, devendo o empregado primar por sua estrita observância, por meio do uso adequado das informações confidenciais, às quais obteve em decorrência das atividades por ele desenvolvidas, sob pena de ser despedido por justa causa.

Ainda que no decorrer do contrato de trabalho a legislação trabalhista assegure ao empregador a confidencialidade e não concorrência do empregado, após sua extinção não há qualquer disposição legal que contemple a existência de cláusula de não concorrência.

Contudo, mesmo que a legislação constitucional assegure a busca pelo pleno emprego, é possível pactuar uma cláusula de não concorrência, para vigorar após o término do contrato de trabalho.

Tal cláusula será considerada válida pelos Tribunais do Trabalho, desde que a empresa observe algumas diretrizes.

Dessa forma, o empregado deve receber uma indenização durante o período de não concorrência, a qual deverá ser compatível com o valor do salário anteriormente pago.

Lembramos que, a critério das partes, tal indenização poderá ser paga mensalmente ou após o término do período de não concorrência.

Também deverá ser definido, dentro de premissas razoáveis, o período, a área geográfica e o tipo de atividade em relação à qual a não concorrência será exigida do ex-empregado.

Isso porque, conforme assegura a Constituição Federal, não estará o empregado impedido de efetuar a busca por um novo emprego.

Ele deverá apenas observar certos requisitos decorrentes da função específica exercida, a fim de que não usufrua indevidamente de informações confidenciais da empresa para a qual prestou.

Daí porque, como forma de contraprestação deverá receber uma adequada compensação financeira enquanto a cláusula de não concorrência estiver em vigor.

Por fim, para melhor resguardar os interesses da empresa, sugere-se a previsão de uma multa contratual em caso de descumprimento, cujo valor não pode exceder o da obrigação principal, nos termos da lei civil.

Após a análise do tema com foco nas posturas internas que poderão ser adotadas pelas empresas para a salvaguarda de seus direitos, o presente estudo traz um panorama atualizado a respeito dos setores econômicos que, nos últimos anos, vem sendo duramente atingidos pela pirataria, bem como das ações que visam impedir ou, ao menos, minimizar as consequências advindas de sua ocorrência.

4. IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS PIRATAS: REGULAMENTO ADUANEIRO E POSSIBILIDADE DE COMBATE

O comércio de produtos pirateados no Brasil transcende quaisquer barreiras jurídicas, econômicas ou culturais, ocupando uma posição muito particular dentro de nossa sociedade.

Não obstante os esforços cada vez mais intensos dos órgãos públicos para o combate desta faceta aparentemente inofensiva do “jeitinho” brasileiro, igualmente intensos são os esforços da indústria nacional e estrangeira para coibir a produção, importação e comercialização de produtos piratas.

Dentre os esforços de combate à pirataria, o que se relaciona à importação de produtos pirateados confia especial poder às autoridades nacionais, uma vez que é através dos canais legais de importação que grande parte dos produtos “piratas” adentra nosso território.

Especialmente por este motivo, a fiscalização de cargas importadas tem enorme potencial para o combate eficiente à uma das origens da pirataria.

Procedimentos de Combate

O Regulamento Aduaneiro é a fonte legal para regulamentação das atividades aduaneiras, fiscalização, controle e tributação das operações de comércio exterior (Decreto nº 6.759/09), delineando aspectos sensíveis da responsabilidade do poder público em combater a importação de produtos piratas.

Favorecendo o poder público, o Regulamento prevê em seu Art. 793 e seguintes, que a autoridade aduaneira poderá adotar procedimentos especiais com relação a mercadorias introduzidas no País sob suspeita de ilegalidade, retendo mercadorias para fiscalização e podendo, inclusive, examinar informações de terceiros, documentos, livros, registros de

instituições financeiras e aplicações financeiras, quando tal exame for considerado indispensável à ação fiscal.

Favorecendo o ente privado, o Art. 605 e seguintes, estabelecem que, no curso da conferência, a requerimento do ente privado, poderão ser retidos pela autoridade aduaneira os produtos assinalados com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas, ou que apresentem falsa indicação de procedência.

Pode ainda o titular de marca, requerer a retenção quando suspeitar que a importação ou exportação de mercadorias com marca contrafeita venha a ocorrer.

Como resultado, temos que a legislação aduaneira atual cria um vasto campo para atuação conjunta entre poder público e entes privados, podendo estabelecer-se parâmetros e referências mais apurados para a fiscalização das mercadorias, tais como preços de referência, padrões de mercadorias, fluxos comerciais e muitas outras informações de suporte à atuação e fiscalização da autoridade pública.

Do ponto de vista da disseminação da pirataria por meio da internet, uma importante questão surge no que diz respeito às atividades realizadas no meio eletrônico que envolvem anúncios de terceiros, a exemplo dos sites de leilões online, dos links patrocinados em sites de busca, de ferramentas de pesquisa integrada de preços e mesmo em simples classificados online.

5. RESPONSABILIDADE DE ANUNCIANTES E SITES DE LEILÕES NA VENDA DE PRODUTOS PIRATAS

A experiência tem demonstrado que parte dos produtos oferecidos à venda na rede é objeto de pirataria, revelando um importante contraponto econômico: grande parte das receitas destes sites advém da oferta e venda de produtos piratas, o que faz com que as vítimas da pirataria questionem o real interesse daqueles em combater este mal e tentem responsabilizá-los civilmente.

A legislação brasileira, em consonância com a de outros países do mundo, estabelece a possibilidade de responsabilização do anunciante ou ofertante de produtos objeto de pirataria.

A legislação de direito autoral, que se aplica também aos desenvolvedores de programas de computador, cita expressamente a possibilidade de que aquele que “vender” ou “expuser a venda”⁶ produto pirata seja responsabilizado civilmente pelo ilícito.

A legislação pertinente à propriedade industrial (marcas, patentes, desenhos industriais, dentre outras), dispõe de modo similar, apontando a possível responsabilidade civil e criminal àquele que se beneficia da pirataria oferecendo ou expondo à venda produtos contrafeitos⁷.

⁶ Lei 9.609/98.

Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

⁷ Lei 9.279/96, arts. 184,I; 188,I; 190; 192 e 195,5.

Assim, é importante identificar quais são os critérios que podem levar à responsabilização dos anunciantes ou, por outro lado, quais medidas podem ser promovidas para mitigar tais responsabilidades.

5.1. Critérios para responsabilização dos anunciantes

Como atividade econômica que é, o mercado eletrônico ou mercado da publicidade pela internet visa, obviamente o lucro. De fato, o proveito econômico do anunciante pode ser direto (comissão sobre a venda dos produtos) ou indireto (simples promoção de espaço para anúncios), mas sempre irá existir, em maior ou menor grau. Este elemento quase sempre presente é o pilar da argumentação daqueles que pleiteiam uma ampla responsabilização dos anunciantes, que de certa forma obtêm vantagens com a pirataria. Mas este elemento não é e nem poderia ser o único.

As atividades de leilão online e manutenção de espaço publicitário/oferecimento de anúncios na rede são atividades que, embora não regulamentadas pelo poder público, são absolutamente legais.

Desenvolvendo uma atividade que a princípio é lícita, o anunciante apenas pode ser responsabilizado quando presentes alguns requisitos de caráter subjetivos:

(i) Negligência (art.186 do Código Civil⁸): Quando o anunciante faltar com a mínima diligência para evitar que produtos *pirateados* sejam ofertados em seu domínio ou deixar de agir quando solicitado pelo titular dos direitos violados;

(ii) Má-fé e abuso de direito (art. 187 do Código Civil⁹): Quando o anunciante tiver meios para evitar a inserção ou manutenção de oferta de produtos piratas e deixar de fazê-lo. Estando presentes os elementos acima, ou seja, quando o anunciante tiver proveito da inserção e manutenção do anúncio contendo produto *pirata* e/ou agir com negligência, má-fé ou abuso de direito, poderá ser responsabilizado civilmente.

Em diversas oportunidades estes elementos são constatados pela reincidência de anúncios da mesma natureza, mesmo após o anunciante ser cientificado da pirataria pelo titular dos direitos ali violados.

É nesse cenário que a responsabilidade do anunciante vem sendo reconhecida de modo solidário ao ofertante do produto *pirata*.

5.2. Dificuldades dos anunciantes

Tecnicamente é difícil para o anunciante ter plena ciência de que um determinado produto é *pirateado*. O grande volume de negócios realizados e anúncios disponibilizados torna impraticável a checagem prévia de cada oferta. A funcionalidade de filtros eletrônicos também não é suficiente para impedir a veiculação de anúncio de produto *pirata*, pois até mesmo o fato do preço de dado produto ser mais baixo que o praticado no mercado, por si

⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites imposto pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

só, não caracteriza a pirataria, pois pode estar ocorrendo a revenda, autorizada pelo *Princípio do Esgotamento da Marca*¹⁰.

Com efeito, a análise crítica do produto ofertado muitas vezes falha até mesmo ao olho humano, pois é comum em diversos casos o próprio comprador, que analisa detidamente o produto, perceber-se vítima da pirataria apenas quando o objeto adquirido chega às suas mãos.

5.3. Mitigação da responsabilidade

Realmente, o combate à pirataria por parte do anunciante por muitas vezes revela-se uma atividade difícil, mas nem por isso pode ser relegada.

A legislação não estabelece a terceiros qualquer obrigação de policiar violação a direitos de propriedade intelectual ou industrial e a defesa de tais interesses demanda a participação ou indução por parte do detentor dos direitos supostamente violados, ou seja, não seria legítimo o detentor de determinada marca ou direito autoral pleitear indenização de um anunciante sem que promova a defesa de sua marca, informando previamente o anunciante sobre quais anúncios contêm produtos *piratas* e solicitando sua retirada.

Desse modo, a responsabilidade do anunciante não pode ser automaticamente reconhecida pela simples veiculação do anúncio, mas ainda assim algumas medidas devem ser tomadas para que não sejam caracterizadas a negligência e a má-fé, estas sim capazes de atrair a responsabilidade:

(i) Instituição de programas de proteção aos direitos autorais e de marcas, tais como o VERO - Verified Rights Owner (eBay), PPPI - Programa de Proteção à Propriedade Intelectual (Mercado Livre), Google Keyword Blocker.

(ii) Funcionalidade e eficácia de procedimentos de denúncia e retirada de anúncios, permitindo a ampla participação dos titulares na defesa de seus direitos.

Esses pontos vêm sendo os fundamentos pelos quais diversos sites têm se eximido da responsabilidade por veicular anúncio de produtos *piratas*.

5.4. Entendimentos dos Tribunais

No Brasil¹¹, sob o argumento de que “o uso de marca original de um produto para vendê-lo na internet é uma atividade lícita que não se confunde com a pirataria”, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que não basta uma notícia geral de que existam anúncios de produtos piratas para que o anunciante seja responsabilizado, é necessária a prova inequívoca de *pirataria* em um caso concreto.

¹⁰ Após um produto ser colocado em circulação, esgota-se o direito do titular da marca de impedir novas vendas (art. 132, II, da Lei 9.279/96)

¹¹ TJSP. AI 4052794000, 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, 04/10/2005

Indo mais além, após diversas condenações nos Estados Unidos e Europa, os provedores de anúncios online e sites de leilão têm obtido uma série de vitórias nos tribunais no sentido de afastar sua responsabilidade sempre que¹²:

- (i) Não exista prova inequívoca de contrafação;
- (ii) Alertado pelos titulares dos direitos violados, retirem prontamente do ar os itens anunciados;
- (iii) Inserir filtros ou outros sistemas que possam ao menos minimizar a oferta de produtos *piratas*.

Assim, apesar dos fortes argumentos de que os anunciantes têm obtido grandes lucros com o mercado de produtos *piratas*, é possível minimizar sua responsabilidade adotando práticas responsáveis e um real compromisso de combate à pirataria.

No que tange à questão que envolve a pirataria versus propriedade industrial é de se questionar até que ponto a produção e comercialização de peças automotivas não originais configuram atitude legítima, bem como quais conseqüências podem trazer a este mercado e o que deve ser feito pelos fabricantes para mitigar os seus riscos.

6. A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A COMERCIALIZAÇÃO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS NÃO ORIGINAIS

O setor brasileiro de fabricação e comercialização de autopeças apresenta números relevantes, gerando mais de 1,5 milhão de empregos diretos e faturamento anual em torno de R\$ 51 bilhões em mais de 2 mil indústrias, 500 distribuidores, 35 mil varejistas¹³. Este setor revela-se um mercado extremamente competitivo e desconcentrado. Este mercado, contudo, está enfrentando um novo desafio: ações de algumas das principais montadoras de veículos atuantes no país com fulcro na proteção assegurada pelo registro de desenhos industriais, tentando impedir a comercialização de peças de reposição “genéricas”.

6.1. A proteção aos Desenhos Industriais

Conforme determina o art. 108 da Lei de Propriedade Industrial (LPI)¹⁴, o registro de Desenho Industrial vigora por dez anos contados da data do depósito, prorrogáveis por mais três períodos sucessivos de cinco anos, até atingir o prazo máximo de vinte e cinco anos contados da data do depósito.

Durante este período, o titular do registro possui um verdadeiro monopólio legal, com o direito de excluir terceiros, durante o prazo de vigência do registro, sem sua prévia autorização, de promover atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.

A proteção a estes direitos vem sendo implacavelmente assegurada pelo judiciário que, mediante (i) demonstração da titularidade dos desenhos industriais; e (ii) prova do uso não

¹² Entendimentos jurisprudenciais exarados nos casos: Tiffany v. eBay(EUA, 2008); LVMH v. Google (França, 2006); L'oreal v. eBay (França, 2009); Rolex v. eBay (Alemanha, 2009).

¹³ Dados da ANFAPE - Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças

¹⁴ Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996

autorizado por terceiros com fins comerciais, vem deferindo a favor das montadoras pedidos de busca e apreensão e outras medidas judiciais para que fabricantes e distribuidores de autopeças se abstenham de comercializar mercadorias registradas.

6.2. O conflito entre Direito de Propriedade Industrial e o Direito de Concorrência

O ponto central desta discussão que travada em âmbito judicial e administrativo (INPI e CADE) diz respeito à possibilidade de ser configurar ilícito concorrencial o exercício, por parte das montadoras, de direito de propriedade sobre desenho industrial e marcas conferido pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) no mercado de reposição de peças automotivas.

Com efeito, pode-se dividir o mercado de autopeças no chamado *foremarket*, aquele que contempla as peças usadas em veículos novos ou para substituição em período de garantia, e no *aftermarket*, aquele que contempla peças de reposição extra-garantia.

O primeiro ponto a se verificar é que o mercado relevante para as montadoras tem como objeto a comercialização veículos novos, completos (o *foremarket*), ao passo que os fabricantes de peças de reposição tem como seu mercado relevante o que seria o *aftermarket* das montadoras (venda das peças ao consumidor final).

Até que ponto o monopólio legal temporário que a LPI proporciona aos Desenhos Industriais registrados permite que as montadoras exerçam direito de exclusividade além de seu mercado primário?

A posição do CADE foi sinalizada na apreciação da Averiguação preliminar n. 08012.002673/2007-51, em março de 2009. Em suma, entendeu o referido órgão que o caso se trata de *isenção antitruste*¹⁵, e que uma intervenção antitruste em casos que envolvem direitos de propriedade industrial se justifica tão somente naqueles casos em que houve abuso nos procedimentos de registro dos direitos.

Nesta linha, reconhecendo que (i) o legislador não diferenciou o *foremarket* do *aftermarket* para limitar a extensão do monopólio legal conferido pelo registro desenho industrial; bem como (ii) tal monopólio na realidade tem um caráter pró-competitivo por assegurar às montadoras retorno do investimento feito com pesquisa e desenvolvimento; o CADE recusou-se a intervir.

6.3. Conclusão

A proteção de até vinte e cinco anos (período maior que o tempo de fabricação de qualquer modelo) certamente cria distúrbios no mercado que devem ser analisados.

Diante da posição do CADE verifica-se que a atividade dos fabricantes de peças para o mercado de reposição fica limitada às peças que não possuem registro de desenho industrial, apesar dos alegados prejuízos aos consumidores (vinculação à montadora de seu veículo, sujeitando-se à sua rede de distribuição, à sua capacidade de oferta e preço; incremento de preço final pelo valor da marca e custos com patentes e registros; controle indireto da vida útil do veículo pela montadora; dentre outros).

¹⁵ Situação na qual um mercado específico não está sujeito à autoridade da defesa da concorrência, submetendo-se apenas ao órgão regulatório que, no caso, seria o INPI - Instituto Nacional da Propriedade Intelectual.

Uma vez que também o judiciário tem assegurado invariavelmente a proteção à exclusividade às montadoras, a solução para esta disputa resta à via legislativa.

Como a legislação sobre direitos autorais possui uma grande padronização internacional em virtude das diversas convenções sobre o tema, podem-se tomar como exemplo as propostas que estão sendo debatidas em outros países.

Neste tema a União Européia discute- a proposta de alteração da diretiva 98/71/CE: visando a: (i) Limitação da proteção industrial apenas ao mercado primário; e (ii) Ampla liberalização do *aftermarket* desde que criados mecanismos de controle de qualidade e segurança.

Até lá, é extremamente recomendável aos fabricantes e comerciantes de autopeças no mercado de reposição que se atentem à existência ou não de Desenho Industrial registrado para mitigar os riscos de vultosas indenização e perda das mercadorias em estoque que violem os direitos de terceiros e podem ser objeto de busca e apreensão.

Sob o aspecto legal, a proteção à propriedade imaterial é regulada por importantes diplomas, cujos principais são as leis 9.279/96, 9.609/98 e 9.609/98, respectivamente denominados, Lei da Propriedade Industrial, Lei de Proteção ao Software e Lei Autoral. A seguir, após análise das medidas judiciais legalmente previstas para a proteção dos direitos dessa natureza o estudo segue com o exame específico envolvendo o furto de sinal de televisão a cabo, bem como o de energia elétrica.

7. MEDIDAS JUDICIAIS E OS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

7.1. Introdução

A propriedade imaterial, ou direitos imateriais, é gênero de que são espécies a propriedade intelectual e os direitos de personalidade sendo que, de forma, principal a matéria é regulada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 9.610 de 19.02.98¹⁶.

Historicamente, alguns anos antes, o legislador brasileiro consolidou normativamente e de forma principal os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial através da Lei nº 9.279/96 que, entre outras matérias, trata de forma objetiva a concorrência desleal.

Conceitualmente, a idéia de concorrência pode ser definida como um fenômeno complexo onde um dos seus pressupostos essenciais é a liberdade, para que os agentes econômicos façam o melhor uso de sua capacidade intelectual e organizem da melhor maneira possível os fatores de produção de bens ou de prestação de serviços, de modo a obter produtos de boa qualidade e a oferecê-los no mercado a preços atraentes.¹⁷

Em uma sociedade de natureza capitalista, a liberdade de exploração da atividade econômica é fundamental não apenas nos interesses empresariais em busca da

¹⁶ A Constituição Federal de 1988 contemplou a proteção a propriedade industrial e intelectual, marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos em seu art. 5º, inciso XXIX, entre os Direitos e Garantias Fundamentais.

¹⁷ Isabel Vaz. PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Concorrência desleal por meio da publicidade. São Paulo.

clientela, mas também para o fomento da economia, pois desenvolve os mercados, aperfeiçoa a qualidade e melhora o preço dos produtos e serviços.

No entanto, existem algumas limitações à livre concorrência que podem ser observadas, inicialmente, no âmbito estatal ou no privado, estas últimas ditas de natureza contratual. Como forma da primeira, temos a reserva de mercado para o Estado (monopólio estatal) e o poder de fiscalização da atividade econômica pelo Estado.

Já as limitações contratuais são aquelas estipuladas e pactuadas entre os próprios concorrentes (exemplificativamente, pactos de exclusividade na realização de determinados negócios, fixação da vedação da exploração do mesmo ramo de atividade em determinada região).

Não há dúvidas de que essas limitações são necessárias para validar a permissão de livre iniciativa assegurada pelo Estado a todos, e também para que se possa usufruir dos benefícios que advenham dessa livre disputa e, nesse passo, normas legais que visem a normatização das relações são essenciais.

Assim, no ordenamento jurídico pátrio, podem ser destacadas ações caracterizadas como concorrência desleal pura que são aquelas em que meios ou métodos desleais são utilizados, que mesmo não sendo delituosos, possibilitam aos prejudicados por seu emprego a reparação civil. Já a concorrência desleal *criminosa* ocorre quando meios ou métodos empregados são tão perigosos ou graves, que são considerados como delitos gerando, inclusive, sanções penais.

7.2. Dos Crimes de Concorrência Desleal

Com o objetivo de elencar as condutas de caráter ilícito decorrentes da prática de concorrência desleal a Lei Federal nº 9.279/96 tratou de conferir capítulos inteiros não só destinados a caracterização dos atos delituosos, como também a forma de procedimento a ser adotada por aqueles que se sentirem lesados em decorrência de tais condutas.

Assim, é que a lei elenca quatorze condutas principais de caráter delituoso com previsão de penas de detenção de três meses a um ano ou multa¹⁸.

Neste cenário, duas situações dispostas na lei merecem destaque especial pela sua possibilidade de aplicabilidade, em tese, àquelas empresas atuantes no mercado de segurança da informação e *software*, são elas: *“XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude”*.

Embora as empresas atuantes no mercado de tecnologia e segurança da informação, em regra, tenham por hábito a formalização de contratos muito específicos que, em especial, contemplam cláusulas rigorosas de sigilidade sobre as informações, dados e fatos

¹⁸ Artigo 195, incisos I a XIV.

conhecidos e acessados em decorrência da natureza da prestação de serviços ocorrida, é sempre importante ter em mente que a violação de tal regra, entre outras práticas, pode vir a configurar a ocorrência de concorrência desleal na forma delituosa.

Neste caso, poderá aquele que se julgar prejudicado atuar em duas frentes judiciais para resguardo de seus direitos e interesses.

A primeira delas consiste em um pedido de Busca e Apreensão onde se buscará não apenas a cessação da prática tida como violadora, mas a apuração material (provas) do crime e sua extensão que restarão consignadas através de um laudo técnico oficial produzido por peritos indicados pelo Juiz.

Em um outro momento, restando configurada a prática delituosa de concorrência desleal, a lei prevê a possibilidade de se pleitear perdas e danos, inclusive na forma de lucros cessantes, em face daquele que cometeu a conduta infracional.

No tocante específico a questão envolvendo o pedido de lucros cessantes a lei ainda prevê que estes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: *I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem*¹⁹.

Vale destacar, no entanto, que em torno de toda a gama de proteções e direitos a parte lesada, a lei se preocupou, também, em fazer constar garantias àqueles que são indevidamente demandados em ações de busca e apreensão, caso a outra parte tenha requerido tal medida de má-fé, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro sendo que, neste caso, responderá por perdas e danos²⁰.

Dessa maneira, conclui-se que o legislador pátrio se preocupou de forma muito específica em regulamentar e garantir o exercício da livre concorrência, deixando claro e delimitado, no entanto, as condutas vedadas ao mercado e com caráter, inclusive penal, sendo que o Poder Judiciário já há muitos anos, tanto na esfera cível quanto na criminal, vem tornando efetivas as inúmeras medidas cabíveis em benefício daqueles que comprovarem o prejuízo sofrido.

Exemplo de empresas que constantemente se vêem compelidas às buscar a proteção de seus direitos junto ao Poder Judiciário são as operadoras de sinal de televisão a cabo e as concessionárias de energia elétrica.

8. O FURTO DE SINAL DE TELEVISÃO A CABO E SEU TRATAMENTO JURÍDICO

8. 1. Introdução

Conforme o art. 2º da Lei n. 8.977/95, conhecida como lei da “TV a Cabo”, “*serviço de TV a Cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos*”. Ainda, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, “*incluem-se neste serviço a interação necessária à*

¹⁹ Art. 210.

²⁰ Art. 204.

escolha de programação e outras aplicações pertinentes ao serviço, cujas condições serão definidas por regulamento do Poder Executivo”.

Princípio basilar deste serviço, de acordo com a fundamentação do próprio legislador é a promoção da *“cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do País”* (art. 3º da Lei citada acima).

Apesar das premissas acima e da lei federal destinada à regulamentação dos serviços de TV por assinatura já estar em vigência há quase quinze anos, tal matéria é relativamente recente no Brasil e as demandas envolvendo fornecedores e usuários pela existência de furto de sinal ainda raras no Poder Judiciário.

Segundo levantamentos da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, responsável pela elaboração e publicação da Resolução 488/2007, destinada à Regulamentação da Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura, apenas no primeiro trimestre de 2009, o mercado de assinantes neste nicho de mercado já abrangia um público de 6,35 milhões de brasileiros, ou seja, um aumento de mais de 50% em relação ao público assinante em 2005, cujo número estava na casa de 4 milhões de usuários.

Portanto em um mercado milionário, onde se vislumbra uma notória expansão contínua, a regulamentação jurídica e o amparo do Poder Judiciário nas mais diversas questões envolvendo o setor torna-se crucial para seu desenvolvimento.

8.2. Pirataria no Mercado de Televisão por Assinatura.

Infelizmente, o setor de TV a Cabo vem sofrendo imensamente com os altos índices de pirataria (Furto de sinal) que, apesar de ser considerado e devidamente tipificado como ilícito penal²¹, tem se caracterizado prática comum em logradouros que desfrutam da disponibilidade do serviço.

Em que pese as novas tecnologias que são implantadas rotineiramente no setor, as modalidades de pirataria são variadas e se caracterizam desde a violação do equipamento (como o *decoder* – caixa que decodifica o sinal e torna-o inteligível na TV), passando pela pirataria comercial (venda de equipamentos furtados e assinaturas falsas) e a ligação clandestina propriamente dita (ligação da fiação direta do posteamento ou da caixa do edifício de apartamentos).

Em outra tecnologia, a pirataria ocorre quando há a construção de uma central de programação pirata (*headend*), que capta os sinais de TV via satélite e realiza a redistribuição irregular aos moradores, sem haver um contrato idôneo com as empresas programadoras de TV por assinatura.

Entidades do setor estimam que a porcentagem de fraudes sobre a base de assinantes de TV a cabo é em torno de 13%, pirataria esta que atrasa o desenvolvimento do setor, da economia do país mas, também e principalmente o consumidor.

²¹ “Art. 35 – Constitui ilícito penal a interceptação ou a recepção não autorizada dos sinais de TV a Cabo” (Lei n. 8.977/95).

Isso porque, o ilícito decorrente da pirataria nos sinais de TV por assinatura estende suas conseqüências a todos àqueles cidadãos cumpridores de suas obrigações que estão geograficamente no entorno do fraudador, na medida em que as conexões piratas se transformam em geradores de interferências conjuntas, que somadas, comprometem as redes em que elas se instalam ilegalmente.

O efeito dessa interferência, não atende às exigências técnicas mínimas pré-definidas entre o operador de rede e a Agência Reguladora dos serviços, se distribui aleatoriamente através dos canais de retorno usados, não só nos sinais da TV por assinatura, mas também para Internet e interatividade, comprometendo de forma direta e clara a qualidade dos serviços contratados pelo usuário legal.

Adicionalmente, vale destacar, a operadora de TV por Assinatura é penalizada econômica e financeiramente cada vez que é realizada uma ligação clandestina, na medida em que as invasões físicas não autorizadas em suas redes produzem perdas tais como a corrosão de receitas e o significativo aumento de seus custos de operação.

E mais, o ramo de telecomunicação é monopólio do Estado e, no uso de sua prerrogativa, este impõe às operadoras o atendimento aos índices de qualidade exigidos através do PGMQ - Plano Geral de Metas de Qualidade, criado pela ANATEL e colocado em vigor através da Resolução nº 411 de 14 de julho de 2005, metas estas que, por óbvio, também são atingidas quando se constata uma parcela tão alta de fraudadores.

Como conseqüência óbvia, a ilegalidade exige uma logística extraordinária das Operadoras, como o aumento significativo de fiscalizações, a contratação em peso de técnicos e trabalhadores especializados que necessitam identificar e combater as ações clandestinas cada vez mais organizadas e, infelizmente, estimuladas pela sensação de impunidade por parte daqueles que a praticam.

8.3. O Poder Judiciário como aliado no combate à fraude no Setor de Televisão por Assinatura.

Considerando o atual cenário de fraudes e seus reflexos econômicos e sociais no setor de Televisão Por Assinatura, no mesmo caminho já trilhado por outros setores da economia, como as concessionárias de energia elétrica, o Poder Judiciário pode e deve se tornar um grande aliado no combate a este tipo de pirataria.

Embora ainda tímidas no âmbito cível, algumas medidas de combate direto ao consumidor fraudador já vêm sendo adotadas por algumas empresas do setor ou seus Sindicatos de classe.

O Poder Judiciário, sensível a tese das prestadoras de serviço, e entendendo a repercussão econômica, moral e social gerada por aquele que pratica a fraude, tem se mostrado aberto a análise da questão e abraçando, com base em diversos fundamentos técnicos, legais específicos e normas gerais de direito, as teses das empresas atuantes no setor.

Tanto é assim, que já há liminares deferidas objetivando a realização de prova pericial técnica para aferição e constatação de fraudes, bem como há em curso demanda visando o ressarcimento material e moral oriundas da prática desautorizada.

Dessa forma, as empresas prestadoras de serviço de televisão por assinatura podem e devem contar que as conseqüências e repercussões geradas pela fraude são consideradas na visão do Poder Judiciário, pois atingem e enfraquecem os valores e princípios de toda uma sociedade e, como tal, devem ser reprimidas.

9. CONTRAFAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DO FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA

Uma das formas, dentre as dezenas existentes, de se praticar o furto de energia elétrica, é a que o agente, por meio da falsificação de lacres, além de incorrer no tipo penal do furto previsto no artigo 155 do Código Penal, também pratica o ilícito da contrafação, previsto no artigo 5º, inciso VII, da Lei 9.610/98 (Lei sobre Direitos Autorais).

O agente, na verdade, se utiliza deste delito como instrumento meio para o seu objetivo final, a saber, o desvio da energia elétrica, enriquecendo-se de forma indevida, cabendo às Concessionárias de Energia Elétrica criar mecanismos para evitar as ações, ou pelo combatê-la de forma eficiente para a perda alcance um nível aceitável.

9.1. Contrafação

O termo contrafação, em uma acepção mais ampla, serve para definir a idéia de falsificação, sendo característico não só aos crimes contra a propriedade intelectual, mas também a outros ilícitos, a saber, falsificação de lacres no intuito de furtar energia elétrica.

O termo contrafação está definido no Art. 5º, inciso VII, da lei 9.610/98 (Lei sobre Direitos Autorais)²².

9.2. Contrafação e Concessionárias de Energia Elétrica

Trazendo a questão para o âmbito das concessionárias de energia elétrica, identifica-se o ilícito quando o consumidor, residencial ou comercial, buscando ter acesso ao equipamento de medição instalado em seu imóvel, rompe o lacre original da concessionária, pratica o furto de energia e, posteriormente, para “maquiar” o tipo penal, lacra o equipamento com uma reprodução não autorizada.

A bem da verdade, a contrafação sob a forma de produção de lacre falso é uma das formas macro de fraude no relógio medidor, e, por conseguinte, prática do crime de furto de energia elétrica.

9.3. Uma explicação para a prática do delito

Considerando que o mencionado delito é comum em todas as distribuidoras de energia do país, é importante ressaltar as possíveis causas desta regular e reiterada atuação dos consumidores, sendo possível apontar três grandes fatores, a saber:

(i) As formas convencionais de combate ao furto não têm se mostrado suficientes para resolver o problema;

²² VII - contrafação - a reprodução não autorizada;

(ii) As delegacias de polícia não possuem estrutura para atender tantas denúncias de furto de energia elétrica;

(iii) O alto índice da população baixa, atrelado à dificuldade de se fiscalizar estes locais.

9.4. Instrumentos de defesa da Concessionária

Considerando o significativo impacto do furto de energia elétrica, que é capaz de gerar, dependendo da região, prejuízo de até 5% (cinco por cento), já que por força da irregularidade, há o fornecimento de energia sem a devida contraprestação, as Concessionárias necessitam se aparelharem de novos instrumentos, para, pelo menos minimizar os incontestáveis prejuízos financeiros suportados.

Para isso, iniciaram a implantação de medidores elétricos, dificultando a ação de fraudadores.

Além disso, aumentaram o efetivo de fiscalização, no intuito de (i) constatar o ilícito e saná-lo, eliminando pelo menos momentaneamente a perda, além de cobrar do consumidor fraudador a energia elétrica consumida e (ii) provocar uma repercussão geral, no sentido de demonstrar ao consumidor de que, a qualquer momento seu imóvel poderá ser fiscalizado e a violação identificada.

Outro instrumento utilizado, e aí tratamos, especificamente, da região baixa renda, relaciona-se às ações sociais de consciência energética, em especial os riscos de se aventurar na rede elétrica para a prática do delito.

Ademais, e ainda no segmento da população carente, a implementação de alíquotas diferenciadas, permitindo que esta classe se interesse pelo pagamento da energia elétrica.

9.5. Conclusão

Não restam dúvidas de que a contrafação sob a forma de produção não autorizada de lacres, bem como o furto de energia sejam práticas corriqueiras em todas as regiões do país, fruto de uma cultura de impunidade, além da precariedade de determinados pontos do território. Todavia, referido retrato da prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica deve ser modificado, cabendo às Distribuidoras de energia elétrica do país investirem em novos instrumentos de combate à fraude, para que a receita possa ser maior, e o repasse dos prejuízos aos consumidores regulares menor.

Analisada a pirataria sob o aspecto dos efeitos por ela gerados em relação aos diversos setores econômicos, bem como sobre as medidas que podem ser adotadas pelas empresas no sentido de minimizar os grandes prejuízos causados por sua ocorrência, cabe agora tratar da questão que envolve o papel do Estado e sua responsabilidade diante dessa realidade para, finalmente, abordar a importância das campanhas antipirataria como mecanismo de alerta e conscientização acerca dos males e prejuízos oriundos da pirataria.

10. PIRATARIA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Estado, em todas as esferas, está, de acordo com a legislação brasileira, obrigado a responsabilizar-se civilmente pelos atos praticados por seus prepostos que causem danos a terceiros. Enquadra-se neste item a responsabilidade por destinação de áreas públicas para

a realização de feiras onde se comercializam produtos piratas, pois que, além de representar um verdadeiro desvio de finalidade pública, causa danos patrimoniais aos detentores de direitos autorais, cujos produtos são falsificados e alienados com o aval do poder público.

A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público é sempre civil, possuindo duas modalidades: a contratual e a extracontratual. A responsabilidade contratual, como o seu próprio nome diz, é a responsabilidade que decorre de contrato, ou seja, um documento escrito o qual prevê e delimita a responsabilidade dos contratantes. Já a responsabilidade extracontratual ultrapassa o âmbito de previsão em documento entre as partes, pois decorre de lei, ou seja, a sua fonte é a inobservância da lei, materializada em danos causados a terceiros.

A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público tanto pode ser contratual como extracontratual, e está prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal nos seguintes termos: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Assim, constata-se a responsabilidade dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e municípios) pelos atos dos seus servidores que causarem danos a terceiros.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público obedece a regras específicas, vez que, além de ser contratual e extracontratual, também é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa (negligência, imperícia ou imprudência) do causador do dano. Isto é, havendo o dano causado por conduta de sujeito de direito público, haverá a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Adicionalmente, os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) das esferas federais, distritais, estaduais e municipais estão obrigados a respeitar vários princípios na sua atuação, dentre os quais se destaca o princípio da legalidade. Pelo princípio da legalidade, o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da legislação e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido sujeito a procedimento disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. Assim, a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Nessa seara, considerando que a legislação – Lei federal nº 9.609/98 e Lei nº 9.610/98 – protege os direitos autorais decorrentes de obras científicas, tais como programas de computador, livros, obras fonográficas e obras audiovisuais, a administração pública, em função do princípio da legalidade, deveria zelar pela boa aplicação da norma, tutelando a sua proteção, coibindo a reprodução não autorizada, e conseqüente comercialização, de tais reproduções.

Percebe-se que a destinação de áreas públicas para a realização de feiras permanentes – onde se comercializam diversas mercadorias – objetiva regularizar a atividade mercantil dos comerciantes ambulantes e instituir a cobrança de tributos dos mesmos, de forma a trazer bem estar à população e organização urbana. Contudo ao permitir-se nesses espaços a comercialização de produtos piratas – ou seja, de produtos fruto de reproduções não autorizadas de obras intelectuais – e, ainda pior, ao obter aproveitamento econômico através do recolhimento de tributos oriundos da venda de tais mercadorias, bem como de taxas de vigilância e iluminação, a administração pública está infringido frontalmente a Lei

de Direitos Autorais (Lei federal nº 9.610/98) e os princípios legais que regem sua atuação. Portanto, a destinação de tais áreas causa enormes prejuízos econômicos aos detentores de direitos autorais que, em razão do exposto acima, poderão ser indenizados pela administração pública.

Cabe destacar, por oportuno, que a responsabilidade da administração pública é agravada pelo fato de serem cobrados tributos pela venda de tais mercadorias, bem como taxas pela instalação das bancas de comércio. Em outras palavras, o ente político competente para regulamentar a área onde é realizada a feira também se beneficia com a venda de produtos piratas, devido ao eventual recolhimento de verbas sobre a mesma. Assim sendo, configura-se a presença de outro princípio basilar do direito, qual seja “aquele que se beneficia pela prática da conduta deve também responder pelos seus danos”. Dessa feita, analisando-se o tema sob qualquer prisma, conclui-se pela indubitável responsabilidade dos entes públicos pela destinação de áreas coletivas para a comercialização de produtos piratas.

Ademais, no que tange ao valor da indenização a ser paga pela administração pública face ao não-pagamento dos direitos autorais devidos, a lei que disciplina tais direitos (Lei federal nº 9.610/98) estabelece como regra geral uma penalidade pecuniária no valor de três mil vezes cada obra pirateada, valor este que poderia ser utilizado pelo Poder Judiciário como parâmetro para arbitrar a indenização a ser paga pelo poder público.

A conduta do agente público de destinar (comportamento comissivo) uma área pública para a comercialização de produtos piratas ou, ainda, a de não fiscalizar (comportamento omissivo) e, conseqüentemente, permitir tacitamente a venda dos mesmos, inclusive tributando-a e taxando-a, implica na responsabilidade civil do poder público, que assume a conduta. A administração pública – seja ela em nível federal, distrital, estadual ou municipal -, isolado ou cumulativamente, deve assumir o dever de indenizar os prejuízos causados aos terceiros detentores de direitos autorais, tendo em vista o comando constitucional, que determina a responsabilidade objetiva dos entes públicos pelos danos causados pelos seus servidores.

11. IMPORTÂNCIA E PARTICULARIDADES DAS CAMPANHAS ANTIPIRATARIA

Combater a pirataria não é trabalho fácil nos dias de hoje. O bom acesso às novas tecnologias, as grandes dimensões do mercado globalizado e os novos meios de comercialização trazidos pela *internet* favoreceram a sua prática. Em contrapartida, os instrumentos legais para o combate a pirataria quase nada evoluíram - a legislação brasileira que versa sobre a proteção da propriedade intelectual não teve qualquer modificação significativa nos últimos 10 anos.

O melhor remédio continua sendo a organização de campanhas constantes e regulares de combate à pirataria, mas alguns detalhes, como expostos a seguir, devem sempre ser observados para que os resultados sejam os melhores possíveis.

11.1. Entendendo a Pirataria

A primeira medida a ser tomada para se atacar um problema é entendê-lo. A pirataria, por sua vez, tem a particularidade de se operacionalizar das mais diversas formas, conforme o setor ou mercado.

Nesse sentido, investigações preliminares são necessárias em duas frentes complementares: o setor envolvido e as formas com que a Pirataria se manifesta. Detalhes como os métodos de negócio do setor, seus números em geral e o impacto da pirataria sobre ele são a base que se necessita para entender o devido dimensionamento das ações a serem implementadas. Outras questões, como quem é responsável, como e onde ocorre a pirataria complementam a inteligência necessária para a formulação da campanha.

A partir da reunião de todas estas informações é possível entender o problema a ser combatido e, ao mesmo tempo, ter em mãos os mecanismos necessários para a verificação da eficiência das medidas implementadas.

11.2. Ferramentas a Disposição

A organização de uma campanha de combate a pirataria geralmente envolve ações em dois pilares: (i) Jurídico e (ii) Marketing. Ambos são essenciais dentro da estrutura de uma campanha e os melhores resultados vêm da boa equalização de cada um de acordo com as características particulares do segmento ou do mercado atacado pela pirataria.

A função do trabalho jurídico é, pois, criar os precedentes que servirão de exemplo para divulgação posterior. Utilizando a legislação de proteção à propriedade intelectual e à concorrência, em teses desenvolvidas de acordo com cada produto ou método de negócio, o objetivo maior é identificar, perseguir e punir alguns dos responsáveis pela pirataria. A relevância de tais trabalhos está no exemplo que a punição imposta a determinados “piratas” pode gerar em todos os demais.

Em seguida, é o momento das ações marketing. Devidamente divulgados os resultados das medidas jurídicas por meio de ações de marketing direcionadas e estruturadas, é possível gerar no segmento trabalhado o chamado “sense of awareness”, o sentimento benéfico de que a prática da pirataria é punível e que tais punições acontecem! As ações de marketing, assim, têm o condão de multiplicar o impacto das ações jurídicas, dando relevo e maior abrangência à campanha, dissuadindo a população em geral de trilhar os caminhos ilícitos da pirataria.

Como complemento à repressão das ações jurídicas e a multiplicação de seus efeitos pela divulgação, as ações de marketing podem ainda envolver um viés econômico, divulgando promoções ou condições especiais para a regularização voluntária daqueles sensibilizados pelas ações jurídicas.

11.3. Considerações Finais

Apesar da legislação brasileira de proteção à propriedade intelectual carecer de urgentes esforços para sua atualização, seus preceitos são suficientemente organizados para permitir o desenvolvimento de qualquer campanha de combate à pirataria. O sucesso das estratégias adotadas está, contudo, na boa equalização das ferramentas à disposição para tanto e, sobretudo, da criatividade e experiência das pessoas responsáveis pela organização de tais campanhas.

Os resultados são sentidos com certa facilidade na maioria dos setores e os movimentos de regularização de mercados que sofrem com a pirataria podem, inclusive, se mostrar como financeiramente auto-sustentáveis.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou abordar de maneira objetiva e didática, sob o enfoque jurídico, as principais questões afetas ao tema Pirataria, tais como as referentes à adoção de práticas de governança corporativa, concorrência desleal, segredos industriais, comerciais e formas de prevenção a tais eventos, validade de cláusulas de não concorrência e confidencialidade no contrato de trabalho, bem como a questão que envolve a importação produtos piratas.

Também tratou o tema sob a ótica daqueles que produzem e comercializam peças automotivas não originais frente aos direitos de propriedade industrial e ainda abordou o assunto relativo à proteção aos bens imateriais e as medidas judiciais que poderão ser utilizadas na defesa dos direitos de seus legítimos titulares para, finalmente, evidenciar a importância e as particularidades que envolvem as campanhas antipirataria.

O Almeida Advogados é um escritório de advocacia focado no ambiente de negócios corporativos, tendo como maior premissa buscar entender o mercado de cada um de seus clientes, as nuances de cada empresa, sua cultura corporativa e seus objetivos. Do ponto de vista jurídico, tal enfoque nos permite estruturar e proporcionar o atendimento de nossos clientes de uma maneira mais segura e econômica.

Nascido de uma união de profissionais competentes, comprometidos com a prática jurídica, cujas atividades são focadas em prestar serviços jurídicos para empresas brasileiras e estrangeiras nas áreas da consultoria jurídica empresarial, gestão de risco e consultoria contenciosa em geral, o Almeida Advogados também desempenha um importante papel na prestação de serviços jurídicos e de consultoria jurídica que envolvam os direitos autorais sobre a propriedade intelectual e industrial.

O Almeida Advogados coloca-se à disposição para prestar quaisquer outros esclarecimentos relacionados ao assunto tratado no presente estudo.

www.almeidalaw.com.br

Almeida
CORPORATE LAW