

CRIMES DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

(Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (art. 195)).

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI

Procurador de Justiça em São Paulo (aposentado). Prof. na Faculdade de Direito de Araxá. Ex-professor de direito penal na Universidade de São Paulo e de direito processual penal na PUC, de Campinas.

Trabalho escrito especialmente para o livro-homenagem ao Prof. Dr. Carlos A. Contreras Gomes, da Universidade Nacional de Corrientes (Argentina).

Art. 195 - Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, como o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa afirmação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem a concorrente do empregador;

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 do 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; ou

VIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

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

Par. 1º. Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

Par. 2º. O disposto no inciso XIV não se aplica à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.”

1 - Introdução. O tema a ser, em seguida, desenvolvido é bem recente na doutrina e na normatização, se o confrontarmos com os outros tipos que compõem a quase totalidade das partes especiais dos códigos penais, pois, na antigüidade não havia, propriamente, uma efetiva concorrência. Afirma-se que temos como primeiro antecedente jurisprudencial conhecido, uma ação penal proposta por professores, no ano 1410, perante o juízo de Gloucester, em que reclamavam de conduta de um novo colega que cobrava preço sensivelmente mais baixo, por suas aulas, e que a decisão foi favorável ao entrelopo. Não se pode, todavia, vislumbrar neste e em outros procedimentos, um verdadeiro caso de concorrência desleal.

Na realidade, segundo afirmações consideradas como pacíficas, existe uma impossibilidade quase absoluta de se reconhecer uma concorrência desleal antes da Revolução Francesa (1791). Consequentemente, só a partir desse marco histórico será possível falar-se em crime de concorrência desleal, pois, antes desse movimento, as profissões estavam controladas pelas corporações, de uma maneira bastante rígida, e as indústrias até então existentes, poucas, encontravam-se em mãos de monopólios, regulados por decreto, que as mantinham numa linha de quase exclusividade.

Enquanto isso, os trabalhos dos artesãos estavam regulados pelas suas próprias associações, o que, praticamente, impedia a possibilidade de concorrência com os seus sintomas de manipulação de preços, modelos e serviços. Destarte, só se fazia possível a disputa entre cidades e regiões onde se fixavam os artífices. Foi aquela revolução política, portanto, “quem deu o sinal de partida para o começo da competição, e, pouco depois, a revolução industrial agitava a bandeira, aumentando a velocidade da corrida: iniciava-se, assim, a liberdade de disputar comercialmente”⁽¹⁾.

É evidente que essa competição é socialmente salutar, e deve mesmo ser estimulada, gozando os competidores de ampla autonomia e liberdade. Mas, essa autonomia e liberdade levou à deslealdade e aos abusos, sendo os juizes chamados para solucionar as pendências que se apresentavam no mundo dos negócios, todavia, aqueles não dispunham de recursos para a realização da justiça e nem mesmo de regras jurídicas estabelecidas, o que os tornavam impotentes para a solução dos conflitos que, amiúde, irrompiam.

⁽¹⁾ - DELMANTO, Celso - Delitos de concurrencia desleal, versão castelhana, Buenos Aires, 1976, p. 5.

Viram-se, pois, diante da ausência de regras disciplinadoras da concorrência, na contingência e recorrerem à criação de “normas”, com o que procuraram pôr cobro ao caos e à anarquia então instalados. Os primeiros juízes recorreram ao princípio da boa-fé e da lealdade, utilizados pelas cortes francesas, em 1852 ⁽²⁾, ou a uma dapatação da **law of torts**, como haviam feito os ingleses e os norte-americanos. Nessa época, essa concorrência passou a receber a denominação de **desleal, déloyale, sleale, unfair**.

A solução do conflito, desde então, passou a ser procurada através dos velhos preceitos do dano, da culpa aquiliana e instituições a estes assemelhados, e que têm aplicação, ainda hoje, em alguns países.

Coma a Convenção da União de Paris, em 1883, cujo texto foi, sucessivamente, revisado pelos acordos de Madri, Bruxelas, Washington e Haia, e, mais recentemente, pelos de Londres, Lisboa e Estocolmo, iniciou-se a busca da regulamentação legal da concorrência desleal. Todavia, embora se procurasse estabelecer uma definição para a concorrência desleal, deixou-se esta questão a cargo dos princípios gerais, em face da suspeita de que uma definição poderia, muito em breve, tornar-se inadequada, errônea, ou obsoleta.

Prevaleceu, então, a idéia de se explicitar apenas e tão somente as principais formas de desonestidade que deveriam ser coibidas pelas nações signatárias.

O art. 10 - **bis**, da Convenção de Paris tem a seguinte redação: “os países contratantes serão obrigados a assegurar a todos os cidadãos dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal. Constitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial. Deverão ser especificamente proibidos: 1º. Todos e quaisquer fatos suscetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com os produtos de um concorrente. 2º. As alegações falsas, no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar os produtos de um concorrente” ⁽³⁾.

Desse texto, no entanto, pode-se extrair uma definição: é concorrência desleal **“todo ato de concorrência contrária às práticas honestas em**

⁽²⁾ CHAFEE JR., Zechariah - Unfair competition, in Harvard Law Review, vol. 53-58/1289.

⁽³⁾ HUNGRIA, Nélon - Comentários ao Código Penal, Forense, Rio, 1958, VII/p. 379. O autor, devidamente traduzidopara o português, acrescenta no apêndice o texto da Convenção de Paris.

matéria industrial e comercial” ⁽⁴⁾. Mas essa fórmula se apresenta como bastante genérica, e com ela se pode abranger todos os crimes contra a propriedade industrial que poderiam ser rotulados de “crimes de concorrência desleal”.

Adverte Hungria que, entendeu-se, então, “de reservar esta denominação para aqueles atos de fraudulenta ou desonesta concorrência que, não infringindo os dispositivos especificamente tutelares das **patentes e dos sinais distintivos registrados**, no campo da indústria e do comércio, atentam contra o interesse de correção usual ou normal no âmbito dos negócios. O que a lei tem em vista, aqui, é assegurar ao estabelecimento industrial ou comercial, independentemente do direito ao uso **exclusivo** de patentes concedidas ou sinais distintivos registrados, a normalidade da sua função produtiva e lucrativa e a estabilidade de sua clientela” ⁽⁵⁾

A verdade é que não é fácil estabelecer uma definição ou conceito de concorrência desleal, e, assim, extremar a lícita da ilícita. Daí procurarem os autores fazer menção aos seus atos constitutivos. Scheggi diz que por concorrência desleal se deve entender a concorrência em desconformidade com os princípios de correção profissional, mais do que no direito, apóia-se na moral, sobretudo pela importância que, na sua consideração, tem o elemento intencional. Mas também este conceito não é preciso. Como recorda Magalhães Noronha, há atos de comércio que não primam pela correção, e, não obstante não constituem concorrência desleal ⁽⁶⁾. Para estes, a proteção do bem jurídico ofendido se faz através do direito civil, objetivando a reparação dos prejuízos, e, para os fatos que assumem maior gravidade e apresentem maior deslealdade, se vai além, tipificando-se as condutas e ameaçando-as com a pena criminal, não se renunciando, todavia, à reparação civil, como decorrência do dano **ex-delicto**.

Mas, o que vem a ser concorrência desleal? Lembra o saudoso Celso Delmanto ser essa expressão facilmente entendida e explicada, mas nem por isso se tem ofertado uma definição que fosse, a um só tempo, “simples e perfeita”. E, apoiando-se em Edward S. Rogers, afirma ter este tratadista norte-americano perguntado a um seu aluno o que se deveria entender por

⁽⁴⁾ HUNGRIA, Néelson op. cit., VIII, 379/380.

⁽⁵⁾ HUNGRIA, Néelson op. cit. VII/380.

⁽⁶⁾ NORONHA, Magalhães - Direito Penal, São Paulo, 3/35

“concorrência desleal”, obtendo como resposta que se tratava do uso de ardis e truques sujos - **dirty tricks** -, que os juízes procuram impedir. Considerando a resposta acertada, Rogers comentou que seria possível passar semanas inteiras lendo doutrina e sentenças, sem lograr uma definição mais perfeita ⁽⁷⁾. Daí a conclusão que se extraiu ser a concorrência desleal aquela que **não deve ser feita**.

Aqui se estabelece a distinção entre a concorrência desleal e a concorrência delituosa, posto que, em ambas ocorrem ardis, golpes baixos e truques sujos. É evidente, como já assinalado, que da concorrência podem advir resultados extremamente proveitosos para a comunidade, e deve mesmo ser estimulada. Todavia, muitas vezes, essa concorrência ganha contornos de extrema deslealdade, mediante a utilização de expedientes que podem alterar a igualdade de competição e conduzir o embate para o terreno da ilicitude, penal ou civil. Evidentemente, a ilicitude penal reclama a tipificação das condutas que a lei elenca. De qualquer maneira, num e noutro caso, temos a competição desonesta, que se denomina de **concorrência desleal**, mas só no último caso ingressa a conduta no terreno da criminalidade, e é aqui que se finca o nosso interesse.

Podemos, pois, equacionar que a concorrência desleal criminosa é aquele que a lei tipifica como tal: “Comete crime de concorrência desleal quem:”. Da mesma forma que a legislação abrogada, a lei atualmente em **vacatio legis**, elenca os crimes de forma casuística, enumerando os **meios** que considera delituosos. A técnica legislativa utilizada e que na lei nova se repete, tem merecido elogios da doutrina, pois com ela se acomoda o princípio da reserva legal: **nullum crimen sine typo**.

2 - Bem jurídico tutelado. Entende-se por bem juridicamente tutelado pela norma penal aquele **quid** que a norma, mediante a ameaça de uma pena, procura tutelar diante de possíveis agressões ⁽⁸⁾. Na esfera penal, portanto, o conceito de bem jurídico liga-se a uma situação social, para a qual a norma estabelece a sua tutela ou a sua proteção. Como tivemos a oportunidade de escrever, “esta tutela pode ser instituída com vista a uma

⁽⁷⁾ DELMANTO, Celso op. cit., p. 9.

⁽⁸⁾ ANTOLISEI, Francesco - Manuale di diritto penale (parte generale), Milano, 1975. No mesmo sentido. Antonio Pagliaro - Principi di diritto penale (parte generale), Milano, 1972.

relação humana (parentesco, matrimônio), nas relações entre pessoas e coisas (patrimônio, posse, detenção), em face de condição particular do agente ou da parte lesada (funcionário público), em face de uma situação psíquica ou física do indivíduo (integridade física, capacidade psíquica), em relação a um bem abstrato (bons costumes, moralidade pública), e, ainda, em outras situações sociais, concretas ou abstratas, que a norma vem a tutelar⁽⁹⁾. Pode-se, pois, afirmar que “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no conceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”⁽¹⁰⁾. Daí ser de suma relevância estabelecer-se a noção de bem jurídico, posto que “a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica, nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção”⁽¹¹⁾. Como todo delito deve representar uma ofensa a um bem jurídico, ou seja, deve tutelar um bem ou interesse, devemos buscar, aqui, a natureza do bem jurídico que se tutela com a lei definidora dos crimes de concorrência desleal.

A lei nº 9.279/96 revogou expressamente os arts. 169 a 189 do decreto-lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, e, conseqüentemente, deu ao art. 196, do código penal nova redação. Com ela, os crimes de concorrência desleal se posicionam no código, como **crimes contra a propriedade imaterial**, que constitui o bem juridicamente tutelado. Destarte, a lei penal protege a liberdade de competir, mas competir “com lisura e correção, sem lançar mão de expedientes desonestos ou desleais, respeitando o mínimo ético”⁽¹²⁾. “Reprimindo a concorrência desleal, o direito legislado reporta-se ao **mínimo da ética profissional** consagrada no meio industrial ou comercial. E ao intervir na espécie o direito penal, que reclama tanto quanto possível, a **tipicidade** nítida do ilícito que incide sob suas sanções, houve necessidade de se evitar a adoção de um **preceptum** genérico ou demasiadamente elástico, a importar a abdicação do legislador no juiz”⁽¹³⁾.

Mas, conquanto se apresente bem nítida a tutela do mínimo ético profissional, como condição do exercício normal da própria pessoa na sua

⁽⁹⁾ PIERANGELI, José Henrique - O consentimento do ofendido (na teoria do delito), São Paulo, 2ª. ed., p. 99

⁽¹⁰⁾ COSTA JR, Paulo José da - Comentários ao Código Penal, São Paulo, 1989, vol. 3/p 36.

⁽¹¹⁾ NAVARRETE, Polaimo - El bien jurídico en el derecho penal, Sevilla, 1974, ps. 21/22.

⁽¹²⁾ HUNGRIA, Néelson op. cit., VIII/380.

⁽¹³⁾ COSTA JR, Paulo José da op. cit., p. 36.

atividade comercial ou industrial, essa tutela ganha também contornos de proteção a um interesse coletivo. Daí apresentar-se como bastante complexa a determinação de um conceito de bem jurídico. Welzel, por ex., considera o bem jurídico como um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”⁽¹⁴⁾. Na mesma direção, o entendimento de Jescheck: “o bem jurídico constitui o ponto de partida e a idéia que preside a formação do tipo. São bens jurídicos aqueles interesses da vida da comunidade aos quais o direito penal presta proteção. Proteção através do direito penal significa que as normas jurídicas proibem mediante pena, aquelas ações que se apresentam como adequadas para menoscar de forma especialmente perigosa, os interesses da vida da coletividade”... “O tipo parte, portanto, da norma e esta, do bem jurídico”.⁽¹⁵⁾

É por isso que, na atualidade, aceita-se plenamente ser o bem jurídico a base da estrutura e interpretação dos tipos, fundada num sentido social próprio, que precede a formação da norma penal. Daí a certa conclusão de Jescheck, de que se deve entender por bem jurídico “o valor ideal da ordem social juridicamente protegido, em cuja manutenção a sociedade tem interesse e que se pode atribuir, como ao seu titular, tanto ao particular como à coletividade”⁽¹⁶⁾. Para Zaffaroni, bem jurídico penalmente tutelado “é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela o seu interesse mediante normas que proibem determinadas condutas que as afetam, aquelas que se manifestam através da tipificação dessas condutas”⁽¹⁷⁾.

Essa diversidade de opiniões entre os autores no que respeita ao bem jurídico, e que se apresenta também na doutrina pátria, não nos impede de formular um conceito de bem jurídico protegido pela lei nº 9.279/96, e que se apresenta num mesmo sentido em todas as previsões legais: **a liberdade de competição**. E os direitos de propriedade ou de personalidade, como bem observa Celso Delmanto, apenas assumem relevância quando empregados na competição⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ WELZEL, Hans - Derecho Penal Aleman (tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yanez Pérez), Santiago, 1976, p. 15.

⁽¹⁵⁾ JESCHECK, Hans Heinrich - Tratado de derecho penal, parte general, tradução espanhola de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, I/350.

⁽¹⁶⁾ JESCHECK, Hans Heinrich op. cit., I/351.

⁽¹⁷⁾ ZAFFARONI, Eugenio Raúl - Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1981, III/240.

⁽¹⁸⁾ DELMANTO, Celso op. cit., p. 16.

A liberdade que todos têm de competir, por conseguinte, é o bem jurídico que a norma penal efetivamente tutela. Esta concepção advém da Lei Sherman, datada de 1890 que, ainda hoje, exerce enorme influência nos diplomas legislativos, e, através destes se fixou que quando a concorrência se vê livre de obstruções ou impurezas, os indivíduos obtêm um adequado equilíbrio entre a quantidade e o valor das coisas que querem.

Como conseqüência disto, as partes são posicionadas num plano de igualdade, em que nenhuma delas se aproveita da debilidade ou necessidade da outra.

Este equilíbrio, portanto, só pode ser rompido mediante condutas tanto fraudulentas como restritivas. Fraudulentas, por modificarem a informação acerca de dados sobre os quais se elege, e restritivas pela ausência de alternativas que pudessem controlar a quantidade de certos bens da praça ou o seu preço. Sancionadas, pois, são as condutas que colocam em perigo a liberdade de concorrer, a todos assegurada.

Mas isso não nos parece bastar para justificar a exclusão de um interesse coletivo, que se nos apresenta como indispensável no campo da competitividade, em benefício da comunidade, ou **bem coletivo**, ou, ainda, do **bem estar geral**. Por outras palavras, a proteção da livre concorrência possui um bem assinalado toque de proteção do mercado como bem público, correspondendo ao bem-estar geral. Como assinala, com muita propriedade, Jaime Malamud Goti. “de alguma maneira este bem-estar coletivo constitui a pedra angular de toda decisão governamental”⁽¹⁹⁾.

Poder-se-á afirmar que, sempre, na proteção penal se revela um interesse coletivo, e que isso se manifesta no conceito de bem jurídico que a doutrina estabelece, mas, aqui, esse interesse se apresenta de forma extremadamente nítida, materialmente, que é a defesa do consumidor e de todo interesse coletivo. Conseqüentemente, na medida em que a proteção jurídico-penal se faz para garantir a liberdade de concorrência, também está a assegurar que dessa livre concorrência decorra vantagens para a comunidade. Este parece ser também o pensamento de Dworkin⁽²⁰⁾.

Parece-nos importante estabelecer, agora, a distinção entre

⁽¹⁹⁾ GOTI, Jaime E. Malamud - Derecho Penal de la competencia (abastecimiento - monopolios), Buenos Aires, 1984.

⁽²⁰⁾ DWORKIN, Ronald - Taking rights seriously, 1977, p. 184.

concorrência desleal e concorrência interdita ou não permitida, e que pode ser feita nos seguintes termos: na concorrência desleal, a pessoa está autorizada legalmente a exercer sua atividade, mas o faz lesando direito alheio, escapando das regras estabelecidas para o exercício da atividade econômica; na concorrência interdita, a pessoa exercita uma atividade sem a observância das formalidades legais, ou pelo contrato. Daí a conclusão de Magalhães Noronha: no primeiro, há abuso de um direito; no segundo, este inexistente ⁽²¹⁾.

3 - Sujeitos do delito. Muito embora o art. 195, da lei nº 9.279/96 empregue o pronome **quem**, com o que amplia a admissibilidade do sujeito ativo, parecendo tratar-se de qualquer pessoa, como adverte Néelson Hungria, a concorrência desleal “pressupõe nos sujeitos ativo e passivo a qualidade de **concorrentes**” ⁽²²⁾. Não se trata, pois, de crime comum, e sim de crime próprio. Celso Delmanto, inovando, pelo menos em termos de doutrina nacional, chama-os de **crimes bипróprios**, pois tanto o autor como o ofendido devem possuir, **ambos**, a capacidade penal e a qualidade especial ⁽²³⁾.

Destarte, os sujeitos ativo e passivo devem ser concorrentes, já que um e outro devem estar numa relação competitiva, que pode se estabelecer entre dois comerciantes, dois industriais, ou entre um comerciante e um industrial, desde que a atividade de ambos se refira a produtos e mercadorias afins, posto que, em última análise, os consumidores serão os mesmos.

Mas, aqui, alguns problemas devem ser enfrentados. A concorrência pode se estabelecer também no futuro ou de forma potencial? Pode alguém, que não é comerciante ou industrial, ser sujeito ativo do crime? Pode ocorrer o crime entre rivais que desempenham atividades diversas? Vamos por partes.

Quanto à primeira indagação, a resposta é positiva, e por ela opta a melhor doutrina. Como observa Luigi Mosco, não se faz necessário a existência de uma clientela formada e nem que o produto tenha sido lançado na praça. Uma série de atos podem objetivar impedir que a empresa nascente venha a conquistar o mercado, formando clientela e prejudicando as demais

⁽²¹⁾ NORONHA, E. Magalhães op. cit., p. 36.

⁽²²⁾ HUNGRIA, Néelson op. cit. VII/373.

⁽²³⁾ Op. cit., p. 17.

empresas ⁽²⁴⁾. Não se leva em conta, todavia, a concorrência havida, ou seja, no passado, pois esta se apresenta inócua. Não existirá a conexão exigida pela lei, quando o sujeito passivo tenha já encerrado as suas atividades de modo definitivo, não podendo mais advir uma confrontação no presente ou no futuro.

Quanto à segunda indagação, optamos pela solução negativa, ressalvada a hipótese de concurso de agentes, quando é suficiente que se posicione na situação de instigador, uma das formas de participação ⁽²⁵⁾. Para esta solução, vale o exemplo de Soler: “Assim ocorreria se um sujeito, propondo-se a arruinar a um industrial, pagasse a uma empresa de propaganda para desacreditar o negócio de seu inimigo, subtraindo-se a clientela. A ação aqui reprimida consiste não só em subtrair a clientela, mas em desviá-la em **proveito próprio**, ou seja, do sujeito ativo: ⁽²⁶⁾.”

Quanto à última indagação, a resposta é positiva. De uma maneira geral, a doutrina pátria tem assinalado existir crime de concorrência desleal apenas quando se tratar de fabricantes e negociantes como sujeitos desse crime. Todavia, nada impede que possa praticar o delito ou se tornar sujeito passivo de tal delito, o profissional liberal, ainda mais na atualidade, quando as atividades profissionais estão englobadas de forma empresarial. Assim, o médico estabelece-se em clínicas ou em serviços assistências, o engenheiro e o advogado, em escritórios e em sociedade civil; o corretor, em firmas imobiliárias etc.

Diante da nossa lei atual, da mesma forma que na anterior, tais profissionais, quando organizados da forma explicitada, cabem perfeitamente dentro dessa lei ⁽²⁷⁾. O sujeito passivo pode ser tanto a pessoa física como a jurídica, não se excluindo a possibilidade desta ser uma empresa pública.

Todavia, pelo menos entre nós, o sujeito ativo deve sempre ser pessoa física, já que só o homem pode praticar delitos (**societas delinquere non potest**). Pela prática do delito responderão apenas seus diretores e administradores. O consumidor ocasional e o cliente não são sujeitos passivos

⁽²⁴⁾ MOSCO, Luigi - La concorrenza desleale, Napoli, 1956, p. 162/163.

⁽²⁵⁾ Sobre o conceito de instigador, v. nosso livro Escritos Jurídico-Penais, São Paulo, 1992, ps. 63/68.

⁽²⁶⁾ SOLER, Sebastian - Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1946, IV/162.

⁽²⁷⁾ No sentido do texto, v. Celso Delmanto, op. cit., ps. 17/18, Paulo José da Costa Jr., op. cit., p. 37; Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, São Paulo, 1971, XVII/304. No mesmo sentido, decidiu o TACRIM - SP, rel. Juiz Raul Motta, in RT 625/295.

do delito, mas o é a comunidade consumidora, beneficiária da concorrência leal.

Passemos, agora, ao exame particular das condutas que a lei considera delituosas, as quais denomina de **crimes de concorrência desleal**, definidos no art. 195.

1º. Falsa publicidade. “Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa informação, em documento de concorrente, com o fim de obter vantagem.” É a chamada **publicidade difamatória contra concorrente (dénigrement, Anscharzung)**.

O núcleo do tipo é o verbo **publicar**, que vem do latim **publicare**, e significa tornar público, manifesto, notório, conhecido de todos, divulgar, propalar, espalhar.

A publicação pode ser feita por qualquer meio, abrangendo não só a imprensa (escrita, radiofônica ou televisiva), mas qualquer outro meio, como cartazes, prospectos, calendários, chaveiros, boletins, folhetos, brindes, malas-diretas, balões aéreos, alto-falantes, circulares, etc, incluindo-se também a chamada publicidade **subliminar**. O indispensável é que a afirmação propagada através desses meios, seja idônea para criar um dano em potencial à reputação ou ao crédito do concorrente, à confiança de que goza, como tal, no meio dos consumidores e fornecedores. Ressaltamos que se a falsa afirmação atinge o concorrente na sua honra como pessoa, o crime será o de **calúnia** ou **difamação**, conforme o caso.

Tornar público não significa tornar conhecido de todos; ainda quando sumamente reiterada, ela nunca irá atingir a toda população. A **falsidade** integra o tipo, e, por tal razão, se verdadeiro a afirmação, ainda que denigradora, não há que se cogitar de delito. Em consequência, a prova **da verdade excluirá** o crime, ou seja, ao querelado se concede a **demonstratio veri**, durante o curso da ação penal privada. A moderada **retorsão**, pode ser reconhecida como legítima defesa. E se o fato for verdadeiro, mas a divulgação for intencionalmente exagerada, a conduta é atípica, por faltar a elementar falsa afirmação.

Deste entendimento discrepa Celso Delmanto que, também aqui, vê a existência do crime, desde que o excesso constitua “uma afirmação

igualmente falaz”, devendo-se comprovar a intenção do agente ⁽²⁸⁾. Ora, se a falsidade integra a composição típica, se verdadeira a imputação, não haverá o delito. Tanto assim é que se exige que o sujeito passivo seja indicado nominalmente, ou se apresente na publicação, indubitosa a sua identidade.

A afirmação falsa deve ser feita em detrimento de concorrente, como afirmar-se estar ele à beira da falência, ou que não honra os títulos, mas, como também a depreciação de produtos de fabricação de concorrente, reflete-se sobre a reputação profissional deste, constitui o crime em testilha, tornar público, falsamente, serem tais produtos imprestáveis ou de má qualidade, ou, ainda, não possuírem a qualidade apregoada.

O crime só é púnível a título de dolo, que é a vontade conscientemente dirigida à falsa afirmação. Mas, ao lado do dolo, existe um elemento subjetivo do tipo que se manifesta expressamente com a expressão “com o fim de obter vantagem”, evidente que econômica e indevida. Embora não o diga a lei, trata-se, evidentemente, de vantagem econômica, visto que se liga a uma atividade econômica.

O crime é formal, e consuma-se com o **ato de publicidade** idôneo a produzir o efeito maléfico proposto. Independe, portanto, da ocorrência de real, prejuízo ou obtenção da vantagem ilícita buscada, objeto do exaurimento. A tentativa é perfeitamente admissível, desde que se apresente um **iter criminis**, que possa ser interrompido.

É perfeitamente admissível o concurso de pessoas. Consequentemente, todos os responsáveis pela publicação falsa, como os redatores, os desenhistas, os diagramadores, podem ser responsabilizados penalmente.

2º - Falsa afirmação. “Comete crime de concorrência desleal quem: II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem.”

Temos, aqui, um tipo de ação múltipla e seus verbos típicos são **prestar** ou **divulgar**. O autor pode prestar ou divulgar a informação falsa, como também prestar e divulgar essa informação, praticando um só e o mesmo delito. Prestar informação é dá-la, fornecê-la com presteza e cuidado, dispensar, transmitir. Prestar é a ação daquele que dá ou proporciona a informação falsa. Presta informação quem transmite algo a uma pessoa, ainda

⁽²⁸⁾ Op. cit., p. 35.

que confidencialmente, tenha havido ou não solicitação daquela. Divulga quem a transmite a um número indeterminado de pessoas. Aqui, existe uma grande proximidade com a espécie anterior, pois numa e noutra hipótese, apresenta-se bem nítido o significado de tornar conhecido, mas, no inciso II, dispensado está o emprego da publicidade. Quem informa afirma ⁽²⁹⁾. Tanto que pode a informação ser prestada espontaneamente ou solicitada, oral ou por escrito, a pessoa individualizada, a agência de informações ou repartições públicas.

Tratando-se de crime comissivo, não pode ser praticado por omissão. Assim, quem, se omite de fornecer a informação que lhe é solicitada não pratica o delito em estudo.

A lei atual não se refere ao intuito de lucro e sim a obtenção de vantagem. Esta vantagem, todavia, pela própria finalidade da lei, só pode ser de natureza econômica, ou seja, o agente atua **lucri faciendi causa**, que, agora na lei nova, se apresenta de maneira embutida, ao contrário do que ocorria com a lei abrogada.

A informação falsa deve ser acerca de concorrente, de conformidade com a fórmula legal. Dessarte, a informação não deve ficar restrita à pessoa do concorrente, “abrangendo igualmente aquilo que está sem seu derredor, aquilo que lhe diz respeito, como suas mercadorias e produtos, a maneira de produzi-los, seu estabelecimento industrial, comercial ou agrícola etc”⁽³⁰⁾.

Também neste inciso, a falsidade continua a ser elemento do tipo, e que a torna indispensável para a existência do delito. Falsa é a informação mentirosa, inverídica, aquela que não **expressa a verdade**. Assim, se verídica a informação, não se configura o delito. Esse informe falso deve, porém, ser capaz de causar prejuízo ao sujeito passivo, não sendo exigível um prejuízo efetivo ao concorrente. Basta, pois, a possibilidade de causação de um prejuízo.

Trata-se, também aqui, de crime formal, que se consuma com a prestação ou com a divulgação da informação falsa. A obtenção, por parte do agente de vantagem e conseqüente prejuízo para o ofendido, liga-se ao exaurimento do crime. A tentativa é perfeitamente possível nas duas modalidades, pois, em ambas a conduta apresenta fracionamentos.

A participação também é perfeitamente possível. A eventual

⁽²⁹⁾ NORONHA, E. Magalhães, op. cit., p. 37.

⁽³⁰⁾ COSTA JR, Paulo José da, op. Cit., p. 71.

participação deverá ser apreciada de conformidade com as normas gerais da relevância causal e da participação.

Trata-se de crime exclusivamente doloso, mas da estrutura típica se extrai a exigência de um elemento subjetivo do tipo: “com o fim de obter vantagem”.

3º - Fraude para o desvio da clientela. “Comete crime de concorrência desleal quem: III - emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

De todas as modalidades delituosas previstas pela lei em exame, esta é, com certeza, a de maior extensão, pois, nela encontram tipificação outras formas de competição criminosa, como as previstas nos dois incisos anteriormente examinados, quando estiverem ausentes algumas elementares destes. Segundo Celso Delmanto, essa extensão se deve à estrutura da primeira legislação nacional que cuidou do tema (decreto 24.507, de 29.06.1934), que enumerava oito regras onde, sob a denominação de **rivalidade desleal**, guardavam semelhança com vários dos parágrafos da lei anterior⁽³¹⁾, e que, acrescentamos, se apresentam em vários incisos da lei atual em exame, servindo como exemplo os incisos VI e VII. Aliás, esta técnica legislativa se justifica perfeitamente e ganha mesmo foros de necessidade, pois, como salientou Basileu Garcia, a concorrência desleal “é um flagelo multiforme, que reclama textos punitivos de âmbito amplo”⁽³²⁾.

O aliciamento de clientela constitui ato lícito, porém, se houver o emprego de meios fraudulentos para que esse desvio venha a ocorrer, essa conduta assume caráter de antijuridicidade.

O núcleo do tipo é o verbo **empregar**, que aqui tem, entre outros, como sinônimos, os verbos **usar, aplicar, utilizar**. A doutrina criminal carece de uma definição de fraude, pois, ainda hoje, não se conseguiu estabelecer, com precisão, uma distinção entre fraude penal e fraude civil, mas, parecidos que ontologicamente, existe um só conceito de fraude, ora empregado pela lei penal, ora pela lei civil, e, evidentemente, se incorporada ao tipo penal, a fraude passa a interessar também ao direito civil. A fraude aparece em vários tipos do código penal, como no estelionato (art. 171 e parágrafos), na posse sexual mediante fraude (art. 215), no atentado ao pudor mediante

⁽³¹⁾ DELMANTO, Celso, op. cit., p. 67.

⁽³²⁾ GARCIA, Basileu, em manifestação no processo criminal 1103/72, apud Celso Delmanto, op. cit., p. 67.

fraude (art. 216), aparece também na Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45), uma vez que, nos crimes falimentares, o elemento fraude é de extraordinária significação em quase todos os tipos.

O tipo penal em exame refere ao emprego de “**meio fraudulento**”. No art. 171, o CP nos informa o que devemos entender por meio fraudulento, posto que se refere, por primeiro, a **artifício** e **ardil**, e, em seguida, vale-se da expressão analógica “**ou qualquer outro meio fraudulento**”, que, aqui, significa todo e qualquer expediente insidioso para captar freguesia de outrem. O artifício distingue-se do ardil. O artifício caracteriza-se pelo emprego de um aparato que, pelo menos aparentemente, modifica o aspecto material da coisa, valendo como exemplo o documento falso, o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, enquanto o ardil caracteriza-se pela astúcia, manha, sutileza, artimanha, ardileza, e que apresenta, prioritariamente, um aspecto mais intelectual e se dirige diretamente à psique da vítima, servindo de exemplo a conversa enganosa que, às vezes, pode se caracterizar pela mentira, desde que hábil a enganar.

A distinção, todavia, assume pouca importância, pois, o legislador, na definição da fraude para o desvio de clientela, como crime de concorrência desleal, refere-se tão somente a meio fraudulento, o que poderia também ter feito o legislador do código penal de 1940. Vale, contudo, a distinção, para uma melhor compreensão da norma penal incriminadora, diante das variadíssimas maneiras de se aplicar **os golpes baixos**, de que são exemplos “fazer reclame dos próprios artigos ou produtos, dizendo-os **melhores** que os do concorrente (designado nominalmente ou de modo iniludível); imitar o aspecto da fachada do vizinho estabelecimento do concorrente e os seus processos de propaganda **in loco**, de modo a induzir a freguesia a um **quid pro quo**; usar os sinais distintivos não-registrados do concorrente (se registrados, o crime será outro); orientar para o seu próprio estabelecimento, mediante aliciamento exercido por mandatários postados junto ao estabelecimento do concorrente, a clientela deste, etc., etc.”⁽³³⁾.

Um exemplo sumamente comum de desvio fraudulento da clientela encontramos na imitação de produtos, sinais ou nomes não registrados do competidor, de molde a criar confusão no espírito do cliente quanto aos artigos ou produtos do rival. Serve como exemplo, a imitação aparente de um produto, com aproximação fonética dos nomes. Assim, por exemplo,

⁽³³⁾ HUNGRIA, Nelson, op. cit. p. 383.

“**café guarani**” e “**café mandari**”, quando, o concorrente desleal procura imitar não só a **aparência extrínseca** do produto (suficiente, por si, para a caracterização do delito), mas ainda agrega nome que produz som assemelhado. O meio fraudulento utilizado está no produto em si, ou seja, o engano apresenta-se **in re ipsa**.

Como lembra Celso Delmanto, os consumidores fixam instintivamente na memória uma ou as mais importantes dessas características, e, pela simples visualização delas, compram a mercadoria⁽³⁴⁾. E os menos precavidos (**anwary purchasers**), aos quais normalmente falta a capacidade de distinguir, fazem na memória uma forma de associação mecânica de idéias, que leva-os ao engano. Disto se vale o competidor desonesto. Ao **animus disputandi** agrega a fraude.

Acresce salientar que, para a configuração do delito, não se faz necessário estarem a marca, o nome, a insígnia, o desenho, os sinais imitados, registrados ou que sejam registráveis, e neste sentido são pacíficas as doutrinas pátria e italiana.

Trata-se de crime de pura atividade. Sujeito ativo é o **faber vel mercador** que produz, armazena, expõe à venda, ou vende, importa, mercadorias com falsa indicação de procedência. Sujeito passivo, é o consumidor enganado, mas também os concorrentes estabelecidos no lugar de procedência indicado.

O crime consuma-se com o emprego do meio fraudulento, ainda que não ocorra o fim efetivamente buscado, que é o desvio da clientela, desde que idôneo o meio empregado. Não obstante, admissível é a tentativa, desde que fracionável o processo executivo. “Cabe insistir, a respeito dos chamados **delitos de pura atividade**, que os mesmos admitem a tentativa, o que é inadmissível do ponto-de-vista da teoria formal-objetiva”⁽³⁵⁾.

O crime é essencialmente doloso, especificado pelo **animus lucri faciendi**, mas além do dolo o tipo reclama um elemento subjetivo, ou seja, que a vantagem se reverta em proveito próprio ou alheio.

Pode ocorrer um concurso de pessoas, - e isso ocorre mui freqüentemente-, quando terceiros auxiliam na prática do delito. É o que acontece, v.g., quando além do industrial que fabrica os produtos com intenção fraudulenta, também o comerciante ingressa na conduta do

⁽³⁴⁾ DELMANTO, Celso, op. cit., p. 71.

⁽³⁵⁾ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique - Da tentativa, São Paulo, 1995, 4ª ed., p. 58.

fabricante, atuando em concurso com este.

A ação penal é privada genuína, iniciando-se com o recebimento, pelo juiz, da queixa-crime oferecida.

4º - Propaganda dispersiva. “Comete crime de concorrência desleal quem: usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos”. Trata-se de crime que integra a falsa publicidade, mas diversamente deste crime, onde se faz falsa afirmação em detrimento do concorrente, aqui se usa de sinal de propaganda alheios, ou imitação destes, de modo a criar confusão entre produtos ou estabelecimentos. O uso ou melhor, abuso de propaganda alheia pode ser feito de diversas formas, inclusive pela imprensa, e quando é feito por meio desta, aproxima-se da publicidade falsa. Não será exagero, parecidos, tributar a este crime também denominação de falsa publicidade, quando esta é feita através da imprensa escrita, sonora ou televisiva. Mas, outros são os meios de que se dispõe para a efetivação da propaganda, como vimos ao comentarmos os inciso I, desta lei.

Aqui se incluem como meios de expressão de propaganda os prospectos, circulares, pregões e painéis na via pública, catálogos, mostruários, folhetins, calendários, cinema, bandeirinhas, chaveiros, amostras grátis, disco fonográfico, gravações eletromagnéticas, anúncios luminosos, **posters**, fotografias, em guias telefônicas, em bóias infladas nas ruas e praias, anúncios portados por homens em pernas de pau, etc. Mas, ainda se incluem a chamada publicidade subliminar (**subliminal publicity**), que é “uma forma de propaganda que, não passando do umbral da consciência, influi no subconsciente de quem a recebe, inserida mediante estímulos imperceptíveis”⁽³⁶⁾.

Dois são os verbos típicos: **usar** e **imitar**. Usar, aqui, tem o sentido de fazer uso, empregar, servir-se, praticar, exercer, proceder. Imitar significa arremedar, repetir, reproduzir, copiar, contrafazer, falsificar. Usar, portanto, é valer-se de expressão ou sinal de propaganda alheios, já existentes. O concorrente desleal se vale, pois, de expressão e sinais de propaganda alheios para a obtenção de uma vantagem econômica indevida. Na imitação, opera-se a reprodução criminosa de expressão ou sinal de propaganda alheios, evidente que pré-existentes, pois só se pode reproduzir o que já existe.

⁽³⁶⁾ DELMANTO, Celso, op. cit., p. 34.

Como o fim perseguido é estabelecer uma confusão entre produtos ou estabelecimentos, essa imitação deve se aproximar da pré-existente, ou seja, da verdadeira. Embora se busque a **imitatio veri**, não se exige que se trate de imitação perfeita, sendo suficiente que possa induzir em erro ou confundir os consumidores acerca daquilo que se afirma. Embora o inciso IV não se valha da expressão “em detrimento de concorrente”, tal se acha implícito, pois, trata-se de especial característica de todo e qualquer crime de concorrência desleal o potencial prejuízo para o concorrente e a conseqüente vantagem para o agente, É o que resulta de uma interpretação sistemática, inclusive através do recurso histórico, ou seja, do exame de legislações anteriores e do direito comparado.

Trata-se de crime material onde tentativa é sempre possível. E também de crime exclusivamente doloso, mas além do dolo, como a conduta se dirige à obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, além do dolo exige-se esse elemento subjetivo do tipo. Também é perfeitamente possível um concurso de pessoas.

A ação penal é a privada genuína, que se inicia com o recebimento, pelo juiz, da queixa-crime.

5º - Uso indevido de nome comercial. “Comete crime de concorrência desleal quem: V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências”. Estes dispositivo contém o que vinha disposto no inciso VI, da lei ab-rogada, mas é muito mais amplo, pois, além de envolver o uso indevido do nome comercial, o título do estabelecimento ou insígnia alheios, objeto da legislação anterior, também refere-se à venda, exposição à venda ou manutenção de estoque de produtos com estas referências. Pune-se, portanto, não só o uso indevido do nome comercial, do título de estabelecimento e da insígnia alheios, como também a venda, exposição e o oferecimento à venda e a tença em estoque de produto com essas referências.

O dispositivo fala em uso indevido de nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios. O antigo código de propriedade industrial ofertava um conceito de **nome comercial, título de estabelecimento e insígnia**. Por nome comercial se deveria entender “a firma ou denominação adotada pela pessoa física ou jurídica, para o exercício

de atividades comerciais, industriais ou agrícolas', enquanto que **título de estabelecimento e insígnia** são, "respectivamente, as denominações, os emblemas ou quaisquer outros sinais que sirvam para distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou relativo a qualquer atividade lícita". O nome comercial ou título de estabelecimento e a insígnia, como adverte Hungria, "ao individualizarem a atividade ou o estabelecimento, passam a ser como que um símbolo da reputação, do crédito, do favor que, por parte dos clientes e fornecedores, merecem os seus titulares. Usurpá-los é induzir o público à confusão e é **parasitar no mérito alheio**" (37).

Na lei nº 9.279/96, houve uma opção pela palavra **estoque**, que advém do inglês **stock**, enquanto a legislação ab-rogada privilegiava a palavra **armazenagem**. Não obstante o uso internacional da expressão inglesa e o seu perfeito entendimento pelos destinatários da norma penal, poderia o legislador ter dispensado o anglicismo e permanecer dentro do nosso vernáculo.

Vários são os verbos típicos. Além do verbo usar, já analisado nos comentários ao inciso anterior, temos ainda os verbos vender, expor, oferecer e ter. Estamos, portanto, diante de um tipo de múltipla ação, ou de conteúdo variado. **Vender** é alienar ou ceder por certa quantia em dinheiro. **Expor**, no sentido do texto, significa deixar ver, mostrar, revelar, pôr à vista, exhibir. Expor à venda é mostrar o produto a eventuais consumidores. O mesmo ocorre com o oferecimento à venda, que funciona intimamente ligado à exposição, pois, se expõe para vender. Na maior parte das vezes, o produto exposto já se acha acondicionado para ser vendido. Trata-se de prática inerente ao âmbito das atividades comerciais não só a venda como também a exposição de mercadoria, e só é punível o comerciante ou industrial que expõe ou oferece à venda mercadoria em que usa, indevidamente, o nome comercial, o título de estabelecimento ou insígnia alheios. Não se exige, todavia, que se trate de comerciante regularmente inscrito, sendo suficiente que pratique ato de comércio e como tal se apresente como competidor de fato. Nome comercial possui tanto o estabelecimento regularmente inscrito na Junta Comercial, como o comerciante de fato. A antijuridicidade da conduta se manifesta em ambas as situações.

Expor à venda não é somente mostrar o produto em vitrinas, como

(37) Comentários cits., VII/372.

ocorre, v.g., nos grandes magazines, mas também quando está exposta, nas mais variadas formas, aos interessados. Assim, num açougue, quando se expõe as carnes espetadas em um gancho, por detrás do balcão, também se está expondo o produto, e o mesmo ocorre quando são expostos, na rua, relógios ou outros objetos sobre um tripé.

O tipo possui o advérbio **indevidamente**. Significa, pois, que se autorizado o uso pelo titular do bem jurídico protegido, a conduta se torna atípica.

O crime é exclusivamente doloso, mas o tipo subjetivo reclama também um elemento subjetivo, que é o intuito de lucro em prejuízo alheio.

O crime consuma-se com a prática de quaisquer das condutas explicitadas. Tratando-se de crime material, a tentativa é perfeitamente possível, até porque, cada conduta reclama um **iter**.

O concurso de agentes é perfeitamente possível, e a ação penal é a privada, iniciando-se com o recebimento de queixa-crime.

6º - Substituição do nome do produto. Comete crime de concorrência desleal quem: VI - substitui, pelo próprio nome ou razão social, um produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento," O inciso reproduz a disposição estabelecida pelo inciso do mesmo número da legislação ab-rogada, utilizando, porém, uma melhor redação, punindo a conduta do concorrente que, em mercadoria de outrem, substitui o nome ou a razão social deste pelo seu. Trata-se, claramente, de uma fraude, em que o agente troca pelo seu nome ou sua razão social, o nome ou a razão social de terceiro, o verdadeiro produtor.

Sujeitos ativo e passivo devem ser concorrentes, mesmo que de fato, seja o segundo o produtor, cujo nome ou razão social são substituídos.

Muito embora a substituição quase sempre seja feita por um produto superior, tanto pela sua qualidade como pelo esmero e cuidados na escolha da matéria prima, na embalagem, etc., para a tipificação, teoricamente, não se faz necessário que a troca seja feita por produto superior, mas é óbvio que, na prática, ninguém irá fazer uma substituição por mercadoria inferior.

A ação típica se manifesta através do verbo **substituir**, que aqui significa tirar, mudar, deslocar para por outro em seu lugar. Destarte, a simples aposição do nome falso, quando não houver nome original, não será suficiente para a tipificação da conduta, pois, nesta hipótese, não haverá

substituição. Também não haverá o delito quando o autor apenas acrescentou uma informação, sem excluir a procedência do produto.

A substituição pode ser realizada de diversas formas, como a troca, pelos seus, de etiquetas, cintas ou rótulos, pelo cancelamento daquele que constava, pela agregação de outro nome ao anterior etc. Falsos, portanto. Tanto o nome físico como o jurídico do produtor pode se constituir no objeto da substituição. Por razão social entende-se a firma social, o nome industrial ou comercial, ou seja, a forma pela qual “um estabelecimento comercial ou industrial é conhecido pelo público”⁽³⁸⁾.

O consentimento do titular exclui a ilicitude do fato, pois a substituição deve ser indevida.

O crime se consuma com a substituição do nome ou razão social, independentemente do advento de um dano efetivo. Crime formal, ainda assim admite a tentativa, embora isso só possa ocorrer excepcionalmente.

Trata-se de crime exclusivamente doloso, bastando, pois, o dolo à tipificação subjetiva.

A ação penal é privada genuína, que se inicia com o recebimento da queixa-crime.

7º - Falsa atribuição de recompensa. “Comete crime de concorrência desleal quem: VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve.” O inciso ora em exame é reprodução do inciso de mesmo número contido na legislação anterior. Em muitos produtos, ainda hoje, é comum encontrar-se reproduções de medalhas conquistadas ou prêmios obtidos em exposições internacionais ou mesmo nacionais. Com essas providências, o comerciante ou o industrial atribui, em proveito próprio, qualidades e virtudes que os seus produtos tiveram reconhecidas. Mas, essa atribuição deve partir de um dado verossímil, pois, como adverte Roubier, “a liberdade de comércio permite, diz-se, elogios, mesmo ditirâmicos, de seus próprios produtos, desde que não haja **denegrimento de concorrente**”⁽³⁹⁾. Dessarte, o legítimo industrial pode estampar no recipiente do produto, como latas de azeite e garrafas de bebidas, reproduções de medalhas obtidas em exposições internacionais ou nacionais. Nada impede, lembra Paulo José da Costa Júnior, possa na estampa também

⁽³⁸⁾ FARIA, Bento de - Código penal brasileiro, Rio, 1943, IV/388.

⁽³⁹⁾ ROUBIER, Paul - Le droit de la propriété industrielle, 1952, vol. I, p. 565. apud E. Magalhães Noronha. op. cit., p. 40.

“aludir a outra distinção realmente obtida por outro produto da mesma linha daquele em que é estampado, feita a ressalva”⁽⁴⁰⁾. Mas, se o competidor tiver conquistado prêmio em exposição de outro gênero ou com certo produto, e atribuí-lo a outro, como se, tendo ganho medalha em exposição de cães, usá-la em comércio de conservas alimentares, haverá o crime ⁽⁴¹⁾.

Se constitui direito legítimo ao comerciante e ao industrial estamparem as distinções recebidas por seus produtos, se essa divulgação é mendaz, ocorre o crime de concorrência desleal. É que o legislador ao punir tal conduta, está a proteger a concorrência lícita, legítima, leal, e não a honraria em si, e, por conseguinte, pouco importa advenha ela de entidade pública ou particular, esteja ou não regulamentada.

O competidor que emprega falsamente essas indicações pratica o delito, posto que realiza disputa desonesta e engana o público consumidor.

A lei em exame não manteve a expressão “como meio de propaganda de indústria, comércio ou ofício”, que existia na lei ab-rogada, mas nem por isso se deve ter por excluída da proteção penal a concorrência desleal nos ofícios. E como a lei leva esse entendimento, devemos desde logo estabelecer um conceito de ofício. Hungria o confunde com o artesanato ⁽⁴²⁾, mas a expressão **ofício** é bem mais abrangente e envolve qualquer atividade profissional que, na hipótese, possibilite a competição. Trata-se, pois, de crime próprio. Essa recompensa ou distinção **que não obteve** e que possibilita a propaganda criminosa, deve, forçosamente, estar vinculada a uma atividade profissional que pode ser atingida através da propaganda mendaz.

O crime consuma-se com a propaganda mentirosa, seja qual for o meio utilizado e a tentativa é perfeitamente possível, o que ocorre v.g., quando o agente remete à publicação um informe publicitário que não chega a ser publicado, por ter sido impedida a tempo a divulgação.

O tipo subjetivo é composto do dolo, que nada mais é do que a vontade da propaganda que sabe mentirosa no que respeita à distinção ou recompensa. Como se apresenta bem nítida uma finalidade, não obstante importantes opiniões em contrário, entendemos exigir-se um elemento subjetivo do tipo, que é a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, mediante emprego de propaganda inverídica. Atua, pois, movido pelo **lucri**

⁽⁴⁰⁾ COSTA JR, Paulo José da, op. cit. 3/46.

⁽⁴¹⁾ ROUBIER, Paul, op. cit., apud Magalhães Noronha, op. cit. p. 40.

⁽⁴²⁾ HUMGRIA, Néelson, op. cit. VII/386.

faciendi animus.

A ação penal é a privada genuína.

8º - Fraude em embalagens alheias. “Comete crime de concorrência desleal quem: VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave.”

O inciso em questão reproduz, com maior clareza, o que dispunha o inciso também VIII, da lei anterior. Duas são as figuras delituosas que o inciso VIII contém: na primeira, o inciso contempla quem vende ou expõe ou oferece à venda, valendo-se de recipiente ou invólucro de outro produtor, produto adulterado ou falsificado; na segunda, o agente se vale também de recipiente ou invólucro do seu competidor, para negociar produto, agora não adulterado ou falsificado, mas da mesma espécie.

Para a caracterização do primeiro delito, o competidor deve vender produto adulterado ou falsificado utilizando embalagem ou invólucro de outrem, ou seja, de outro produtor. Pouco importa quem adulterou ou falsificou o produto, que pela adulteração ou falsificação responderá, pois, aqui, sanciona-se a venda ou exposição ou oferecimento à venda de tal produto, podendo, eventualmente, ocorrer concurso de pessoas e de delitos. Como adverte Celso Delmanto, trata-se de “um delito em duas etapas”⁽⁴³⁾.

O inciso fala, na sua primeira parte, em produto adulterado ou falsificado. Produto adulterado é aquele que sofreu modificação **in pejus**, como o vinho ou o leite “batizados” (adição d’água). Falsificação é a imitação servil, a cópia do produto na sua composição e aparência exterior para apresentar-se verdadeira⁽⁴⁴⁾. Conseqüentemente, produto adulterado é aquele que tem a sua composição modificada, tanto pela adição como pela supressão das substâncias que o compõem, enquanto o produto falsificado é aquele que imita o original, nele normalmente introduzidas substâncias estranhas à composição original.

É exatamente esse produto falsificado ou adulterado que é envolvido em invólucro ou recipiente alheios, de outro produtor, que é vendido ou exposto ou oferecido à venda. Recipientes são os vasos que servem para

⁽⁴³⁾ DELMANTO, Celso, op. cit., p. 140.

⁽⁴⁴⁾ COSTA JR, Paulo José da, op. cit., p. 49.

conter o produto (vidros, plásticos, latas etc.), enquanto invólucros são os que envolvem o produto (embrulho, pacotes, cobertura, revestimento etc.).

O dispositivo fala em venda, exposição ou oferecimento à venda. Vender é ceder ou transferir o domínio sobre a coisa que, em se tratando de coisa móvel, consuma-se com a tradição. **Expor** é deixar ver, mostrar, revelar o produto a possíveis compradores, enquanto **oferecer** é proporcionar, dar como oferta, apresentar, mostrar. Assiste razão ao Mirabete quando expõe que a última, genérica que é, inclui a duas primeiras⁽⁴⁵⁾, mas é evidente que basta uma só das condutas elencadas para a existência do delito, posto que pode ocorrer tão somente uma delas, e, em havendo uma sucessão de condutas, teremos um único delito de concorrência desleal. Como a lei fala em venda, excluídas a promessa de venda e compra e a permuta. Basta, todavia, uma só venda para a tipificação.

O crime pode ser cometido pelo próprio falsificador ou por terceiro que tenha prévio conhecimento da falsificação ou adulteração. Destarte, pode praticar o delito o fabricante não comerciante, mas se exige, obrigatoriamente, uma relação de concorrência de fato (**competitive relationship**) entre os sujeitos ativo e passivo.

Na segunda parte, o inciso em exame cuida do procedimento do agente que se vale do recipiente ou invólucro do competidor para negociar produto que não é dele¹, ainda que possa este produzir mercadoria ou artigo semelhantes. Aqui, evidentemente, já não se fala em falsificação ou adulteração. Ao contrário, temos um produto autêntico, de origem diversa, que não do fabricante primitivo, ou por outras palavras, o produto acondicionado no recipiente ou invólucro não tem a origem que exteriormente apresenta. Assim, o competidor, valendo-se de uma lata vazia de chocolate de determinada marca, nela introduz chocolate de outro produtor. O delito ocorrerá ainda quando a mercadoria seja de boa qualidade, ou mesmo superior à do conteúdo primeiro. Acrescente-se que os recipientes ou invólucros originais podem ou não estar protegidos por uma patente do respectivo modelo, que se tornam conhecidos do público consumidor.⁽⁴⁶⁾

Pune-se, aqui, a utilização do recipiente ou invólucro de outrem **para negociar**, com o que abrange não só a venda como também outras formas de transação, inclusive a permuta, e nem que se realize como uma atividade

⁽⁴⁵⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini - Manual de direito penal, São Paulo, 1995, 2/295.

⁽⁴⁶⁾ CERQUEIRA, João da Gama - Tratado da propriedade industrial, vol. II, tomo II, p. 401.

mercantil regular e habitual, bastando que seja feita por um concorrente que pode nem ser comerciante. Basta, pois, que os sujeitos ativo e passivo tenham entre eles uma **relação e concorrência de fato**.

O delito, em ambas as modalidades, é formal, mas que assume caráter de permanente quando há exposição à venda, pois, neste a ação de expor se prolonga no tempo e se mantém em estado de permanência até que o competidor faça cessar essa exposição. Na primeira modalidade, consuma-se como o ato de expor à venda; na segunda, com o uso das embalagens na negociação. Não importa à consumação que tenha o competidor logrado o fim desejado, pois ele liga-se ao exaurimento, ou seja, ao atingimento das últimas conseqüências do delito. A tentativa é perfeitamente possível quando se apresentar um **iter criminis**.

Excogitável a modalidade culposa, não só como decorrência da própria construção típica, mas também pela falta de previsão legal. Os delitos são, conseqüentemente, dolosos, que se caracteriza pela vontade livre dirigida para uma negociação usando embalagem de concorrente, ciente de que contém produto adulterado ou falsificado ou distinto do produtor primitivo. Conquanto a doutrina parece inclinar-se pela exigência exclusiva do dolo (genérico), temos que mesmo sem ter a lei se referido ao intuito de lucro, resta invidiosa a exigência do **lucri faciendi animo**. Como através das condutas incriminadas se busca causar um dano ou um descrédito ao concorrente, temos para nós que também aqui se exige elemento subjetivo do tipo.

É perfeitamente possível o concurso de agentes, mas não o de delitos, nem mesmo quando houver venda de mercadoria adulterada ou falsificada. Trata-se de delito **subsidiário**, como o próprio inciso prevê expressamente: “se o fato não constitui crime mais grave”. A natureza subsidiária do crime exclui a possibilidade de concurso. Assim, se o produto adulterado ou falsificado se torna nocivo à saúde dos consumidores, temos um crime contra a saúde pública (art. 272, par. 1º, do CP), ou crime contra o consumidor, se a pena deste for mais grave.

A ação penal é a privada genuína, ou seja, deve ser proposta pelo particular ofendido, mediante oferecimento de queixa-crime.

9º - Corrupção ativa de empregado. “Comete crime de concorrência desleal quem: IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado

de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem.” Temos, aqui, o delito que a doutrina chama de suborno ativo. Esse crime atualmente, é muito comum sob a denominação de **espionagem econômica**, que ocorre no Brasil e em quase todos os países. Esta figura, na sua essência, não difere da prevista no art. 333, do CP, evidentemente que atento às particularidades de cada um, ou seja, aos elementos distintivos que possuem.

Trata-se de crime sumamente grave, que pode levar - como efetivamente tem levado - grandes empresas a situações de grandes dificuldades, diante dos enormes males que lhes são causados. É que, mediante suborno, empregados têm revelado ao concorrente segredos de negócio ou de fábrica. A pena prevista, de 3 meses a 1 ano de detenção ou multa, apresenta-se como verdadeiro prêmio para o empregado corrupto, a se aceitar a bem colocada crítica de Celso Delmanto, em comentário à lei anterior, e que continua perfeitamente cabível na atual. Como pondera esse saudoso penalista paulista, por uma apropriação indébita, que bem menores danos causa ao empregador, a pena vai de 1 a 4 anos de reclusão. Ou seja, para um bem jurídico de maior valia, a pena é exageradamente benevolente. E resposta penal mais grave vem imposta até mesmo em legislações para as quais, entendia-se, a punição para a concorrência desleal não deveria passar das sanções civis.

No nosso país, além da previsão do código penal (art. 154), em que se pune a **violação de segredo profissional**, a lei nº 9.279/96, em quatro incisos (IX, X, XI e XII) pune a espionagem econômica.

Na ânsia de conquistar os mercados, os competidores desleais se valem dos mais variados recursos, muitos dos quais desonestos, entre eles do suborno de empregados, com o intuito de obter segredos de fábrica e de negócio. O desenvolvimento da tecnologia nos dias atuais, no exterior e no nosso país, certamente levará a um agravamento. Como decorrência disso, os países passaram a optar pela repressão penal, cientes de que a simples sanção civil é insuficiente para reprimir a espionagem industrial, punindo o suborno de empregados e a violação de segredos de fábrica e de negócio. No nosso país, além da previsão no código penal, os incisos mencionados indicam a tipificação de consultas na lei de patentes.

O tipo é constituído por dois núcleos, os verbos **dar e prometer**. Dar é entregar, doar, conceder, ceder, presentear. Prometer é obrigar-se,

comprometer-se, que pode ocorrer verbalmente ou por escrito. Assim, na corrupção ativa, o agente **dá** ou **promete** dinheiro ou outra utilidade a empregado do competidor para que este, descumprindo o seu dever de lealdade, passe para ele segredo de fábrica e de negócio. Embora a lei procure proteger um patrimônio econômico, e a propina revista-se, quase sempre, de dinheiro, a utilidade ofertada pelo competidor pode ser de qualquer natureza. Conquanto a expressão **outra utilidade** permita interpretação de que se trata somente de qualquer vantagem material ou econômica, a melhor doutrina inclina-se pela inclusão da utilidade subjetiva, por se tratar de expressão bastante abrangente, que inclui qualquer vantagem para a pessoa (47).

A maioria da doutrina inclina-se pela exigência da permanência do empregado no emprego para a configuração do delito, e assim chegou-se a decidir (RT 213/375). Este não nos parece ser o melhor caminho, embora a vedação devesse abranger também o ex-empregado. Mas assim não quis o legislador de 1996, e assim não procedeu por ignorância, posto que tinha à mão o Anteprojeto de Reforma, onde o dever de fidelidade atingia não só o empregado no emprego, mas também o ex-empregado. Embora assista razão a Celso Delmanto, na crítica que formulou e tomou como interpretação do texto a legislação ab-rogada, verdade é que um direito penal garantidor não pode chegar a tamanho elastério, sob pena de ferir a garantia constitucional da existência de prévia lei incriminadora. **Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacet**. Aliás, em abono ao entendimento acima exposto, o inciso XI faz a ressalva que a doutrina reclama, criminalizando aquele que pratica a ação tipificada, “mesmo após o término do contrato”. Encerrado o contrato de trabalho, nada impede possa o ex-empregado aproveitar-se dos conhecimentos auridos na empresa. Não poderá, contudo, valer-se de segredos que lhe tenham sido confiados durante a relação empregatícia. O

(47) A expressão *outra utilidade* tem criado dificuldades para a doutrina. Optando pelo sentido amplo, que abrange não só as vantagens de ordem material, Paulo José da Costa Júnior escreve que a expressão deve ser entendida em sentido amplo, não restrita a utilidade meramente material ou econômica, estando compreendidos a “promessa de futuro emprego, honorárias, percentagens de futuros lucros, remoção e colocação da esposa do preposto na cidade onde este more, e até mesmo a prestação sexual” (op. cit., p. 50). Na verdade, como assinala Antolisci, a expressão *outra utilidade* (altra utilità), possui sentido amplo, compreendendo qualquer coisa que importe uma vantagem para a pessoa (Manuale di diritto penale, parte speciale, 1954, tomo II, p. 616. Em sentido contrário, v. Silvio Ranieri: “outra utilidade são as coisas móveis que, como tais, podem ser objeto de apropriação. E não, portanto, as que têm utilidade de natureza moral” (Manuale di diritto penale, parte speciale, Padova, 1952, II/182). No Brasil, há uma clara opção pelo sentido amplo da expressão (v., entre outros, Júlio Fabbrini Mirabete, op. cit., p. 390; Celso Delmanto, op. cit., p. 158).

sujeito ativo, portanto, só pode ser o empregado, ou seja, aquele que presta serviços ao empregador. Por empregado, entende-se qualquer pessoa física que preste serviço a outra, - física ou jurídica -, mediante salário, subordinação e direção. Pouco importa a existência ou não de um contrato de trabalho formalmente estabelecido, podendo o serviço nem mesmo ser efetivo, ou seja, eventual. Trata-se, pois, de crime próprio, onde o sujeito ativo é o empregado e o sujeito passivo o seu empregador ou empresário.

O corruptor dá ou promete dinheiro ou outra utilidade ao empregado, para que este, faltando com o dever de lealdade, “lhe proporcione vantagem”. A lei não fala em vantagem indevida, como o fazia a lei anterior, mas outra não pode ser a conclusão do intérprete. Se tratar de vantagem lícita, não haverá o delito, pois para que este ocorra, o corruptor, com a sua conduta, deve buscar obter um benefício a que não tem direito. Mas para a configuração do delito não se faz mister tenha o empregado, efetivamente, recebido a propina e nem mesmo que o agente tenha cumprido sua promessa, entregando ao empregado a importância ou a vantagem prometidas. Trata-se, pois, de delito formal.

O crime consuma-se com a promessa de recompensa, ainda que não aceita, ou com a entrega de numerário ou outra utilidade. Embora de difícil ocorrência, é possível a tentativa, quando, por exemplo, a oferta é feita por escrito e não chega ao conhecimento do empregado, ou, se verbal, seja oferecida através de um conjunto de expressões inequívocas acerca da intenção, e não chega a completar-se contra a vontade do agente.

O tipo subjetivo é formado pelo dolo, que é a vontade de dar ou prometer a recompensa, mas aqui a doutrina inclina-se pela exigência de uma finalidade especial de agir, que constitui elemento subjetivo do tipo.

A ação penal é a privada genuína, diante do que dispõe o art. 244.

10º - Corrupção passiva do empregado. “Comete crime de concorrência desleal quem: X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador.” É evidente que existe um paralelismo entre o tipo anterior e este, pois, receber paga ou aceitar promessa implica a existência de pagamento ou de promessa anterior.

Os verbos típicos são **receber** e **aceitar**. Receber, aqui, significa tomar, aceitar (dádiva), recepcionar, agasalhar. Aceitar, tem o sentido de anuir,

admitir, concordar, assentir, consentir. É evidente que a aceitação pressupõe um acordo de vontades entre o corruptor e o sujeito ativo deste delito, pouco importando que o suborno tenha sido solicitado ou oferecido, como também pouco importa tenha o corruptor cumprido, ou não, a promessa, ou que o corrompido tenha dado cumprimento ao avençado, ou, ainda, que tenha se arrependido.

Na modalidade aceitar promessa, o subornado atua na esperança de ser recompensado por sua conduta. Tratando-se de delito formal, a simples aceitação leva à consumação, e a realização da conduta liga-se apenas ao exaurimento. Na corrupção passiva do empregado, a lei fala em dinheiro ou outra utilidade, repetindo o que fizera ao conceituar a corrupção ativa. Além da pecúnia, a lei fala em outra utilidade, que pode possuir, ou não, significado econômico.

A vantagem indevida, liga-se, obrigatoriamente, à violação do dever de empregado (“faltando ao dever de empregado”, diz o inciso X). Como no inciso anterior, a proibição permanece apenas e tão somente durante a vigência do contrato de trabalho, não obstante respeitáveis opiniões em contrário. Para um exame mais ampliado do nosso entendimento, remetemos o leitor aos comentários que fizemos ao inciso IX. Apenas acrescentamos que, em não se tratando de norma penal em branco, em nada influi a remissão às leis trabalhistas, com os deveres que esta estabelece. A vantagem deve ser estabelecida em benefício do competidor do patrão do empregado. Importa, pois, em violação do dever profissional. Faltando essa elementar, o fato é atípico. O autor do suborno, ou seja, aquele que dá ou promete a vantagem indevida, deve ser o destinatário das vantagens que a infidelidade do empregado proporciona, ou, por outras palavras, deve ser concorrente do empregador a pessoa beneficiada. “A condição ocorrerá com a existência de **uma relação de competição de fato entre o corruptor e o empregador** do sujeito ativo, ou seja, o cotejo concorrencial destes, com independência de formalidades ou registros.”⁽⁴⁸⁾ Como exemplos de vantagem indevida obtida pelo concorrente, podemos mencionar a revelação de segredos de fábrica ou de comércio; desvio de pedidos através de falsa informação feita pelo subornado, e conseqüente atraso na entrega do produto; a venda ou falsificação de produtos defeituosos ou inferiores; a feitura de serviços em desacordo com as normas; a comunicação de listas e endereços de clientes

⁽⁴⁸⁾ DELMANTO, Celso, op. cit., p. 175.

etc.

Da mesma forma que o crime anterior, o sujeito ativo é o empregado e o sujeito passivo o seu empregador ou empresário. Trata-se, pois, também aqui, de crime próprio. No entanto, ligando o sujeito ativo ou passivo, temos a figura do corruptor, rival do ofendido, aquele que faz a doação ou a promessa de vantagem, e, se faltar esta elementar, não haverá o delito de concorrência desleal.

O crime se consuma com o recebimento ou aceitação da recompensa, pois, a efetiva contraprestação está ligada ao exaurimento. Aqui a doutrina nacional é unânime em admitir a tentativa no caso de recebimento da recompensa, mas a tem por inadmissível quando se trata de aceitação de recompensa. Realmente, para os adeptos da teoria formal-objetiva a tentativa, aqui, é inimaginável. Temos, porém, como admissível a tentativa ⁽⁴⁹⁾.

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo, que é a vontade de receber o dinheiro ou outra utilidade ou aceitar a promessa de recompensa. Como a conduta se destina em propiciar ao concorrente do empregador uma vantagem indevida, a conformação típica subjetiva exige expressamente elemento subjetivo do tipo.

A ação penal é a privada genuína, iniciando-se pelo recebimento da queixa-crime.

11º - Violação de segredo de fábrica. “Comete crime de concorrência desleal quem: 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.”

Segredo de fábrica é um método ou processo especial de fabricação,

⁽⁴⁹⁾ A respeito da injúria verbal - cujas conclusões aqui se apresentam como adequadas, tivemos a oportunidade de escrever: “Nós acreditamos que não se pode tê-lo como critério geral e absoluto, porque, contrariamente, haverá sempre necessidade de se considerar o plano concreto do autor, da mesma maneira que se faz no caso de limitação dos atos preparatórios e executivos. Com efeito, a injúria verbal pode não ser constituída de uma só palavra, ainda mais, a injúria verbal pode ser uma simples gesticulação, um único movimento do corpo. Mas também pode ser constituída de uma frase, que, embora breve, possui um começo e um final e é ela, na sua totalidade, que forma uma unidade de sentido, uma totalidade simbólica” (Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Picrangeli - op. cit., p. 60. Também na promessa da vantagem indevida, pode se dar o mesmo).

que apresenta um especial interesse industrial, pelo que deve ser mantido. São os chamados **tour de main** dos franceses; **trade-secrets**, dos ingleses. O seu significado é bastante similar em todo o mundo. Dupont Delestraint, baseado na jurisprudência francesa, nos oferece uma clara noção do que devemos entender por segredo de fábrica, válida entre nós: “tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique où commercial mis en ouvre par l’industriel et tenu **caché** à ses concurrents, qui, avant la communication qui leur en a été faite, ne le connaissaient pas”⁽⁵⁰⁾.

É evidente que a lei, aqui, quer proteger a possibilidade de maiores lucros ou vantagens para os possuidores da invenção ou inovação. Existem meios ou métodos de fabricação que apresentam especial valor nos processos de industrialização, como as particularidades de produção, o emprego de determinadas substâncias, a procedência, a proporção, a mistura e a combinação dessas substâncias, que podem melhorar a qualidade, abreviar o tempo de fabricação, a economia nos gastos de matérias primas utilizadas e etc., constituem segredos que estão por merecer a proteção da lei. Trata-se de bem jurídico de suma importância, ainda quando não são patenteáveis, vez que se trata de segredo de fábrica e não de invenções ou inovações patenteadas, pois, se houver patente, o crime será outro. Obtidos através de investigações, às vezes demoradas, ou por obra do acaso e da própria sorte que, às vezes, acontecem, seus titulares procuraram conservar tais segredo ocultos pelo maior tempo possível, até que a concorrência venha a descobri-lo, fazendo desaparecer os benefícios que até então aquele detinha, e, com ele, o próprio sigilo. O sujeito ativo, portanto, é aquele que atua de conformidade com a descrição típica e que tem o conhecimento do segredo de fábrica em razão de relação contratual ou empregatícia, inclusive o empregador, sócio ou administrador da empresa que incorrer na tipificação deste inciso (art. 195, par. 1º). Trata-se, pois, de crime próprio. Sujeito passivo, é o titular do segredo de fábrica, que pode ser o homem individualizado ou uma pessoa jurídica.

Três são os verbos típicos: **divulgar, explorar e utilizar**. Divulgar possui, aqui, o sentido de difundir, propagar, vulgarizar, tornar conhecido. Essa divulgação pode ser feita tanto oralmente como através de papéis, documentos, planos e planilhas: não reclama o tipo a utilização de um meio especial, bastando que seja apto a divulgar. Explorar significa tirar partido

⁽⁵⁰⁾ Cfr. in DELMANTO, Celso, op. cit., p. 83.

ou proveito, empreender, especular. Neste, o agente não se limita a divulgar, usando o sigilo de fábrica, com ela pretendendo obter vantagem ou proveito. Utilizar, no vernáculo, significa usar, aproveitar, valer-se de, tirar proveito de, servir-se “de conhecimentos, informações ou dados confidenciais”, ou seja, de segredo de fábrica, não autorizado a tanto, pois, autorizada a divulgação, a exploração ou o uso, não mais pode haver o delito, cuja ilicitude é afastada, exatamente, pelo consentimento do interessado.

O que dá a tônica do delito é, exatamente, a conduta desonesta, que escapa aos limites da lisura que deve nortear o comportamento dos competidores, competição que se apresenta como salutar para a coletividade. “Os segredos industriais - adverte Gerhard Schricker -, não são objeto de um direito penal exclusivo” e a sua revelação “é concorrência desleal **tão só** quando o concorrente busca o conhecimento do segredo através de **meios desleais**”⁽⁵¹⁾.

A nova lei de patentes inovou no inciso XI, do art. 195, ao incluir na estrutura típica as expressões “excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto” e “mesmo após o término do contrato”. Na primeira situação inexistente, na realidade, um segredo de fábrica, pois, o que é do conhecimento público não pode ser segredo, e se o processo já era conhecido e empregado não mais existia segredo de fábrica. Também não se pode considerar segredo de fábrica aquele que não escapa ao conhecimento de um técnico no assunto, evidente que não o da própria empresa.

Se um técnico do competidor chega ao método ou processo especial de fabricação, valendo-se de seus próprios conhecimentos, não se pode falar em violação de segredo de fábrica. Nada impede que um concorrente, diante do sucesso de seu competidor, invista em pesquisas e experimentos, no sentido de descobrir o método empregado pelo concorrente. Também “não poderão constituir segredo de fábrica os métodos ditados por normas técnicas industriais, que descrevem pormenorizadamente os materiais a serem empregados e o método de fabricá-los. Ditos métodos constam de manuais em língua inglesa e são utilizados por industriais de todo o mundo.”⁽⁵²⁾

Atendendo às ponderações da doutrina, que reclamava pela solução, o legislador introduziu na composição típica a expressão “mesmo após o

⁽⁵¹⁾ Cfr. in Paulo José da Costa Júnior, op. cit., p. 53.

⁽⁵²⁾ COSTA JR, Paulo José da, op. cit., p. 53.

término do contrato”. Deveria ter incluído essa expressão em outros tipos, reclamação de quase toda a doutrina pátria, mas o fez apenas no inciso XI.

A obrigação do sigilo, ou melhor, o dever de fidelidade para com o empregador, viu-se ampliado e permanece mesmo após a resolução contratual ou empregatícia. Como inexistente um sigilo absoluto, e o segredo está, quase sempre, restrito ao seu titular e a alguns empregados, a proteção pela via penal se fazia necessária. Advertimos que não exclui o segredo de fábrica, a venda de artigos produzidos mediante o processo sigiloso e nem a sua exposição em feiras de amostragens.

Não se deve confundir o segredo de fábrica com o “know-how”. Lembra Celso Delmanto que as “licenças de **know-how** (saber como fazer) compreendem uma especial instrução acerca dos meios de produção até a formação de pessoal especializado, chegando a auxiliar na construção de fábricas inteiras. Certas patentes, inclusive, por ser tão complexas não dispensam estes assessoramentos especiais. Evidentemente, o **know-how**, pode abarcar a um ou mais segredos de fábrica, mas ele não será, sempre e necessariamente, um sigilo de fábrica.”⁽⁵³⁾

O crime é formal e se consuma com as ações de divulgar, explorar ou utilizar-se, indevidamente, o segredo de fábrica. O proveito que, eventualmente, possa advir para o agente e as vantagens que possam ocorrer para o concorrente, estão ligadas ao exaurimento. De qualquer forma exige-se que os produtos fabricados apresentem as mesmas características daquele produzido anteriormente pela vítima.

O tipo subjetivo se compraz com o dolo, que é a vontade de divulgar, explorar ou utilizar o segredo.

A ação penal é genuinamente privada, iniciando-se com o recebimento da queixa-crime.

12º - Abuso de segredo de negócio. “Comete crime de concorrência desleal quem: 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.”

No inciso XII, do art. 195, a lei da propriedade industrial cuida do abuso de segredo de negócio ou de comércio. O tipo apresenta as mesmas elementares do inciso anterior, substituindo, porém, a expressão “a que

⁽⁵³⁾ DELMANTO, Celso, op. cit., p. 190.

teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato”, pela “obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude”.

Também nos negócios ocorrem rivalidades, tal como acontece em todas atividades, e neles apresentam-se dados confidenciais que são utilizados pelos competidores. São as chamadas “armas”, segredos que possuem os contendores, os quais, se revelados, podem causar sérios prejuízos ao usuário legítimo, e benefícios indevidos à concorrência. Razão, portanto, tem o legislador em catalogar tal comportamento entre os delitos de concorrência desleal. Todavia, como já se pôde observar, o conceito de segredo de negócio se apresenta como pouco preciso, ao contrário do que acontece com o segredo de fábrica. “Os segredos de negócio são, entre outros, os meios que o comerciante emprega, na **retrocena**, para obter mercadorias em condições favoráveis e os dados sobre nome e endereços de seus clientes”⁽⁵⁴⁾.

De uma maneira geral, conquanto possam ser muitos os sigilos que podem ser divulgados, além dos relativos à organização da empresa, os principais e sempre lembrados pela doutrina são os nomes e listas de clientes, seus domicílios, os de seus fornecedores, de futuras campanhas de venda e publicidade, projetos, cálculos de preços, balanços ainda não publicados, modelos novos, previsões para concorrência etc.

Mas, tais dados nem sempre podem ser considerados como segredos de negócio, pois, para que venham a se constituir em ilícito penal, há necessidade de que representem fatos especiais que dêem causa a uma reserva confidencial, em face do perigo que a violação do segredo pode acarretar. E nem mesmo a lista de clientes pode representar, sempre, uma violação de sigilo. Para a sua vinculação como o tipo penal, há necessidade de que a lista contenha nomes de clientes habituais e não uma lista que qualquer empresa poderia, sem maior esforço, arregimentar, como uma que decorra de um apanhado extraído da lista telefônica.

O sujeito passivo, e titular do bem juridicamente tutelado que não é o segredo em si, mas o que este representa para a liberdade e a lisura da competição. Sujeito passivo é, pois, o dono do segredo. Sujeito ativo é não só o contratante ou empregado, ou ex-empregado do comerciante, que viola o dever de fidelidade, como o empregador, sócio ou administrador da empresa que incorrer na tipificação deste inciso.

⁽⁵⁴⁾ HUNGRIA, Nelson, op. cit., VII/387.

Conquanto os segredos de fábrica e de negócios pertençam a uma mesma espécie de sigilo, pode-se estabelecer diferenças entre eles: os de fábrica possuem um aspecto essencial técnico e industrial. E isso não impede que uma indústria possa ter - e muitas vezes, o têm - ambos os segredos. Mas não é só. como precisou Celso Delmanto, “já se observou a natureza **jurídica singular** de todos os segredos de fábrica: bens incorpóreos que são adquiridos por intermédio de um descobrimento, têm a sua tradição mediante a comunicação e extinguem-se com a divulgação. Somente alguns dos segredos de negócio possuem uma natureza jurídica especial, similar a dos sigilos de fabricação”⁽⁵⁵⁾.

O segredo de negócio deve ser obtido por meios ilícitos, entre eles quando a ele se teve acesso mediante fraude. Ilícito, portanto, em ambas as situações, mas na primeira, várias situações podem ser elencadas, como furto da listagem de clientes, de dados acerca de campanha de publicidade, de projetos etc., mas é certo que esses segredos - e outros mais - também podem ser obtidos mediante o emprego de fraude. A fraude aqui abrange não só o artifício, mas também o artil e outros meios igualmente fraudulentos.

O tipo subjetivo é constituído, como no crime anterior, exclusivamente pelo dolo, pois não reclama o tipo nenhum fim especial.

Consuma-se o delito, que é formal, com a simples conduta, mas a tentativa é possível.

A ação penal é a privada genuína, que tem início com o despacho de recebimento da queixa-crime.

13º - Falsa informação. “Comete crime de concorrência desleal quem: XIII - Vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser”.

Trata-se de inovação trazida pela lei nº 9.279/96, onde a concorrência desleal decorre de falsa informação que se presta em relação a um produto. O conceito de invenção - que leva à patente -, é mais técnico do que jurídico, adverte Tavares Paes⁽⁵⁶⁾, e suas principais características são a sua novidade,

⁽⁵⁵⁾ DELMANTO, Celso, op. Cit., p. 206.

⁽⁵⁶⁾ PAES, P.R. Tavares, op. cit., p. 59

disto decorrendo o privilégio que lhe é concedido em face da sua originalidade.

Original, é tudo aquilo que é feito sem prévio modelo, apresentando caráter próprio e individualizado. De conformidade com o ensinamento de Gama Cerqueira, as invenções podem ser reduzidas em duas classes principais: produtos e meios. Produto é o objeto material, um corpo certo, determinado por suas características, enquanto os meios são os agentes, os órgãos e os processos que chegam à obtenção de um resultado ou de um produto. Em tais condições, os meios podem ser químicos ou mecânicos ou combinação de ambos. ⁽⁵⁷⁾

Partindo deste ensinamento, e seguindo as diretrizes assentadas por Tinoco Soares, podemos estabelecer “que são susceptíveis de privilégio de invenção, todo descobrimento com possibilidade de utilização industrial, as invenções e bem assim os seus melhoramentos e aperfeiçoamentos nas ciências, nas indústrias ou nas artes, tomados estes três termos genericamente; os processos de fabricação industrial e os produtos resultantes, excetuando-se os taxativamente proibidos por lei; as novas máquinas ou aparelhos mecânicos ou manuais, a aplicação e/ou justaposição de processos, meios ou órgãos conhecidos, a mudança de forma, de proporções, de dimensões ou de materiais, desde que no seu conjunto realiza um efeito técnico novo ou diferente”. ⁽⁵⁸⁾

É evidente que, como corolário do exposto, decorra a proteção que é conferida ao titular do invento no sentido de impedir que terceiro, sem o seu consentimento, “produza, use, coloque à venda ou importe produto objeto de patente, processo ou produto adquirido por processo patentado”. Fica claro, pois, que quem viola essas garantias que a lei concede, pratica delito (art. 184, I).

Mas, não é esta a hipótese em exame. Aqui se trata de concorrência desleal, onde a venda, exposição à venda ou oferecimento de produto é feita mediante declaração de se tratar de produto objeto de patente depositada ou concedida, dados que ofertariam ao objeto da venda um cunho de originalidade e novidade, que induz a compra, disto decorrendo prejuízo para a concorrência. Trata-se, portanto, de emprego de meio ilícito, que fere o dever de lealdade que deve imperar no seio da competição.

⁽⁵⁷⁾ CERQUEIRA, João da Gama, op. cit., vol. II, tomo I, parte II, p. 52.

⁽⁵⁸⁾ SOARES, José Carlos Tinoco, Comentários ao código da propriedade industrial, São Paulo, 1981, p. 24.

quando faltar a autorização do interessado, pois diante do seu consentimento inexistirá o delito, pela exclusão da antijuridicidade, posto que, como em outros dispositivos, trata-se de bem jurídico que permite a sua renúncia.

A segunda é constituída pela expressão **esforço considerável**, que está a exigir uma prudente avaliação judicial, posto que não é fácil estabelecer a amplitude que a lei permite. Esforço considerável, como critério geral, é aquele desenvolvido pelo competidor envolvendo grande aplicação de recursos e de investimentos, assim considerados para toda e qualquer empresa, não se tomando em consideração o cabedal econômico da empresa prejudicada.

Esta disposição, todavia, não é aplicável quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público (art. 195, par. 2º).

O tipo subjetivo é constituído exclusivamente pelo dolo, que é a vontade de praticar quaisquer das condutas típicas, não exigindo, pois, finalidade específica.

Trata-se de delito formal, que consuma-se com a prática das condutas elencadas, independentemente de qualquer resultado material, posto que este liga-se ao exaurimento. A tentativa é perfeitamente possível.

Como nos demais delitos catalogados no art. 195, a ação penal é a privada, que se inicia com o recebimento da queixa-crime.

4 - Pena. A pena estabelecida para todos os crimes elencados no art. 195, é de detenção de três meses a um ano, ou multa mínima de dez dias-multa a trezentos e sessenta dias-multa que, de conformidade com a sistemática do código penal, pode ser aumentada ou reduzida até dez vezes, tendo em vista as condições pessoais do agente e da magnitude da vantagem auferida, independentemente da norma estabelecida no artigo anterior (arts. 195, XIV, 197 e seu parágrafo).

5 - Ação Penal. Todas as ações penais são genuinamente privadas, devendo o próprio competidor prejudicado dar início à ação penal privada, com o oferecimento da queixa-crime. A iniciativa da ação penal está cercada, pois, pelo critério da oportunidade, cabendo ao prejudicado, se quiser, propô-la.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco - Manuale di Diritto Penale, parte generale, Milano, 1975.
- CERQUEIRA, João da Gama - Tratado da propriedade industrial, vol. II, tomos I e II, 1952.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da - Comentários ao Código Penal, São Paulo, vol. 3, 1989.
- DELMANTO, Celso - Delitos de concurrencia desleal, edição argentina, Buenos Aires, 1976.
- DWORKIN, Ronald - Taking rights seriously 1977.
- FARIA, Bento de - Código penal brasileiro, IV vol., 1943.
- HUNGRIA, Nélon - Comentários ao código penal, Rio, vol. VII. 1958.
- JESCHECK, Hans-Heinrich - Tratado de derecho penal, parte general, tradução espanhola de S. Mir Puig e F. Nuñez Conde, tomo I, Barcelona, 1981.
- MALAMUD GOTI, Jaime - Derecho penal de la competencia (abastecimiento monopolios), Buenos Aires, 1984.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini - Manual de direito penal, vol. 2, São Paulo, 1995.
- MIRANDA, Pontes de - Tratado de direito privado, tomo XVII, São Paulo, 1971.
- MOSCO, Luigi - La concorrenza desleale, Napoli, 1956.
- NAVARRETE, Polaino - El bien jurídico en el derecho penal, Servilla, 1974.
- NORONHA, E. Magalhães - Direito penal, São Paulo, 1986, tomo 3.
- PAES, P.R. Tavares - Nova lei da propriedade industrial, São Paulo, 1996.
- PAGLIARO, Antonio - Principi di diritto penale (parte generale), Milano, 1972.
- PIERANGELI, José Henrique - O consentimento do ofendido (na teoria do delito), São Paulo, 1995.
- PIERANGELI, José Henrique - Escritos jurídico-penais, São Paulo, 1992.
- PIERANGELI, José Henrique e Eugênio Raúl Zaffaroni - Da tentativa, São Paulo, 1995.
- RANIERI, Silvio - Manuale di diritto penale, parte speciale, Padova, tomo II, 1952.
- SOARES, José Carlos Tinoco - Comentários ao código da propriedade

industrial, São Paulo 1981.

SOLER, Sebastian - Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1946, tomo IV.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl - Tratado de derecho penal, parte general, Buenos Aires, 1981, tomo III.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique - Da tentativa, São Paulo, 1995.

WELZEL, Hans - Derecho penal aleman, tradução para o espanho de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañez Pérez, Santiago do Chile, 1976.