

## PONTOS JURÍDICOS DO *AMBUSH MARKETING*: DIÁLOGOS ENTRE A PUBLICIDADE DE EMBOSCADA E O DIREITO PENAL

*Ivan Lira de Carvalho*<sup>55</sup>

Recebido em: 17/12/2018

Aprovado em: 14/01/2019

### RESUMO

Tem o presente trabalho a finalidade de abordar as ligações e os distanciamentos entre o Direito Penal e o *ambush marketing*, instituto ainda em consolidação no universo da publicidade. Para tanto, é usado como objeto de análise o conjunto de tipos penais introduzidos no sistema penal brasileiro pela Lei nº 12.663, de 05 de junho de 2012, com o objetivo de dar suporte jurídico a três eventos de especial importância econômica e social ocorridos no Brasil nos anos de 2013 e 2014 (Copa das Confederações FIFA 2013, a Jornada Mundial da Juventude 2013 e a Copa do Mundo FIFA 2014). A mencionada lei comporta, dentre outros tipos penais, os crimes de marketing de emboscada por intrusão e marketing de emboscada por associação. Um dos motivos inspiradores da presente análise foi a escolha, pelo legislador nacional, de normas penais incriminadoras como vigência temporária, fato incomum no sistema brasileiro, que por ter forte vinculação ao princípio da legalidade, é pouco afeito a variações como as de normas temporárias ou excepcionais.

**Palavras-chave:** *Ambush marketing*. Marketing de emboscada. Intrusão. Associação. Lei penal temporária.+

## 1 INTRODUÇÃO

Analisar os encontros e desencontros entre o *ambush marketing*, instituto próprio dos sítios da publicidade e instrumento de Direito Penal é o propósito do presente ensaio, delineado com a ciência das dificuldades do trabalho com institutos e abordagens pouco conhecida dos investigadores da área, especialmente por ter como um dos alvos os aspectos penais da Lei nº 12.663, de 05 de junho de 2012, editada com o fito de estruturar juridicamente três eventos de grande relevância econômica e social ocorridos no Brasil nos

---

<sup>55</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor Associado II do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Membro da Academia de Letras Jurídicas do RN, do Conselho Estadual de Cultura e do Instituto Histórico e Geográfico do RN. Juiz Federal.

anos de 2013 e 2014, quais sejam a Copa das Confederações FIFA<sup>56</sup> 2013, a Jornada Mundial da Juventude 2013 e a Copa do Mundo FIFA 2014.

Assim, o objeto central do presente artigo é a matéria penal encartada na chamada Lei Geral da Copa, com destaque para a transitoriedade dos tipos penais criados, já que todos eles tiveram vigência predefinida até o dia 31 de dezembro de 2014 (art. 36), consubstanciando normas penais temporárias, de questionável constitucionalidade.

Os tipos penais incriminadores, previstos nos artigos 30 a 33, bem assim os demais dispositivos de color penal (artigos 34 e 35), são estudados à luz dos elementos estruturantes das normas criminais, bem assim serão comparados, quando possível e necessário, com tipos assemelhados encartados em outros sistemas e microsistemas jurídicos, a exemplo dos que protegem as relações de consumo e a ordem econômica.

O realce dos pontos de encontro entre institutos próprios das ciências da comunicação e das vendas (fala-se do *ambush marketing*, em suas variações) a partir de uma lei com capitulação penal temporária (Lei nº 12.663/2012) foi o método escolhido para acentuar a existência, no sistema penal brasileiro, de normas incriminadoras com vigência predefinida até o termo final.

Entretanto, não se pode olvidar que outra lei, a de nº 13.284, de 10 de maio de 2016, também veio à luz com a feição da temporariedade, objetivando dar cobertura aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, igualmente realizados no Brasil. Tanto é assim que os seus artigos 30 a 26 praticamente repetem a dicção da Lei nº 12.663/2012, com suaves alterações em relação às instituições interessadas e promotoras dos respectivos eventos. Daí a desnecessidade de abordagem dos tópicos penais da lei mais moderna, para que não se incorra em *bis in idem*.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE DISPOSIÇÕES PENAIS TEMPORÁRIAS

Os sistemas jurídicos modernos, orientados pela adstrição ao princípio da legalidade, de matriz garantista, debaixo da máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, herdada do Direito Canônico e resgatada e burilada nos ideais do Iluminismo, professa a regra de que um fato só é considerado crime (e por isso mesmo desafia a aplicação de uma pena) se

---

<sup>56</sup> *Fédération Internationale de Football Association*.

esses institutos (o crime e a pena) estiverem previstos em lei vigente tanto à época dos fatos como à época do julgamento.

É certo que "não há crime sem lei anterior que o defina", assim como "não há pena sem prévia cominação legal". A afirmação comporta dois postulados decorrentes do princípio da legalidade: o da reserva legal e o da anterioridade.

Consequência dessa fixação da lei penal no tempo é a de que ninguém será punido por fato que lei posterior deixar de considerar crime, tanto por expressa ou tácita revogação, como por ter deixado de existir a norma penal. Assim, é viável o temperamento da fixação da lei penal no tempo, desde que a nova seja mais benéfica ao acusado.

Tão importante é esse traçado temporal das normas penais, que alcança, não raramente, dignidade constitucional, a exemplo do que acontece no Brasil, onde se posiciona como cláusula do maior prestígio na Carta Política em vigor (art. 5º, inciso XL), habitando também a parte geral do Código Penal, logo no pórtico (art. 2º, parágrafo único).

Nada obstante, a realidade social pode reclamar do Estado uma intervenção penal delimitada no tempo ou atrelada a certos acontecimentos, para atender a ocasiões especialíssimas. Há azo, portanto, para a edição de leis penais temporárias e leis penais excepcionais, que terão vigência delimitada. Transposto o tempo ou cessadas as determinantes, a lei deixa de existir, mas conserva a sua força aplicativa até colidir com o fenômeno da prescrição, quando, aí sim, não mais poderá sofrer invocação. Têm, pois, as leis temporárias ou excepcionais, uma carga de ultratividade, projetando a sua cogência para além da sua vigência formal. "Aplicam-se essas leis aos fatos praticados na sua vigência e continuam a regê-los mesmo depois da sua revogação, ainda quando depois desta é que se vem a realizar o julgamento, impedindo que sejam alcançados por lei posterior mais benigna", como pontua Aníbal Bruno<sup>57</sup>.

A justificativa, de ordem de política criminal, para a ultratividade da lei penal temporária ou excepcional é a de que a norma jurídica incriminadora estaria frequentemente exposta à desmoralização se não conservasse consigo essa força para além da sua vigência, já que em razão, conhecida a lentidão dos processos judiciais nesse campo, bastariam algumas manobras processuais para levar o julgamento para depois do encerramento da vida da lei e estaria garantida a impunidade. Ou, nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso<sup>58</sup>: "A ultratividade de tais leis é justificada com o fato de que seria fácil sua violação sem consequências penais, se não fossem ultra-ativas".

<sup>57</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 271.

<sup>58</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 106.

Entretanto, a tomada de posição em prol da eficiência ulterior da lei que já nasceu demarcada no tempo é destino de críticas por parte dos que enxergam nesse caminhar uma colisão com a garantia constitucional do primado da legalidade. Nesse rumo se expressa Luiz Luisi<sup>59</sup>, que viu na hipótese uma cláusula de desfavorecimento ao réu, inquinando-se para o espaço da inconstitucionalidade, “porque embora cometido o fato durante a existência da norma, a sua aplicação, quando a mesma não mais existe, implica em violência ao postulado constitucional, e principalmente em dar eficácia a uma norma que não mais tem existência, em desfavor do réu”.

Adotada no presente escrito para servir de trilho à análise do “marketing de emboscada”, a Lei nº 12.663, de 05 de junho de 2012 (Lei Geral da Copa – LGP), no que diz respeito à matéria penal, fez clara opção por ter vida definida no tempo, ao estatuir, no seu art. 36, que “Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”. Esse modelo foi censurado por Lyvia Carvalho Domingues<sup>60</sup>, para quem a matéria é polêmica, já que confronta a norma penal com uma garantia constitucional e que, a despeito de a lei prever a possibilidade de criação de leis penais temporárias, pondo em saliência, por mais que oportuna, a sua característica quanto à ultratividade, pois “(são aplicadas mesmo após sua auto-revogação), nossa Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, inciso XL (direito e garantia fundamental), que a lei penal mais benéfica retroagirá em benefício do réu.”. E lança a semente da dúvida: “Será que em prol dos interesses da Fifa deveríamos negar vigência às garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, deixando de observar a primazia dos princípios constitucionais?”.

Quando da publicação da lei em esboço, tornou-se razoável o juízo de prognóstico no sentido de que um diploma que circunscreve assuntos tão díspares e ao mesmo tempo tão inovadores, ostentava potencial para ensejar demandas e discussões jurídicas aptas a dar um contorno mais nítido à validade – ou não – de normas penais temporárias, à luz da ordem constitucional que esteja em vigor. Entretanto, no mundo dos fatos não foi isso que ocorreu, já que decorrido mais de um lustro da edição da normativa, poucos são os julgados que a ela fazem referência, consoante será reportado no corpo deste artigo científico.

### 3 NOÇÃO DO *AMBUSH MARKETING* E SEU PERFIL JURÍDICO

<sup>59</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 23.

<sup>60</sup> DOMINGUES, Lyvia Carvalho. Crimes previstos na Lei Geral da Copa. In **Valor Econômico**, São Paulo, 19.03.2013.

O *ambush marketing* é traduzido livremente como “publicidade de emboscada” ou “marketing de emboscada” é expressão atribuída a Jerry Welsh<sup>61</sup>, consoante informa o próprio publicitário, dando conta tê-lo cunhado nos anos oitentas do século passado quando trabalhava para a empresa American Express, no sentido de caracterizar a exploração, por operadores econômicos, de espaços de publicidade construídos por outras empresas, inclusive concorrentes. Welsh explica a ontologia do comentado instituto de marketing, sediando-a em vários fenômenos presentes nos modernos sistemas de patrocínio, quais sejam a escalada de preços e a imagem desgastada de patrocinadores exclusivos de uma categoria desportiva, por exemplo. Acresce ainda outros fatores que inclinam as empresas a essas novas investidas: a deficiente apresentação dos eventos aos potenciais patrocinadores e o crescente nível de competição de marketing nas principais categorias de serviços e de produtos direcionados ao consumidor.

O certo é que a criatura se despregou dos rigores terminológicos e finalísticos do criador, passando a ser uma técnica (quicá um método) de atuação no campo publicitário, que quando posta em prática pode implicar em descrédito do coletor do patrocínio (realizador do evento, por exemplo) e em vexame para o patrocinador oficial, que além de ver a sua imagem, a sua marca e os seus produtos postos a confronto com concorrentes que desembolsaram menor inversão, decerto não colherão os frutos lucrativos – mediatos ou imediatos, diretos ou indiretos – almejados no planejamento do seu investimento.

Outras informações sobre a gênese do *ambush marketing* são traçadas, na proporção que o uso e análise desse fenômeno avança para áreas diversas da publicidade, notadamente na economia e no espaço jurídico, com destaque para a seara penal. Por exemplo, dizem André Zonaro Giacchetta, Márcio Junqueira Leite e Ciro Torres de Freitas<sup>62</sup> que a primeira informação acerca dessa prática publicitária ocorreu quando dos Jogos Olímpicos de 1984, ocasião em que foi deflagrada a política de limitação do número de patrocinadores oficiais do evento, diferenciando das ocasiões anteriores, onde ocorria uma pulverização de patrocinadores, porém com cotas de menor valor, por isso mesmo não aparecendo como patrocinadores oficiais. Daí o estímulo para essas empresas que não figuravam no rol principal dos custeadores do evento buscassem alternativas para vincular as suas marcas ao

<sup>61</sup> WELSH, Jerry. *Ambush marketing: what it is; what it isn't*. In **Welsh Marketing**, publicado em 11 mar. 2010. Disponível na Internet em <https://jcwelsh.wordpress.com/2010/03/11/ambush-marketing-what-it-is-what-it-isn%E2%80%99t/>, acesso a 10 set. 2018.

<sup>62</sup> FREITAS, Ciro Torres; GUIACCHETTA, André Zonaro; LEITE, Márcio Junqueira. O Marketing de Associação na Lei Geral da Copa e as restrições ao livre comércio e à atividade de publicidade e propaganda. **Boletim Associação Paulista de Propriedade Intelectual-ASPI**, São Paulo, nº 39, p. 33, jan./mar. 2013.

evento. Citam os mencionados autores que a Fuji Film era patrocinadora qualificada das Olimpíadas de 1984, mas a sua principal concorrente, a Kodak, comprou os direitos de patrocinar as transmissões do evento pelo canal televisivo ABC. Assim, mesmo a Kodak não sendo patrocinadora formal dos Jogos Olímpicos, conseguiu ter o seu nome, a sua marca e os seus produtos vinculados publicitariamente ao evento, através das imagens levadas ao ar pela referida rede de televisão estadunidense.

Da sequência do *ambush marketing* dos domínios da publicidade para os da economia e do universo jurídico, reportam C. Pina e A. Gil-Robles<sup>63</sup> esse avanço trans-setorial, conceituando a conduta como toda prática cujo objetivo seja associar, mesmo abusivamente, a imagem de uma empresa a um evento esportivo, a fim de obter impacto de mídia, na ausência de um correspondente consentimento dos organizadores.

Visto o cariz publicitário do *ambush marketing*, necessária é uma investigação, quanto possível, da feição jurídica desse instituto. Oportuno é o socorro de FREITAS, Ciro Torres Freitas, André Zonaro Guiacchetta e Márcio Junqueira Leite<sup>64</sup>, mirando a adoção do tema em sede penal, na parte específica da Lei nº 12.663, de 05 de junho de 2012 (conhecida Lei Geral da Copa) para alertar que a expressão “marketing de emboscada” “não tem origem e nem significado técnico-jurídico e, portanto, destoa do real conceito de ‘ambush marketing’, sendo impreciso o uso da palavra ‘emboscada’. Preferencialmente, dever-se-ia adotar a expressão ‘marketing de associação’”. Com o maior respeito, há que ser registrada divergência da peremptória afirmação dos aqui mencionados autores, pois uma vez sendo dado ao instituto (*ambush marketing*) a dignidade penal, de modo a se configurar elemento constitutivo de tipos criminais na Lei nº 12.663/2012, avultou-se a relevância jurídica do fato, que já tinha existência real, mas somente carecia de um delineamento no mundo do Direito. É razoável que se diga, por exemplo, que se trata de um assunto novo, transdisciplinar, desafiador; mas também é correto afirmar-se que vem crescendo o seu interesse no universo jurídico, onde já encontrou assento de forma cabal na seara penal, sem prejuízo da sua presença transversal em inúmeros outros campos, como o dos contratos, das obrigações e das indenizações, a título de exemplo.

Em respeito ao modelo e às dimensões do presente estudo, o foco está direcionado para as externalidades penais da prática do *ambush marketing*, entre nós abordado penalmente como “marketing de emboscada por associação” e “marketing de emboscada por intrusão”,

---

<sup>63</sup>GIL-ROBLES, A. PINA, C. *Sponsorship of sports events and ambush marketing*. **European Intellectual Property Review**, London, 93-96, 2005.

<sup>64</sup> op. cit.

figurantes dos artigos 32 e 33 da Lei nº 12.663/2012. De permeio, algo sobre a utilização indébita de símbolos oficiais de titularidade dos eventos, também configurado como crime no art. 30 da lei em apreço.

#### **4 UM MARCO JURÍDICO ESTABELECIDO ATRAVÉS DE LEI TEMPORÁRIA**

Com vigência inaugurada a 05 de junho de 2012, foi entregue ao mercado jurídico a Lei nº 12.663, cognominada Lei Geral da Copa, muito embora tenha foco sobre mais outros eventos de grande porte, a saber, a Copa das Confederações FIFA 2013 e a Jornada Mundial da Juventude 2013, além de alterar as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003, e estabelecer concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970, consoante anuncia a sua ementa.

Decerto um conjunto de atividades com a magnitude dos acima elencados desafia a edição de um grupo normativo especial, mercê das inovações que essas ações carregam para os lugares onde são desenvolvidas. A pluralidade de afazeres, centrais e periféricos, não se compraz com o arcabouço jurídico traçado para o cotidiano das pessoas e das instituições, mercê – como já dito – das novidades geralmente caldeadas por esses acontecimentos pontuais e significantes cultural, político, social e economicamente.

Assim, conduzida por largas discussões e sendo alvo desde críticas mordazes até elogios desproporcionais, veio a lume a Lei nº 12.663, com o pendor de ser o marco jurídico desses eventos, com destaque para o campeonato mundial de futebol patrocinado pela *Fédération Internationale de Football Association*, sem dúvida o mais importante dos três em volume de negócios.

Cuida-se de uma lei híbrida, com dispositivos de ordem civil, empresarial, administrativa, consumerista e penal, não raro entrelaçados em objetivos, conceitos e definições.

Especificamente na matéria penal, a lei em epígrafe contempla novos crimes e respectivas penas, além de gizar outras matérias dessa seara.

Ponto que merece saliência é o de ter a lei em estudo uma existência demarcada no tempo, qual seja, uma lei temporária. Assim o é por eleição do legislador, que estreado no princípio da especialidade dedicou todo o diploma à tutela jurídica dos eventos acima mencionados, não deixando o diploma “sem uso” para ao depois dos acontecimentos que

nortearam a sua gênese. Tanto assim o é que o art. 36 dispõe: “Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”.

É notória a acidez das críticas, no sentido de ser a lei em destaque uma capitulação da soberania nacional em favor dos promoventes dos eventos. Veja-se em Rogério Cury<sup>65</sup> a afirmação de que o diploma objetiva assegurar a exclusividade da FIFA “com a exploração econômica do evento, em qualquer ângulo que se procure enxergar, como por exemplo, proteção captação de imagens e sons, radiofusão, áreas de restrição comercial etc.”. Mas também o mesmo autor registra a temporariedade da vigência dos tipos penais encartados, promovendo liame com o art. 3º do Código Penal<sup>66</sup>, ao dizer que os delitos temporários “só alcançam os fatos praticados durante sua vigência. Revogada a lei, tais fatos continuam a serem processados pela lei revogada, em razão da aplicação do instituto da ultratividade”<sup>67</sup>.

Mesma afirmação vindo de David Pimentel Barbosa de Siena<sup>68</sup>, que ao realçar o caráter transitório dos tipos penais antevistos na Lei nº 12.663/2012, alerta que a mesma “excepciona o princípio da retroatividade benigna. É dizer: a Lei Geral da Copa deverá ser aplicada aos fatos praticados durante sua vigência, ainda que decorrido o período de sua duração”.

Considerando o caráter transitório dos eventos do porte dos realizados sob os auspícios da FIFA, parece timbrado de razoabilidade que o socorro penal prestado aos bens jurídicos selecionados seja operado igualmente em tempo determinado – início, meio e fim.

## 5 OS TIPOS PENAIIS DA LEI Nº 12.663, DE 05 DE JUNHO DE 2012

### 5.1 Falsificação dos símbolos oficiais dos eventos patrocinados pela FIFA no Brasil.

Dedica-se esta parte à análise dos tipos penais incriminadores que foram agregados ao sistema criminal brasileiro com a edição da Lei Geral da Copa, todos eles vinculados à utilização indébita de símbolos oficiais dos eventos.

<sup>65</sup> CURY, Rogério. Lei geral da copa – crimes temporários. **JusBrasil**. Disponível na Internet em <https://rogeriocury.jusbrasil.com.br/artigos/136290943/lei-geral-da-copa-crimes-temporarios>. Acesso a 14 set. 2018.

<sup>66</sup> Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

<sup>67</sup> op. cit.

<sup>68</sup> SIENA, David Pimentel Barbosa de. Lei Geral da Copa: disposições penais temporárias. **Âmbito Jurídico**. Disponível na Internet em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12000](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12000). Acesso a 19 set. 2018.

O primeiro dos delitos em análise é o de utilização indevida de símbolos oficiais, antevisto no art. 30 da precitada lei, com a seguinte redação: “Reproduzir, imitar, falsificar ou modificar indevidamente quaisquer Símbolos Oficiais de titularidade da FIFA”, prevendo penas de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Cuida-se, como visto, de proteção de direito de propriedade imaterial detido pela FIFA, é dizer, a *Fédération Internationale de Football Association*, que o art. 2º, inciso I, da lei em análise descreve como “associação suíça de direito privado, entidade mundial que regula o esporte de futebol de associação, e suas subsidiárias não domiciliadas no Brasil”. Logo, o sujeito passivo do crime é essa instituição internacional, que ostenta a titularidade dos direitos de propriedade intelectual sobre os símbolos oficiais, que são os “sinais visivelmente distintivos, emblemas, marcas, logomarcas, mascotes, lemas, hinos e qualquer outro símbolo” de titularidade da instituição, conforme definição técnica também demarcada no art. 2º, inciso XVIII.

Tem-se no caso um crime de autoria livre, não exigindo perfil predefinido para o praticante, de modo que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime em apreço.

Elemento subjetivo é o dolo, pois não existe previsão de forma culposa. Segue-se, portanto, a regra do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, que afirma que exceto os casos expressos em lei, “ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. E a aplicação dessa regra genérica do Código Penal decorre do que solta do art. 12 do mesmo estatuto<sup>69</sup>, mercê da lacuna normativa quanto ao elemento anímico.

Consuma-se o crime com a utilização indébita dos símbolos oficiais Copa das Confederações FIFA 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014 e da Jornada Mundial da Juventude – 2013. Por utilização indevida tem-se a que carece de autorização do detentor da marca os dos demais direitos imateriais incidentes sobre os objetos materiais do crime, os quais se enquadram no perfil de objetos de alto renome ou de notório conhecimento, nos termos dos artigos 125 e 126 da Lei 9.279, de 16 de março de 1993, a chamada Lei da Propriedade Industrial. A propósito, auxilia a compreensão do momento consumativo dos crimes contra a propriedade industrial a opinião de Eduardo S. Pimenta<sup>70</sup>, *verbis*: “... a consumação do crime de violação de direito autoral ocorre no exato instante em que termina a utilização, desautorizada, da obra intelectual, segundo a vontade inicial do agente violador”.

<sup>69</sup> “Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial se esta não dispuser de modo diverso”.

<sup>70</sup> PIMENTA, Eduardo S. Dos crimes contra a propriedade intelectual: violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudônimo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994. p. 85

Mas, o que significa o elemento normativo “utilização indevida”, para os excogitados fins? Vê-se, na estruturação do tipo do art. 30, a presença de quatro condutas vedadas. A reprodução é a cópia total ou parcial dos objetos protegidos; a imitação é reprodução assemelhada, mas sem fidelidade integral ou substancial; a falsificação é a simulação de que algo é verdadeiro, quando em verdade não o é; e a modificação é o retrabalho, com a alteração da essência ou da forma de algo. Como visto, abusando de verbos incriminadores, o legislador tornou-se específico em demasia. Com essa técnica, fechou o rol de condutas exigidas para a caracterização do crime, quando talvez fosse mais razoável bastar-se no tipo objetivo “utilização indevida”, ainda que corresse o risco de ser acusado de construção de “tipo penal aberto e descompassado da legalidade estrita”.

Por ser crime material, admite a tentativa.

5.2 A utilização comercial ou publicitária de produtos de *falsum*, titularizados pela FIFA e vinculados aos eventos.

A Lei Geral da Copa criminaliza também as seguintes condutas: “Importar, exportar, vender, distribuir, oferecer ou expor à venda, ocultar ou manter em estoque Símbolos Oficiais ou produtos resultantes da reprodução, imitação, falsificação ou modificação não autorizadas de Símbolos Oficiais para fins comerciais ou de publicidade”. Assim está no art. 31, que prevê penas de detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses ou multa.

Trata-se de crime de conduta múltipla ou conteúdo variado, contemplando as seguintes ações nucleares: importação, que é a introdução no país, diretamente ou por interposta pessoa, dos objetos materiais do ilícito previsto no art. 3º da Lei 12.633/12; exportação, configurando a operação inversa à importação; venda (comercialização mediante pagamento); distribuição (repassa a diversas pessoas ou instituições, de forma gratuita ou onerosa); oferta ou exposição à venda; ocultação (ato de esconder do alcance de quem de direito); manutenção em estoque (ato de armazenar).

Para que se concretize o crime, o próprio art. 31 exige um direcionamento específico das condutas ilícitas, qual seja o de praticar atos comerciais ou de publicidade. Assim, mesmo que o agente tenha desenvolvido uma ou mais das condutas previstas no texto, mas não tenha o desiderato de levar os objetos materiais ao comércio ou à publicidade, poderá até cometer outro crime, previsto em outra lei; mas não estará incurso no art. 31 da Lei Geral da Copa.

Não reclamando perfil específico para agente, pode ter qualquer pessoa como sujeito ativo. Como sujeito passivo, apresenta-se a FIFA, única titular dos direitos intelectuais sobre os objetos do crime.

Mas, tomando-se em consideração que o fito específico do crime do art. 31 é a realização de atos de comércio ou de publicidade, o que dizer do terceiro que adquire um lote de roupas, *v. g.*, marcadas com símbolos falsificados da Copa Mundial de Futebol? É também sujeito passivo do crime em destaque? A resposta há que ser negativa, pois o objeto jurídico de que trata o mencionado tipo é a proteção dos direitos de propriedade intelectual detidos pela FIFA. O *tertius* pode até posicionar-se como vítima de estelionato (Código Penal, art. 171), ou da fraude no comércio (Código Penal, art. 175), ou de crime contra as relações de consumo (Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, art. 7º, inciso VII) ou mesmo de crime previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 66).

Consumado estará o crime do art. 31 da LGP quando o agente pratica quaisquer das condutas listadas no *caput* do dispositivo, com o fito de praticar ato de comércio ou de publicidade, independentemente da efetiva realização da mercancia ou da publicidade. Se o iter for interrompido por querer alheio ao do agente, advirá a tentativa.

Não há forma culposa, sendo exigida, para a prática do crime em questão, a presença do dolo como elemento anímico, timbrado do especial fim de prática comercial ou publicitária, o que reacende a discussão sobre a configuração, aí, do nominado “dolo específico”.

### 5.3 O marketing de emboscada por associação.

Conduz o art. 32 ao sistema jurídico penal nacional uma figura típica até então inexistente: o crime de marketing de emboscada por associação. Assim está dito no precitado artigo: “Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Eventos ou Símbolos Oficiais, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela FIFA”. São previstas as penas de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

O tipo objetivo é de ordem complexa, dês que composto por uma série de elementos que reclamam integração em si para que seja perfectibilizado o cometimento do crime. Configura-se, pois, com a divulgação, sem a autorização da FIFA de pessoa delegatária dessa instituição, de marca, produtos ou serviços vinculados aos eventos tutelados na Lei nº

12.663/2012. Essa divulgação deve operar-se por meio de associação direta ou indireta com os eventos ou símbolos oficiais e deve ter a força de induzir terceiros a crer que as marcas, produtos ou serviços do agente são aprovados ou endossados pela FIFA. Além do mais, é imperioso que fique claro o desiderato do sujeito ativo obter, com a conduta criminosa, alguma vantagem econômica ou publicitária. Ocorre, por exemplo, quando alguém veicula peças publicitárias com força para induzir os destinatários à conclusão de certa empresa é copatrocinadora da Copa do Mundo FIFA 2014, sem que essa seja a realidade.

Para a espécie, merece especial destaque a presença do elemento normativo “Eventos”, que tem definição técnica lançada no art. 2º da Lei Geral da Copa, que no inciso V estabelece que são as seguintes atividades vinculadas às atividades relacionadas às competições oficialmente organizadas, chanceladas, patrocinadas ou apoiadas pela FIFA, pelas subsidiárias dessa, pelo Comitê Organizador Brasileiro Ltda. ou pela Confederação Brasileira de Futebol, a saber:

- a) os congressos da FIFA, cerimônias de abertura, encerramento, premiação e outras cerimônias, sorteio preliminar, final e quaisquer outros sorteios, lançamentos de mascote e outras atividades de lançamento; b) seminários, reuniões, conferências, workshops e coletivas de imprensa; c) atividades culturais, concertos, exposições, apresentações, espetáculos ou outras expressões culturais, bem como os projetos Futebol pela Esperança (Football for Hope) ou projetos beneficentes similares; d) partidas de futebol e sessões de treino; e e) outras atividades consideradas relevantes para a realização, organização, preparação, marketing, divulgação, promoção ou encerramento das Competições;

A conduta realizada há que ser norteadada subjetivamente pelo dolo de obter vantagem econômica ou publicitária. Sem esse fito, mesmo que praticado o verbo nuclear do art. 32, não haverá crime a ser punido. Não existe modalidade culposa.

Assim como os demais crimes previstos na Lei Geral da Copa, o sujeito passivo é a FIFA e o sujeito ativo é qualquer pessoa.

Há, neste passo, a presença do caráter nitidamente sancionador do Direito Penal, que alberga em seus sítios um instituto angariado das ciências da publicidade, é dizer, o marketing por associação.

Consuma-se o crime em apreço com a realização da conduta de associação já comentada, mesmo que o agente não tenha efetivamente obtido qualquer vantagem econômica ou publicitária. Se conseguir quaisquer dessas vantagens, terá ingressado no terreno do exaurimento, que é um indiferente penal.

Por ser crime material, evidente está a possibilidade de tentativa.

#### 5.4 A vinculação indevida de acesso aos eventos.

Estatui da Lei Geral da Copa, no parágrafo único do art. 32, um subtipo penal, derivado do *caput* do mesmo artigo, que pune a vinculação indébita de acesso aos eventos, ocorrendo à técnica de afirmar que incorre na mesma pena do crime “principal” (o de marketing de emboscada por associação) quem, “sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, vincular o uso de Ingressos, convites ou qualquer espécie de autorização de acesso aos Eventos a ações de publicidade ou atividade comerciais, com o intuito de obter vantagem econômica”.

Tem-se, pois, um crime decorrente, derivado ou subsidiário, no qual a descrição típica é clara – existindo, assim, um preceito primário autônomo – mas o preceito secundário (a sanção) é incompleto, vinculando-se ao seu congênere do tipo *mater*.

A conduta reclamada para a realização do delito é a de formar associação de atividades comerciais ou publicitárias estranhas aos ajustes com a FIFA, aos ingressos, convites ou qualquer outra espécie de autorização de acesso aos eventos ora destacados. Ocorre, por exemplo, quando alguém realiza operação de marketing da sua empresa, alardeando que os clientes que realizarem compras acima de certo valor terão direito a ingressos de “cortesia” para os jogos da copa mundial de futebol.

O crime sob análise guarda similitude com outro que estava previsto no art. 5º, II, da Lei 8.137/90<sup>71</sup>, dispositivo que foi revogado pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Mas a conduta, conhecida como “venda casada”, continua configurando ilícito extrapenal contra as relações de consumo, pois prevista no art. 39, I, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor. Atente-se, nada obstante, que o grande traço distintivo entre o disposto no parágrafo único do art. 32 da Lei Geral da Copa e os outros dispositivos invocados para comparação está na aparente neutralidade negocial (empresário versus consumidor) que a Lei nº 12.663/2012 expõe (não obriga o comprador a adquirir bens para poder “ganhar” ingresso para o evento), em contraponto com a redação do antigo art. 5º, II, da Lei 8.137/90, que lança mão de expressão cogente (subordinar a venda ou o serviço à aquisição de outro bem ou ao uso de certo serviço). Idem em relação ao que diz o art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor<sup>72</sup>, que recorre ao verbo “condicionar”, também com forte

---

<sup>71</sup> Art. 5º Constitui crime da mesma natureza: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

<sup>72</sup> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

cariz impositivo. Já o tipo da Lei Geral da Copa antevê – e por isso pune – um apelo de convencimento, para que o consumidor adquira bens ou serviços seduzido pela ideia de ganhar acesso (ingressos etc.) aos eventos. Essa aquisição de bens e serviços obviamente gerará vantagem econômica para o praticante da emboscada de marketing, pois essa é a regra da economia de mercado. O mesmo pode ser dito em relação às ações de publicidade, as quais viabilizam dividendos para o cometedor da emboscada, mercê da elevação da sua imagem junto ao público potencialmente consumidor.

Crime doloso – não há forma culposa – estará consumado com a efetiva oferta de ingressos ou outras formas de acesso aos eventos, sem a autorização da FIFA ou dos seus delegatários. Não é exigida a percepção real de vantagem econômica ou publicitária, advenços tidos como indiferentes penais, pois na verdade constituem mero exaurimento do crime.

Tipo de forma livre, caracterizador do crime comum, tem como sujeito passivo a FIFA e como sujeito ativo qualquer pessoa.

### 5.5 O marketing de emboscada por intrusão.

O tipo penal gizado no art. 33 da Lei Geral da Copa é, sem dúvidas, o que desperta maior curiosidade no universo dos trabalhadores jurídicos, graças às novidades conceituais que agrega ao campo do Direito, trazidas das áreas da publicidade e da propaganda.

Uma vez clarificado o que é “marketing de emboscada”, denotando similitude com o significado leigo dessa última palavra que compõe o termo, outro não sendo senão o de “tocaia”, “espreita”, “atalaia”, expressões que também visitam o Direito Penal não especializado, a exemplo da qualificadora do homicídio prevista no art. 121, § 2º, inciso IV.

O crime em análise está assim definido: “Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária”. As penas são detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

O tipo objetivo é a prática de atividade promocional ou a exibição de marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, ou serviços, sem autorização da FIFA ou dos seus delegatários, mediante a atração da atenção pública, nos locais dos eventos. Exige-se também a presença do fim especial de obter vantagem econômica ou publicitária. Ocorre, por

---

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

exemplo, quando alguém aproveita a presença de elevado número de espectadores em um jogo de futebol e distribui, à entrada do estádio, alentada quantidade de camisetas com logomarcas que não estão chanceladas pela FIFA, sendo inevitável que esses símbolos sejam captados pelas câmeras de televisão encarregadas da cobertura da plateia. Um marketing indireto, fruto da astúcia de quem não se inseriu entre os envolvidos economicamente com o evento e vai obter vantagem econômica ou publicitária com a conduta. Opera-se a indesejada intrusão, que é a ação ou efeito de introduzir-se, contra o direito ou as formalidades traçadas.

Crime do tipo comum, pode ser praticado por qualquer pessoa, tendo como sujeito passivo a FIFA.

A consumação ocorre com a realização da atividade promocional não autorizada pela FIFA, orientada pelo ânimo de lograr vantagem econômica ou publicitária. Não se faz necessário que o agente efetivamente consiga essas vantagens, as quais, se ocorrerem, caracterizam mero exaurimento. Crime material que é, desafia tentativa.

Registre-se que durante a vigência da parte penal da Lei 12.663/2012 constatou-se pouquíssimo uso desse dispositivo para reprimir práticas criminais. Pesquisa realizada até a conclusão do presente trabalho acadêmico registra mínima incidência jurisprudencial do manejo do mencionado art. 33 no âmbito do Judiciário. Nesse reduzido espectro constata-se a utilização do preceptivo apenas *ad argumentandum tantum*, para dar exemplo na solução de uma querela cível, levada a recurso perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>73</sup>. Dois juízos podem ser extraídos dessa esqualidez jurisprudencial: i) a norma penal em comento teve destacada força inibitória, avultando seu o caráter de prevenção geral e evitando que pessoas praticassem o *ambush marketing*; ou ii) os eventos desportivos patrocinados pela FIFA, razão de ser da edição da lei em comento, não tiveram apelo negocial suficiente para despertar a cobiça de empresas e empresários para ligarem as suas marcas à da instituição futebolística universal. A análise dessas alternativas desborda dos sítios exclusivos do Direito e poderá ser feita multidisciplinarmente com o distanciamento temporal dos fatos.

## 6 A AÇÃO PENAL CONDICIONADA E AS REGRAS ESPECIAIS PARA A MULTA

Já foi dito linhas acima que a tônica penal da Lei Geral da Copa é deitar proteção ao direito de propriedade industrial detido pela FIFA, titular da imagem e do uso dos símbolos

---

<sup>73</sup> TJRS, AC 70078999281-RS, Relator Desembargador Augusto de Freitas Barcellos, 15ª Câmara Cível, DJ 22.11.2018.

oficiais dos eventos listados no diploma em análise. E em se cuidando de propriedade intelectual, o sistema penal brasileiro montado para esse tipo de bem da vida, mercê da feição nitidamente privatística que timbra esses direitos imateriais, tem por regra deixar ao talante do ofendido a iniciativa da ação penal. A Lei nº 9.279/93, no seu art. 199, prevê que ação penal será privada, ressalvando a hipótese do art. 191, que trata exatamente de reprodução ou imitação de “armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos”, bens muito semelhantes aos que são cuidados na parte penal da Lei nº 12.633/2012.

Então, no tocante à titularidade da ação penal, são estes os pontos de divórcio entre a Lei Geral da Copa e o microsistema de proteção da propriedade intelectual em vigor, especificamente em relação a símbolos e similares: enquanto aquela legitima o Ministério Público para oferecer denúncia (a ação é pública incondicionada), a lei especial diz que a ação só tem início mediante representação da FIFA (art. 34). Tem-se aqui forte ingrediente para estimular as críticas nacionalistas contra essa singularização da condição de procedibilidade confiada a uma instituição estrangeira, em detrimento do Ministério Público, ente de largo prestígio constitucional (CF, art. 129, I).

No que concerne à pena de multa, a Lei Geral da Copa também inovou, incidindo regra de temperamento no que diz respeito aos dispositivos do Código Penal que disciplinam a matéria, notadamente o artigo 49, § 1º, do Código Penal, que estabelece limites mínimo e máximo para a modulação pena, afirmando que o valor do dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente à época do fato, nem superior a cinco vezes esse salário. Já na Lei nº 12.663/2012, art. 35, está dito que essas balizas podem ser alteradas, para acréscimo ou redução “em até dez vezes, de acordo com as condições financeiras do autor da infração e da vantagem devidamente auferida”. Essa especificidade recai sobre os crimes dos artigos 30 a 33 da mencionada lei, bem como naqueles previstos nos artigos 41-B a 41-G da Lei 10.671, de 15 de março de 2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor).

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao cabo das observações tecidas, é possível o alinhamento de algumas conclusões, a saber:

a) o sistema penal brasileiro é guiado, em regra, pela atenção ao princípio da legalidade, assentado no artigo 5º, XL, da Carta Política, com reforço no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal;

b) mercê do afincamento ao sistema legalista, é de se esperar que as normas penais tenham vigência duradoura, até mesmo em homenagem à segurança jurídica que impõem. Entretanto, a realidade social pode exigir uma intervenção penal delimitada no tempo ou vinculada a certos acontecimentos, para atender a ocasiões especialíssimas, rendendo espaço para a edição de leis penais temporárias e leis penais excepcionais, ambas com vigência definida no tempo;

c) para fazer frente a eventos desportivos ou socioculturais de dimensões magníficas e universais, foi editada no Brasil a Lei nº 12.663, de 05 de junho de 2012, comportando nos seus tipos penais a figura inovadora do *ambush marketing*, sob as modalidades livremente nominadas “marketing de emboscada por associação” e “marketing de emboscada por intrusão”;

d) a Lei nº 12.663/2012 é um diploma híbrido, contendo norma de índole civil, penal, empresarial, administrativa e consumerista, trazendo para o sistema jurídico brasileiro várias inovações, inclusive a criação de tipos penais tratando da propriedade industrial sob prisma inusitado;

e) as normas penais incriminadoras previstas na Lei Geral da Copa são destinatárias de críticas de parte da doutrina, mercê da inquinada desnecessidade desses dispositivos, já que a proteção jurídica para os temas postos em destaque – notadamente a propriedade intelectual – são passíveis de satisfatória tutela no campo extrapenal;

f) a temporariedade das disposições penais da Lei nº 12.663/2012 dá campo para as críticas sobre a constitucionalidade desse tipo de norma, dita conflitante com o princípio da legalidade, inclusive sob o foco da ultratividade de norma penal incriminadora;

g) os tipos penais específicos previstos nos artigos 30 a 33 da Lei Geral da Copa cuidam de crimes materiais e como tais desafiam a sanção a título de tentativa;

h) a ação penal condicionada à representação da FIFA, instituição estrangeira, em detrimento da largueza do *dominis litis* conferido ao Ministério Público pelo art. 129, I, da Constituição Federal, dá ensejo a críticas integradas por color político e nacionalista;

i) sobre a pena de multa, a Lei nº 12.663/2012 (art. 35) é inovadora em relação ao sistema do Código Penal (que estabelece limites mínimo e máximo para a modulação pena, prevendo que o valor do dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente à época do fato, nem superior a cinco vezes esse salário), pois estatui

que esses lindes podem ser alterados, para acréscimo ou redução “em até dez vezes, de acordo com as condições financeiras do autor da infração e da vantagem devidamente auferida”.

## REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CURY, Rogério. Lei geral da copa – crimes temporários. **JusBrasil**. Disponível na Internet em <https://rogeriocury.jusbrasil.com.br/artigos/136290943/lei-geral-da-copa-crimes-temporarios>. Acesso a 14 set. 2018

DOMINGUES, Lyvia Carvalho. Crimes previstos na Lei Geral da Copa. **Valor Econômico**, São Paulo, 19.03.2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FREITAS, Ciro Torres; GUIACCHETTA, André Zonaro; LEITE, Márcio Junqueira. O Marketing de Associação na Lei Geral da Copa e as restrições ao livre comércio e à atividade de publicidade e propaganda. **Boletim Associação Paulista de Propriedade Intelectual-ASPI**, São Paulo, nº 39, p. 33, jan./mar. 2013.

GIL-ROBLES, A. PINA, C. *Sponsorship of sports events and ambush marketing*. **European Intellectual Property Review**, London, Thomson & Reuters, 93-96, 2005.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

PIMENTA, Eduardo S. **Dos crimes contra a propriedade intelectual: violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudônimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SIENA, David Pimentel Barbosa de. Lei Geral da Copa: disposições penais temporárias. **Âmbito Jurídico**. Disponível na Internet em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12000](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12000). Acesso a 19 set. 2018.

WELSH, Jerry. *Ambush marketing: what it is; what it isn't*. **Welsh Marketing**, publicado em 11 mar. 2010. Disponível na Internet em <https://jcwelsh.wordpress.com/2010/03/11/ambush-marketing-what-it-is-what-it-isn%E2%80%99t/>, acesso a 10 set. 2018.

## **JURIDICAL POINTS OF AMBUSH MARKETING: DIALOGUES BETWEEN THE AMBUSH PUBLICITY AND THE PENAL RIGHT**

### **ABSTRACT**

The present work has the purpose of approaching the connections and the distance between the Criminal Law and the ambush marketing, institute still in consolidation in the universe of the publicity. For so much, it is used as analysis object the group of penal types introduced in the Brazilian penal system by the Law 12.663, of June 05, 2012, with the objective of giving juridical support to three events of special economical and social importance happened in Brazil in the years of 2013 and 2014 (Cup of the Confederations FIFA 2013, the Youth's 2013 World Journey and the Copa FIFA 2014). Mentioned her law holds, among other penal types, the crimes of ambush marketing by intrusion and ambush marketing by association. One of the inspiring reasons of the present analysis was the choice, for the national legislator, of norms penal temporary validity, uncommon fact in the Brazilian system, that for having strong union to the principle of the legality, it is little affection to variations as the norms temporary or exceptional.

**Keywords:** Ambush marketing. Ambush. Marketing. Intrusion. Association. Temporary penal law.