

Sentenças



AÇÃO ORDINÁRIA **000013-33.2003.4.03.6124**

Autores: ALCEU UNGARO E OUTROS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ANDRADINA - SP
Juiz Federal: BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/10/2014

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação de procedimento ordinário ajuizada por ALCEU UNGARO, JADIR UNGARO, LIGIA MARIA ZARDO DE ALMEIDA UNGARO, YVONE UNGARO GARILIO e DOMINGOS FRANCISCO GARILIO em face de INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA objetivando a declaração de produtividade da Fazenda Santa Maria a fim de anular o Relatório Agrônomico de Fiscalização que embasou o Decreto Presidencial de 21/11/2002, fulminando-o de nulidade e, conseqüentemente, julgar a Ação de Desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124 conjuntamente e favoravelmente aos autores. Alega motivos de força maior para o baixo número de reses na propriedade (barreira interestadual fechada para trânsito de animais possivelmente suscetíveis à febre aftosa de 1999 a 2001, nos termos das Instruções Normativas nº 43 e 52 do Ministério da Agricultura e Abastecimento), bem como a existência de Projeto Técnico para implantação de cultura de frutas (limão Taiti) ainda em meados de 2001 e requerendo a nulidade da vistoria feita pelo INCRA em face à suposta anulação de concurso público que nomeara parte da equipe técnica designada para os trabalhos.

Juntou documentos de fls. 36/491, inclusos o Relatório Agrônomico de Fiscalização (*GUT = 100%; GEE = 80,46%*) (fls. 36/63), a Impugnação ao Relatório Agrônomico de Fiscalização e seu aditamento (*GUT = 100%; GEE = 136,17%*) (fls. 72/99 e 100/108) e demais documentos pertinentes ao trâmite administrativo (processo nº 54190.000406/2002-00), bem como as Instruções Normativas do Ministério da Agricultura atinentes à situação no período de 1999/2001 e outros documentos comprobatórios da produtividade da Fazenda Santa Maria (fls. 109/491), inclusive o Projeto Técnico acima aludido (fls. 381/408).

Nestes autos de Ação Declaratória de Produtividade foi proferida decisão às fls. 494/495 antecipando em parte a tutela para suspender, em caso de efetivação de ação de expropriação, a imissão na posse de terceiros no imóvel até realização da prova pericial, nada obstando imissão de posse posterior à essa produção de prova. *Perito nomeado* e determinada a apresentação de proposta de honorários, com posterior prazo para manifestação das partes à respeito e indicação de quesitos e assistentes técnicos.

Os autores peticionam comunicando que há uma medida cautelar inominada em andamento, anteriormente proposta, nº 2002.61.21.000701-1, que concedeu suspensão dos efeitos da declaração de improdutividade da fazenda Santa Maria (decreto expropriatório), informando que também há determinação para a proibição da imissão na posse do expropriante, até decisão final da Ação Principal (fls. 497/499).

Decisão retificando liminar anteriormente concedida para obstar imissão na posse posterior à produção da prova pericial, salvo eventual e posterior decisão em sentido contrário (fls. 502).

Contra a parte final da decisão de fls. 494/495, atinente à correção do valor da causa e recolhimento das custas proporcionais sob pena de extinção do feito, foi interposto Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.004483-0 pelos autores (fls. 509/521), com determinação para a suspensão dos efeitos da decisão agravada no que diz respeito ao valor da causa (fls. 534) e ao final julgado prejudicado (fls. 856/860). Cópias de sentença proferida nos autos de Impugnação ao valor da causa nº 2003.61.24.000394-0, julgada procedente para alterar o valor para R\$ 3.877.300,00 (fls. 790/793), contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.006886-0 (fls. 798/799).

O INCRA interpõe Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.005124-9 contra decisões interlocutórias de fls. 494/495 e 502, que suspenderam os efeitos do laudo impugnado e da declaração de improdutividade, para fins de eventual imissão na posse do imóvel, até posterior decisão judicial em contrário. Determinado o seguimento sem suspensão do feito pelo Relator (fls. 566). Este recurso foi julgado prejudicado às fls. 918/924.

Citação do INCRA às fls. 541/545. Contestação às fls. 548/560 alegando preliminares ao mérito e, no mérito, repelindo a existência de erros nos laudos elaborados pelo ITESP/INCRA e contrariando o impedimento à movimentação de gado entre a Fazenda em Mato Grosso do Sul e a Fazenda Santa Maria nos idos de 1999 a 2001 por força de deliberações do Ministério da Agricultura e Abastecimento porquanto haveria apenas restrições e condições, sendo isso contornável, de modo a carência de reses no imóvel expropriando não se dar por motivo de força maior, mas por precário aproveitamento desta, questionando também a validade do aludido Projeto Técnico para fins de implantação de cultura ácida (limão Taiti), pugnano pela improcedência da ação e condenação dos autores nos consectários legais.

Réplica à contestação às fls. 568/589 repudiando a preliminar de carência da ação pela prejudicialidade da ação declaratória em face às pretensões expropriatórias do INCRA e, quanto ao mérito, reafirmando a qualidade de *propriedade produtiva* da Fazenda Santa Maria, bem como as razões de força maior já indicadas, contrariando as conclusões do INCRA sobre as áreas de preservação e defendendo a legalidade do Projeto Técnico de Implantação de Cultura Ácida, além de alegações remissivas à inicial quanto à anulação do concurso público do ITESP e à notificação dos proprietários.

Proposta de honorários periciais apresentada às fls. 561, rejeitada pelos autores, os quais apresentam quesitos e indicam assistente técnico (fls. 591/595), sem manifestação pelo INCRA, o qual apenas indica assistente técnico (fls. 596). Honorários fixados nos termos da proposta apresentada e parcelados em três vezes (fls. 598).

Laudo Pericial apresentado, concluindo *que a propriedade é produtiva*, com $GUT = 100\%$ e $GEE = 106,78\%$ ou $167,88\%$ (fls. 615/711), com concordância dos autores (fls. 723/725).

Em manifestação à respeito, o Ministério Público Federal requer nulidade do feito devido à ausência de sua intimação para acompanhar o andamento processual (738/741), sendo denegada tal pretensão (fls. 748), decisão esta contra qual interpôs Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.048403-1 (fls. 749/756), o qual teve o efeito suspensivo negado pelo Relator por entender sanada a ausência de manifestação ministerial pelo seu ingresso em tempo no processo (fls. 760/761) e, posteriormente, foi negado seguimento às fls. 1014/1015.

O INCRA apresenta Parecer técnico contestando laudo pericial e mostrando $GEE = 89,5\%$ (fls. 762/776).

Juntadas cópias da liminar proferida na ação de desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124 deferindo imissão na posse (fls. 778/781). A ação de desapropriação foi suspensa pelo Agravo de Instrumento 2005.03.00.006734-5, o qual suspendeu a imissão do

INCRA na posse, até o julgamento da presente ação.

Os autores apresentam memoriais de razões finais às fls. 783/788, fazendo uma breve síntese da demanda e enfatizando os erros cometidos pela vistoria do INCRA no tocante à existência de força maior e à interpretação do uso da área de preservação permanente e da elaboração de seu Projeto Técnico, além de outras alegações procedimentais.

Os autores impetraram Mandado de Segurança nº 24.487-9 com pedido de liminar, entre a propositura desta ação e a propositura da ação de desapropriação, cujo objeto foi o decreto expropriatório (fls. 804/808 e 813), diante do qual houve decisão mandando suspender esta ação declaratória até seu julgamento (fls. 814/816), decisão esta contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento nº 0083995-13.2005.403.0000 pelos autores (fls. 831/850), o qual foi julgado prejudicado por perda do objeto (fls. 1.011). Posteriormente foi denegada a segurança na ação de Mandado de Segurança (fls. 971/973).

Traslado de cópia de decisão nos autos de reintegração de posse nº 2006.61.24.000320-5 concedendo liminar de reintegração de posse (fls. 874/877).

Decisão determinando a retomada do andamento dos autos até estar em termos para prolação de sentença, para então suspender-se para aguardar a decisão do Mandado de Segurança (fls. 878).

Alegações finais dos autores às fls. 886/895 tecnicamente remissivas à inicial e às suas anteriores manifestações quanto ao mérito e enfatizando a produtividade da propriedade.

O INCRA apresenta alegações finais às fls. 897/905 tecnicamente remissivas à contestação e às suas anteriores manifestações quanto às preliminares ao mérito e ao mérito em si.

O Ministério Público Federal apresenta promoção ministerial às fls. 930/931 requerendo sejam solicitadas informações sobre o Mandado de Segurança nº 24.487-9 e sobre possíveis infrações ambientais cometidas pelos autores. Informações sobre o Mandado de Segurança às fls. 971/973. Informações dos órgãos fiscalizadores (IBAMA) às fls. 946/960. Manifestação dos autores às fls. 979/981 sobre os documentos juntados antagonizando as informações da vistoria do INCRA quanto ao uso ou degradação de área de preservação. O Ministério Público Federal manifesta-se às fls. 990/990v confirmando a inexistência de degradação ambiental em face ao cumprimento integral pelo autor, Alceu Ungaro, de Termo de Compromisso de Recuperação de vegetação natural (fls. 950) e pugnano pelo regular prosseguimento do processo.

Despacho determinando que se aguarde pelo julgamento conjunto das ações de Desapropriação e esta (fls. 991)

O Ministério Público Federal informa que apresentou alegações finais nos autos da Ação de Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária nº 0001718-32.2004.403.6124.

Decisão determinando que os autos sejam conclusos para prolação de sentença e julgamento conjunto em 09/05/2013 (fls. 1069 e 1084).

Ofício do Ouvidor Agrário Nacional e Presidente da Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo solicitando preferência no julgamento desta ação às fls. 1083. Ofício de resposta com esclarecimentos às fls. 1084.

Passo à análise dos autos apensados e julgados conjuntamente.

Em 19/11/2004 o INCRA ingressou com a *Ação de Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária nº 0001718-32.2004.403.6124*, com petição inicial às fls. 02/06, Decreto Declaratório de Interesse Social de 21/11/2002 às fls. 07, documentos diversos às fls. 08/35, Laudo Técnico de Vistoria e Avaliação às fls. 36/76, realizada em 29/10/2004

e naqueles autos, às fls. 82/84, *foi determinada a imissão de posse*, à despeito da decisão de fls. 494/495 nos autos de Ação Declaratória, sendo tal decisão objeto de Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.002214-3 (cópia às fls. 149/174), cujo Relator suspendeu a imissão de posse (fls. 132/137 e fls. 138). Audiência de tentativa de conciliação infrutífera (fls. 118/119). Cópia de minuta de Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.006734-5, interposto devido a revogação da decisão que concedeu a liminar na medida cautelar e deferiu a imissão na posse (fls. 215/242), cujo Relator suspendeu a imissão de posse até o julgamento da ação declaratória (fls. 244/245). Os réus contestam a ação arguindo preliminares ao mérito (suspensão do processo expropriatório, inépcia da inicial e existência de ação prejudicial ao julgamento desta ação, que seria a ação declaratória de produtividade) e pugnando pelo reconhecimento da produtividade da propriedade, além de afirmar subvalorização do preço da terra pelo INCRA (fls. 250/279), junta documentos (fls. 282/520), notadamente, cópia da inicial da medida cautelar nº 2002.61.24.000701-1 (fls. 283/317), cópias de Agravos de Instrumento e respectivas decisões (fls. 318/329, 366/376), cópias de mandado de segurança proposto no STF (fls. 377/396), cópia do Laudo Pericial realizado na Ação Declaratória (fls. 397/421) e Laudo Técnico de Constatação (fls. 422/458) e demais documentos pertinentes. O réu ALCEU ÚNGARO apresenta contestação às fls. 533/542. Decisão determinando a suspensão da Ação de Desapropriação até decisão final na Ação Declaratória (fls. 543). Petição dos expropriados alegando decadência do prazo para propositura da ação expropriatória (fls. 554/561), repudiada pelo INCRA (fls. 568/569). Réplicas à contestação apresentadas pelo INCRA (fls. 578/594). A ré ROSICLER BÁRIA PAULANI UNGARO apresenta contestação às fls. 629/631. Promoção ministerial à esta contestação pelo Ministério Público Federal (fls. 641/643) e pelo INCRA (fls. 645/646). Decisão de fls. 667 afastando preliminares e determinando a realização de perícia, contra a qual houve interposição de novo agravo de instrumento (fls. 677/708). Quesitos dos autores às fls. 713/717. A perita nomeada peticiona sua estimativa de honorários (fls. 718/720), que é contraditada pelo INCRA (fls. 775/776) e aceita pelo Ministério Público Federal (fls. 869/870) e também contraditada pelos autores (fls. 973/975). Decisão saneadora, a qual julga preliminares da contestação e afasta a ocorrência da decadência (fls. 735/739), contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento (fls. 780/812). Requerimentos dos expropriados para suspensão do processo tendo em vista a invasão a propriedade rural (fls. 819/822, 832/833), os quais foram indeferidos (fls. 825/825v), decisão esta contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento nº 2008.03.00.022977-2 (fls. 841/855). Promoção ministerial requerendo apreciação da preliminar de ilegitimidade passiva (fls. 887/888v). Decisão revogando a nomeação da perita em face à conclusão da perícia nos autos da Ação Declaratória, abrindo prazo para alegações finais (fls. 891/891v), contra a qual foi interposto Agravo de Instrumento pelo INCRA (fls. 924/935), sendo acolhido e dado provimento para a realização da prova pericial (fls. 954/956). Os réus apresentam alegações finais tecnicamente remissivas às suas anteriores manifestações (fls. 905/921). INCRA apresenta alegações finais tecnicamente remissivas às suas anteriores manifestações (fls. 936/946). O Ministério Público Federal apresenta alegações finais (fls. 950/953v). Decisão determinando o custeio da prova pericial pelos expropriados (fls. 957), tendo a Perita nomeada apresentado nova estimativa de honorários (fls. 960/963), sendo que contra a decisão que transferiu ao expropriado o ônus do pagamento dos honorários periciais houve nova interposição de Agravo de Instrumento nº 0001278-65.2010.4.03.0000 pelos expropriados (fls. 976/986), havendo nova promoção ministerial sobre os honorários periciais (fls. 991/992) e nova discordância do INCRA quanto aos valores apresentados (fls. 994/996). Decisão sobre a fixação de honorários periciais com determinação para que o INCRA os custeie (fls. 998/999, 1009). Laudo pericial avaliando a propriedade em R\$ 22.027.860,02

em novembro/2010 (fls. 1049/1610), com Impugnação do INCRA (fls. 1625/1628) e pedido de esclarecimentos pelos expropriados (fls. 1632/1635) com apresentação de Laudo parcialmente divergente do assistente técnico do expropriado avaliando a propriedade em R\$ 27.589.083,27 (fls. 1636/1655). Laudo de esclarecimentos da perita avaliando o imóvel em R\$ 23.398.441,82 em março/2012 (fls. 1671/1710), com apresentação de Parecer divergente sobre o laudo pericial de esclarecimentos, oferecido pelo INCRA (fls. 1721/1725 e 1736/1739) e também apresentado Laudo Parcialmente Divergente oferecido por Alceu Ungaro e outros (fls. 1740/1747). Decisão declarando encerrada a instrução probatória, com abertura de prazo para alegações finais e determinando a exclusão da parte Rosicler Maria Paulani Ungaro (fls. 1760/1761). Alegações Finais do INCRA tecnicamente remissivas às suas anteriores manifestações (fls. 1770/1776). Alegações Finais dos réus tecnicamente remissivas às suas anteriores manifestações (fls. 1787/1805). Alegações finais do Ministério Público Federal quanto à regularidade do trâmite processual e aguardando prolação de sentença (fls. 1830/1830v). Decisão determinando o sobrestamento desta Ação de Desapropriação até julgamento conjunto com a Ação Declaratória (fls. 1832/1833).

Após, foram estes autos de Ação Declaratória de Produtividade conclusos em 09/05/2013 para julgamento conjunto com a Ação de Desapropriação (fls. 1069 e 1084).

É relatório. DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Considerando as decisões exaradas nos Agravos nº 2005.03.00.006734-5 e nº 2005.03.00.002214-3 a Ação Declaratória de Produtividade é prejudicial à Ação de Desapropriação, em que pese os argumentos quanto à especialidade da norma de regência das desapropriações em face à ação ordinária declaratória de produtividade. Não poderia ser diferente, pois a desapropriação apenas tem sentido de se operar conquanto evidenciado que o imóvel pretendido não atende à sua função social quanto à produtividade, tudo em conformidade com a orientação jurisprudencial majoritária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PEDIDO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE POSSIBILIDADE. JULGAMENTO ANTERIOR AO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. 1. É inadmissível recurso especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional, sem o devido cotejo analítico. 2. Inocorre julgamento extra e ultra petita, se o exame das questões aventadas pelas partes decorre de mero desdobramento da fundamentação adotada pelo órgão julgante. 3. *Este Superior Tribunal de Justiça tem admitido seja a declaração de produtividade do imóvel rural requerida em ação própria, diante da índole restrita da desapropriação. Precedentes.* 4. *O pedido de declaração de produtividade do imóvel deve ser julgado antes do pedido de desapropriação. A Constituição da República só admite desapropriação por interesse social, para fim de reforma agrária, de imóvel improdutivo, devendo ser julgado em primeiro lugar o pedido de declaração de produtividade antecedentemente ao de desapropriação.* 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (STJ - REsp: 725477 MG 2005/0024974-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 21/06/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/11/2009)

Desta feita, descabida qualquer alegação atinente ao congelamento do *status* de propriedades vistoriadas num dado momento a fim de perenizar e impossibilitar qualquer alteração

situacional posterior, o que pode ser inferido pelo disposto normativo:

Lei nº 8.629/93, Art. 2º, § 4º Não será considerada, para os fins desta Lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º.

Disso é possível perceber que a intenção do legislador era a não eternização do litígio desapropriatório ao manter o *status* de propriedade improdutiva declarada de interesse para fins de reforma agrária *apenas por seis meses após vistoria do órgão competente*, do que se seguiria a elaboração e apresentação do laudo de vistoria e o conseqüente encaminhamento das conclusões à Presidência da República para publicação do Decreto declaratório de interesse social, quando então efetuar-se-ia o depósito da justa indenização ao proprietário e autorizada a imissão provisória na posse até sentença.

No caso concreto temos a vistoria realizada em 27 e 28/11/2001, reclassificação da propriedade em 05/04/2002 fundamentado em relatório finalizado em 04/03/2002 (fls. 63/64) e o Decreto Presidencial sendo publicado apenas em 21/11/2002 (fls. 488/489), passados muito mais que seis meses desde a realização dos trabalhos autárquicos.

Aqui cabe importante resumo histórico-doutrinário sobre o momento em que efetivamente ocorre a desapropriação, da lavra de José Carlos de Moraes Salles (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 6ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, pp. 426/441), que coligiu diversos posicionamentos à respeito, cada qual com defensores de renome no Direito Pátrio.

Segundo o esboço histórico do autor, o momento em que se efetivaria a desapropriação coincidiria, excluindo-se as demais hipóteses:

a) com a publicação do decreto declaratório da utilidade pública (*Solidônio Leite, Rodrigo Octavio e Ruy Barbosa*);

b) com o pagamento da indenização (*Celso Spínola, Alfredo Bernardes da Silva, Antônio de Moraes e Seabra Fagundes*);

c) com o registro da sentença no Cartório de Imóveis (*Pontes de Miranda, Firmino Whitaker e Eurico Sodré*);

d) com a simples publicação da sentença de mérito (*Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*);

e) com a expedição do mandado de imissão definitiva do expropriante na posse (*Sílvio Pereira e Sílvio Portugal*);

f) com a prévia indenização mas a transferência de domínio se operaria *ex lege* independentemente de quaisquer outros atos formais (*Rafael Bielsa*).

Entendemos superados todos estes posicionamentos, pois inconsistentes com os princípios constitucionais vigentes, vez que qualquer um tomado exclusivamente desmerece aspectos processuais indeclináveis. Mais plausível é considerar a transferência de domínio operada pela desapropriação aperfeiçoada após o trânsito em julgado da sentença de mérito na ação própria, com registro no Serviço de Registro de Imóveis, somada à sua *fase satisfativa* verificada com o pagamento da justa indenização ao expropriado, sem a qual a sentença desapropriatória não se aperfeiçoaria *in totum*, fazendo apenas coisa julgada quanto aos fatos mas impedindo o exercício pleno do direito até recomposição patrimonial justa do expropriado, segundo orientação jurisprudencial pacífica:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. SENTENÇA. REGISTRO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado pelo Departamento Nacional de Obras contra as Secas contra decisão interlocutória que dispensou o registro da sentença no cartório de imóveis pelo fato de constituir-se a desapropriação forma originária de aquisição da propriedade. 2. A finalidade do registro “é muito mais para documentar a saída do bem para o domínio privado, do que a testificação da aquisição ou o momento da consumação desta, visando a evitar negócios irregulares, com sérios prejuízos para os terceiros de boa-fé. Como consequência, o registro de imóveis não pressupõe a perfeita compatibilidade com os assentamentos anteriores, sendo até mesmo possível o registro de bem ainda não registrado”. 3. Deste modo, tem-se que o registro da sentença proferida no processo de desapropriação afigura-se absolutamente imprescindível, mercê da proteção jurídica conferida aos terceiros de boa-fé e das exigências para eventual disposição futura do bem. 4. Inteligência dos arts. 29, do Decreto-Lei nº 3.365/41 e 167, I, 34, da Lei nº 6.015/73. 5. Agravo de instrumento provido. (TRF-5 - AGTR: 81881 CE 0071198-77.2007.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo (Substituto), Data de Julgamento: 17/01/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 28/03/2008 - Página: 1383 - Nº: 0 - Ano: 2008)

Diante deste introito, perceptível que no caso concreto a desapropriação não ocorreu quando da publicação do Decreto Declaratório fundamentado em vistoria ocorrida muito mais de seis meses antes e que a imissão de posse pretendida restou impedida por deliberação da Superior Instância, como já relatado. Aferrado apenas aos precisos termos legais, impossível impedir que a questão da produtividade do imóvel fosse debatida apenas porque o INCRA entende que *nos dias em que feita a vistoria* concluiu-se pela improdutividade do imóvel, mormente se considerarmos que após esta, no prazo legal de seis meses, não houve a publicação do decreto presidencial, de modo que a morosidade e tropeços operacionais da Autarquia não a podem premiar ao custo do direito de propriedade constitucionalmente garantido aos autores de modo que as alterações evidenciadas na propriedade após o prazo de seis meses da realização da vistoria não de ser consideradas.

Ademais a metodologia do INCRA não se mostra lúdica quanto ao momento histórico por que passava a região e a propriedade rural em específico. Ao que se tem dos autos, verifica-se equívoco do INCRA na classificação da propriedade dos autores como improdutiva, senão vejamos.

O GEE obtido pelo INCRA desconsiderou uma importante circunstância normativa que, neste caso, pode ser considerada como *força maior* à elidir a qualificação de improdutiva da propriedade, *ex vi* do art. 6º, § 7º da Lei nº 8.629/93, qual seja o impedimento à transferência de gado de outra propriedade dos autores para a propriedade expropriada por força das Instruções Normativas nº 43 e 52 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa).

Com efeito, as Notas Fiscais e os Demonstrativos de Movimentação de Gado juntados aos autos às fls. 138/335 e fls. 337/364 evidenciam a contínua movimentação de gado entre as propriedades dos autores, em quantidade média muito superior no lapso compreendido entre 1996 e 1999 do que no lapso de 1999 a 2001, quando em vigor as referidas instruções normativas do MAPA, havendo expressa referência a esta situação no Laudo Pericial (fls. 624, 627 e 632/633) de modo a comprovar a prejudicialidade do ato governamental para a normalidade das atividades pecuárias realizadas pela Fazenda Santa Maria, o que não poderia ser desconsiderado pelo INCRA ao proceder à vistoria administrativa.

No mesmo sentido, a qualificação de improdutiva atribuída pelo réu à propriedade

em questão resta abalada se considerado que, à época da vistoria administrativa, os autores contavam com projeto técnico para implantação de cultura cítrica (lima ácida – limão taiti), fato relevante desconsiderado pelo Poder expropriante. De fato, observa-se que às fls. 621/622 do Laudo Pericial há constatação de adoção integral do Projeto Técnico para implantação de cultura cítrica em consonância com os ditames normativos, preservando a produtividade da área integralmente. Assim, as áreas destinadas à implantação do referido projeto devem ser consideradas como efetivamente utilizadas, com espeque no art. 6º, § 3º, V, da Lei nº 8.629/93.

Da mesma forma, não se assenta qualquer previsão normativa, doutrinária ou jurisprudencial para considerar-se área de reserva legal supostamente degradada como “área produtível” (fls. 50, item 7) e disso concluir que, por nada estar sendo produzida nela, ela deva compor o somatório das demais “áreas produtíveis” para com isso diminuir o GEE da propriedade, tal qual insistido pelo INCRA em suas manifestações sobre a vistoria realizada. Se área de reserva legal degradada há ou houve, caberia à autarquia proceder às necessárias comunicações oficiais às autoridades competentes para aferir possível crime ambiental. Sendo tais constatações realizadas pelo IBAMA, concluindo pela inexistência de degradação ambiental (fls. 946/960) sem oposição tempestiva, igualmente preclusa qualquer questão pertinente.

Ademais, inescandível que todas as demais perícias realizadas, particulares e oficiais, atestaram a produtividade do imóvel, concluindo-se então pelo índice de *GEE no patamar de 136,17%* (fls. 72/99, 100/108) e *106,78% ou 167,88%* (fls. 615/711) para a propriedade, salientando-se que o inconformismo do INCRA não ultrapassou a seara ideológica para firmar-se em termos processuais com as cabíveis e possíveis imprecisões processuais (recursos ou ações próprias) aptas a invalidar o trabalho pericial, de modo que preclusa qualquer questão pertinente.

A insurgência do INCRA quanto aos valores de GEE encontrados na perícia judicial em cotejo com a vistoria realizada pela autarquia é compreensível se atentarmos ao fato de que suas intenções são nitidamente parciais em relação ao pleito e não gozam da isenção necessária para tais aferições tal qual o é a perícia conduzida por perito judicial compromissado, de modo que jamais veríamos uma concordância com os erros apontados pelo perito judicial na vistoria realizada pela Autarquia e nem a vemos explicar-se adequadamente dos motivos de tão discrepantes divergências de GEE contidos em suas manifestações (80,46% e 89,5%) em relação aos valores alcançados pela perícia oficial. Saliente-se que o Perito judicial não foi instado a se manifestar sobre os critérios divergentes apontados pelo INCRA em momento oportuno, de modo que igualmente preclusa qualquer pretensão atinente ao assunto. Lembremos que a exatidão e tecnicidade dos trabalhos periciais não foram questionadas nas vias próprias e foram aceitas pelo Magistrado nomeante e, desde então, não apresentado qualquer motivo para reconsiderar tal decisão.

Do quanto analisado e considerando a perícia oficial realizada, verifica-se que a Fazenda Santa Maria, objeto da ação declaratória e da ação de desapropriação, não se enquadra na tipificação do artigo 2º da Lei nº 8.629/93 porque constatado que ela cumpre sua função social por ser produtiva, classificação essa que corrige a anteriormente feita pela vistoria do INCRA e que incorretamente subsidiou a elaboração do Decreto Declaratório de 21/11/2002, levando-o a erro quanto à situação e condição da referida propriedade, o que conclui pela *procedência da Ação Declaratória de Produtividade nº 0000013-33.2003.403.6124 e pela improcedência da Ação de Desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124.*

3. DISPOSITIVO

Diante destes quadros, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, *JULGO PROCEDENTE a Ação Declaratória de Produtividade nº 0000013-33.2003.403.6124* para declarar a Fazenda Santa Maria como *propriedade produtiva*, nos termos da fundamentação e das provas coligidas na instrução processual e, como decorrência, *declarar nulo o Relatório Agrônomo de Fiscalização* realizado pelo INCRA e que embasou a elaboração do Decreto Declaratório de 21/11/2002 apontando a referida fazenda como passível de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, que resta esvaziado de seu fundamento atinente especificamente à Fazenda Santa Maria, não surtindo efeitos contra esta. CONDENO o INCRA ao pagamento de honorários sucumbenciais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) conforme preceitua o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, ante a complexidade da causa e as constantes intervenções dos patronos dos autores (TRF-2 - AC: 201250011001249, Relator: Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 21/05/2013, Quinta Turma Especializada). Custas processuais isentas ao INCRA nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96.

Como decorrência *JULGO IMPROCEDENTE a Ação de Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária nº 0001718-32.2004.403.6124* ante o reconhecimento da qualidade de *propriedade produtiva* da Fazenda Santa Maria, nos termos da fundamentação e das provas coligidas na instrução processual. CONDENO o INCRA ao pagamento de honorários sucumbenciais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) conforme preceitua o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, ante a complexidade da causa e as constantes intervenções dos patronos dos autores, perfazendo o somatório total da verba honorária sucumbencial à ser paga pelo INCRA em relação à Ação Declaratória e a Ação de Desapropriação o importe de *R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)*. Custas processuais isentas ao INCRA nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96.

COMUNIQUE-SE ao I. Representante dos membros do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra – MST, Sr. Renier Emanuel Antonietta Gertrudis Parren, bem com ao Ouvidor Agrário Nacional e Presidente da Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo, do teor desta decisão, ainda sujeita à recurso, tendo em vista suas manifestações às *fls. 1889/1891* da Ação de Desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124 e *fls. 1083* da Ação Declaratória nº 0000013-33.2003.403.6124, respectivamente.

Traslade-se cópia desta sentença aos autos da Ação de Desapropriação nº 0001718-32.2004.403.6124, certificando-se em todos.

Sentença não sujeita ao Reexame Necessário (art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil).
 Juiz Federal Substituto BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

AÇÃO PENAL

0001149-49.2007.4.03.6181

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: CARLOS DE SOUZA MONTEIRO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: ALI MAZLOUM

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/09/2014

I - RELATÓRIO

Cuida-se de ação penal movida contra CARLOS DE SOUZA MONTEIRO, qualificado nos autos, pela prática, em tese, dos crimes descritos no *artigo 1º, inciso I, c.c. o artigo 12, I, da Lei nº 8.137/90*, em razão de fato ocorrido no ano de 1999, e *artigo 1º, incisos I e II, c.c. o artigo 12, I, da Lei nº 8.137/90*, em continuidade delitiva (art. 71 do CP), em razão de fatos ocorridos nos anos de 2000 e 2001, tudo em concurso material de delitos (art. 69 do CP), pelos motivos abaixo indicados.

A Secretaria da Receita Federal, em fiscalização empreendida na empresa CARITAL BRASIL LTDA, anteriormente denominada PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA, da qual o *acusado era o administrador responsável*, apurou no Diário Geral e nos livros Diário e Razões Contábeis da empresa, a existência de *receitas não declaradas* sujeitas à incidência de COFINS e de PIS, os quais teriam sido sonegados.

Ainda, na mesma fiscalização, a Receita Federal teria apurado a realização pela empresa de inúmeras *operações fictícias* de compra e venda de títulos da dívida pública dos Estados Unidos da América, conhecidos por "*TBills*", com o fito de suprimir o pagamento de IOF incidente nas *reais operações de câmbio* que fizera nos anos de 2000 e 2001.

A *denúncia*, ofertada em 16.08.2013, foi *recebida* por este Juízo em 21.08.2013 (fl. 212/214), seguindo-se com as devidas intimações e citação, *resposta à acusação* e decisão afastando alegações suscitadas pela defesa e a hipótese de absolvição sumária do *artigo 397 do CPP* (fl. 400/403).

Em *audiência de instrução e julgamento* foram ouvidas quatro *testemunhas*, procedendo-se ao *interrogatório* do acusado, juntada de documentos da defesa a teor do requerido na *fase do artigo 402 do CPP* (fl. 431/437), abrindo-se prazo a pedido do MPF para exame e requisição documental.

Em *memoriais escritos*, pediu o Ministério Público Federal a condenação do acusado conforme denunciado (fl. 546/553), deixando de se manifestar sobre cópias de processo judicial cuja juntada requerera.

A defesa retomou tese de cerceamento, superada no curso do processo, alegou nulidade por inversão na colheita de prova oral, tendo sustentado, ademais, inépcia da denúncia, atipicidade da conduta, culminando por pugnar pela absolvição, com pedido alternativo de desclassificação para figura penal mais branda e afastamento da agravante imputada, juntando um documento (fl. 556/638).

É o relatório.

Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Prefacialmente, a despeito da precisão técnica das questões suscitadas pela nobre defesa, rejeito suas preliminares, aproveitando para tanto da motivação precedente externada na decisão de fl. 402/403.

Com efeito, não há que se falar em inversão quando a testemunha de defesa é ouvida por meio de Carta Precatória, antes da testemunha acusatória, conforme expressa dicção do artigo 400 do CPP.

De outro giro, o disposto no artigo 222-A coloca como *conditio sine qua non* à realização de diligências no exterior a demonstração, pela parte interessada, de sua imprescindibilidade. O preceptivo legal vem escorado nos *princípios da lealdade processual, economicidade do processo e rapidez*, todos de estatura constitucional (moralidade, economia e celeridade).

E, fundado no ordenamento jurídico vigente, deve-se colocar a *dignidade da pessoa humana* como princípio vetor de toda a ritualística processual, que não tolera permaneça o acusado à mercê da morosidade do Estado e de atuações burocráticas e injustificadas.

O processo penal moderno está imantado pelos *princípios da concentração e da oralidade*, devendo ser justificado qualquer pedido das partes que deles pretendam se apartar.

A simples menção de que esta ou aquela diligência seria importante, mantidos sob sigilo “estratégico” os motivos, não convencem mais o Poder Judiciário, tão frequentemente acusado de moroso.

Vale dizer que as alegações da parte devem ser fundamentadas, não podendo a omissão suplantar os princípios constitucionais precitados em nome da vaga alegação do direito à ampla defesa. Há de se dar transparência às postulações das partes.

A par disso tudo, não se alegou, nem tampouco foi demonstrada pela defesa, a ocorrência efetiva de eventual prejuízo – aplicação do vetusto princípio “pas de nullité sans grief” (não há nulidade sem prejuízo – STF HC 85.155/SP) inserto no artigo 563 do CPP.

Também não viceja a alegada inépcia da denúncia, porquanto a peça acusatória descreve com precisão os fatos e todas as suas circunstâncias, atendidos os pressupostos do artigo 41 do CPP, tanto assim que a defesa esboçou excelente trabalho técnico acerca dos fatos, trazendo aos autos farta explanação doutrinária alusiva a temas tributários e financeiro-econômicos.

Passo ao exame de mérito.

Razão assiste à defesa quanto à alegada atipicidade do *primeiro fato atribuído* a seu defendente, alusivo à suposta sonegação de CONFINS e PIS.

As cópias do Mandado de Segurança juntadas a pedido do MPF, sobre o qual quedou-se silente, impetrado pela PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA, sucedida pela “CARITAL”, es-cora essa tese, podendo-se inferir que a empresa procedeu de acordo com decisões judiciais, liminar e mérito, para recolher referidas contribuições a menor, nos termos da Lei 9.751/98 e Lei Complementar 70/91, em face do reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 em primeiro grau de jurisdição.

Portanto, *desde março de 1999, até dezembro de 2003*, quando em Superior Instância Judiciária desproveu-se a decisão de origem, os recolhimentos de PIS e COFINS se deram de acordo com medida judicial válida, não havendo conduta dolosa e, de conseguinte, crime. O fato é atípico.

Em matéria penal é defeso utilizar-se do escape encontrado pela Autoridade Fiscal, para quem, cessada a tutela judicial, transmuda-se para ilícita a conduta do contribuinte (apenso V, volume II, fl. 430).

De efeito, assim se disse no âmbito administrativo:

À época da autuação, em 21.06.2004 (...) não havia qualquer provimento jurisdicional que autorizasse o contribuinte a recolher o PIS e a COFINS de forma diversa da prevista na Lei nº 9.718/98. Quando do início da ação fiscal não mais subsistia a liminar/sentença que concedia o direito do contribuinte recolher o PIS e a COFINS nos moldes da Lei nº 9.715/98 e da LC 7/70 (...) Assim, como não havia à época da autuação qualquer provimento judicial que autorizasse o procedimento adotado pelo contribuinte e que suspendesse a exigibilidade do crédito tributário lançado no presente auto de infração, não é aplicável à hipótese o disposto no *caput* do art. 63 da Lei 9.430/96 (...) e, portanto, cabível o lançamento de multa de ofício no presente caso.

Mais não é preciso dizer, a transformação diferida de condutas lícitas em ilícitas constituiria verdadeira *aberratio* a ser prontamente repelida pela dogmática jurídica, que não encamparia a esdrúxula figura dos “crimes mutagênicos”, para os quais o único lugar de destaque seria o museu das teratologias jurídicas que grassam livremente pelo país.

Com relação ao segundo fato imputado, melhor sorte não assiste ao acusado, que realizou objetiva e subjetivamente o delito irrogado.

As operações ilícitas com os chamados “*T-Bills*”, para o fim de suprimir o pagamento de IOF incidente, estão materializadas nos apensos II a IV, os quais, à saciedade, demonstram a realidade delitiva do crime tributário.

Tais negócios consistiram na compra e venda de títulos da dívida pública americana (“*T-Bills*”) pela empresa *CARITAL*, através do banco *Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A*, com o propósito de simular as verdadeiras operações de câmbio realizadas ao longo dos anos de 2000 e 2001 e, com isso, suprimir-se o pagamento do imposto sobre operações financeiras (IOF) devidas, cujo montante apurado em 29.12.2005 alcançou a cifra de *R\$ 59.289.341,15*, o que representa na data de hoje a quantia de *R\$ 145.638.073,75* (CENTO E QUARENTA E CINCO MILHÕES, SEISCENTOS E TRINTA E OITO MIL, SETENTA E TRÊS REAIS E SETENTA E CINCO CENTAVOS) - “calculadora cidadão” do BACEN (<https://www3.bcb.gov.br/CALCIDA-DAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&aba=4>).

A despeito de recusar o acusado a apontada simulação, à outra conclusão não se pode chegar diante das circunstâncias que gravitam em torno de tais operações financeiras.

Deveras, o principal motivo para alguém ingressar no *mercado de valores mobiliários* é o de aplicar recursos disponíveis que possui no presente para poder consumir mais em momento futuro. Em outras palavras, trata-se de um processo pelo qual o investidor abre mão de dinheiro que possui com a expectativa – *tendo em vista ser um mercado de risco* – de receber mais dinheiro em data posterior.

Aliado à rentabilidade, convivem a segurança, estabilidade e liquidez dos ativos, características nem sempre encontradas em investimentos em moeda, ainda que representativos de títulos públicos, em face da variação das taxas de juros e da inflação.

E, de fato, a forma como as operações com os “*T-Bills*” foram entabuladas pela *CARITAL*, conclui-se que não se buscava atingir quaisquer dos benefícios a que se prestam ativos dessa natureza.

Observe-se que no Brasil, esse mercado é altamente regulado e as operações com valores mobiliários devem ser negociadas através de *instituições financeiras autorizadas* pela CVM (Lei 6.385/76, art. 1º, I e II).

Nada disso ocorreu no caso, nem mesmo comprovantes existem de pagamento de tais títulos, ou de sua transferência e até mesmo da custódia. Ganho nenhum se verificou! Não se buscava rentabilidade em face da instantânea compra e venda dos títulos, mas apenas a conversão de moeda estrangeira.

É fato incontroverso, não confessado, mas admitido pelo acusado e pelas testemunhas, de resto comprovado documentalmente, que a *CARITAL* tomava empréstimos no exterior em dólares para, na sequência, realizar operações de compra de “*T-Bills*” custodiados no *Crédit Lyonnais*, vendendo-os, instantaneamente, a empresas aqui sediadas, que pagavam o preço em reais e em seguida os revendiam ao mesmo banco custodiante.

Os títulos não circulavam, apenas papéis de compra e venda, e a *CARITAL* acabava tendo prejuízo em face do “spread” bancário cobrado. Inquestionável, pois, que a operação nada tinha que ver com investimentos em *Valores Mobiliários*, mas de transações que tinham a única finalidade a realização de *operações de câmbio* ao arrepio da lei.

Dispõe o artigo 63, II, do Código Tributário Nacional que o *fato gerador do imposto sobre operações de câmbio* é a efetiva entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, situação concretamente ocorrente nas transações fictícias realizadas pela *CARITAL*.

E, sobre a ilegitimidade dessas operações, dispõe o artigo 37 da Lei 4.595/64 que devem elas ser objeto de *contrato de câmbio devidamente registrado no SISBACEN*, sempre por meio de instituições financeiras autorizadas.

Tais aspectos constituem forma de controle do mercado, de suma importância para sua higidez, tendo em vista que o fluxo de moeda estrangeira no país, especialmente o dólar, tem profundo impacto no *balanço de pagamentos*, interferindo sobremaneira na política de importação e exportação e na consequente utilização do caráter extrafiscal deste tributo (IOF).

O IOF, ainda que na alíquota zero, não perde a característica da extrafiscalidade, cuja função não é apenas a de arrecadar, mas precipuamente incrementar comportamentos. Na obra também coordenada pelo renomado jurista CARLOS VALDER DO NASCIMENTO (*in* “Tratado de Direito Tributário”, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pág. 817), assim é definido o instituto:

costuma-se denominar extrafiscal o tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado de meios financeiros para seu custeio, antes visa ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou intervir em dados conjunturais ou estruturais da economia.

Bem por isso, ainda que zero fosse a alíquota para o IOF na época, seria exigível a contratação de câmbio por meio de instituição financeira credenciada e seu registro no SISBACEN, pois tais circunstâncias servem para que o Estado exerça seu papel de *controller* e fiscal do mercado cambial.

Neste ponto, a tese defensiva de que a alíquota zero do IOF afastaria a tipicidade cai por terra, pois, ainda que verdadeira a assertiva, é curial atentar que o benefício fiscal deixaria de ser conferido nas transações realizadas à margem da lei, vale dizer, ilegais, conforme dispõe o artigo 15 do Decreto 2.219/97, para não dizer que a ninguém é dado alegar a própria torpeza para se beneficiar.

Também não prospera a alegação de que a contratação cambial pelas vias ordinárias demandava tempo maior, sendo a fórmula engendrada pelo “mercado” mais rápida e melhor atenderia aos prementes interesses da empresa. A ninguém é permitido o exercício arbitrário das próprias razões, constituindo tal fato crime (art. 350 do CP).

A demora na confecção e registro de contrato de câmbio não autorizam a simulação e a fraude, não se colhendo licitude em planejamento tributário deste jaez, ainda que o mercado pudesse albergar condutas assim empreendidas. O “mercado” não tem o condão de revogar leis do Estado, ainda mais leis instituídas para sua própria regulação.

É inegável diante disso tudo que o propósito das operações *sub examine* era o de suprimir o pagamento de IOF sobre elas incidente. Houve simulação, isto é, a vontade real não correspondia à declarada.

Dá-se a simulação quando as partes, previamente acordadas, emitem uma declaração divergente da verdadeira intenção com o intuito de enganar terceiros. O art. 167 do Código Civil diz ser nulo o negócio jurídico simulado, enfatizando em seu § 1º, inciso II, que assim deve ser considerada a transação que contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

Neste diapasão, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional estabelece que a autoridade administrativa pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

O acusado, na condição de Diretor Financeiro, representava a empresa na época dos fatos, conforme fl. 281 do apenso II, assinava documentos e tinha poder decisório, conforme relato de testemunhas. O acusado não negou tal qualidade. Restou apurado que o acusado viajava constantemente para a Itália, onde se situava a matriz, e para cá periodicamente de lá acorriam outros dirigentes.

As oitivas colhidas, e o acusado não nega, demonstram que ocupava ele posição de proeminência na empresa, dava ordens, enfim praticava atos de gestão. Sua responsabilidade não pode ser afastada pelo simples fato de ser “empregado” da empresa, recebendo “ordens diretas da matriz”. Tais aspectos apenas revelariam a existência de autoria mediata ao lado da imediata por ele perpetrada.

O acusado, portanto, tinha pleno conhecimento dos fatos ilícitos imputados, deles participando ativamente na qualidade de gestor da empresa.

A conduta realizada pelo acusado amolda-se como luva ao tipo penal imputado, nada tendo que ver com a hipótese do artigo 2º da Lei, o qual não exige a efetiva ocorrência do resultado, daí o caráter formal desse delito, ao passo que o artigo 1º traz uma espécie delitiva de natureza material.

Assim é que o tipo penal imputado ao acusado está assim descrito na Lei 8.137/90:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Trata-se de *crime material*, porquanto para a sua configuração exige-se a efetiva produção do resultado, consistente na *supressão* ou *redução* de tributo ou contribuição.

Segundo a doutrina majoritária, o *sujeito ativo*, tratando-se de contribuinte pessoa jurídica, é o administrador ou gerente da empresa. Sendo pessoa física, quem age conforme o tipo. O *sujeito passivo* é o Estado.

O *objeto jurídico* do crime é a arrecadação tributária (para outros o regular funciona-

mento do sistema tributário). O *dolo* é o elemento subjetivo fundamental do crime, não se admitindo a forma culposa.

Ressalte-se que nos citados incisos I e II a norma estabelece forma de *conduta omissiva*. Está-se diante de *crime omissivo impuro* ou promíscuo, também chamado *comissivo por omissão*, segundo o qual o agente tem o dever jurídico de agir, mas se queda inerte. Conforme preleciona FERNANDO CAPEZ, *verbis*:

Como consequência, o omitente não responde só pela omissão como simples conduta, mas pelo resultado produzido, salvo se esse resultado não lhe puder ser atribuído por dolo ou culpa (*in* “Direito Penal Parte Geral”, São Paulo: Edições Paloma, 2001, p. 82).

É cediço que nos chamados *crimes materiais* a consumação reclama a produção de resultado. Adota-se, neste caso, a *teoria naturalística* do resultado, havendo necessariamente correspondência ou nexos causal entre este e a conduta do agente.

Nos *delitos omissivos*, entretanto, a *causalidade é normativa* (teoria jurídica), pois a omissão só é relevante, segundo o magistério de DAMÁSIO DE JESUS, quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado (*in* “Código Penal Anotado”, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37).

O que importa, aqui, é que o resultado ocorre porque o agente deixa de realizar a conduta a que estava juridicamente obrigado. A omissão, portanto, é penalmente relevante quando o agente dá causa ao resultado por não cumprir uma obrigação legal.

Na hipótese abstrata da lei explicitada anteriormente, a *conduta negativa* descrita nos incisos do *artigo 1º* remete a obrigações acessórias as quais o contribuinte estaria legalmente sujeito. Tais deveres estão descritos em normas extrapenais. Assim, cabe ao contribuinte declarar rendimentos; manter registros de operações; deve prestar informações às autoridades fazendárias; observar os regulamentos atinentes a cada espécie tributária, etc.

As disposições penais em comento, portanto, têm *preceitos indeterminados* quanto ao seu conteúdo. Classificam-se, por conseguinte, em *normas penais em branco*, que devem ser complementadas por outras normas.

No caso concreto, o acusado omitiu a realização de operações de câmbio, mediante fraudulentas transações de compra e venda de títulos públicos.

O quadro probatório, pois, corrobora em parte a acusação. Vultosos valores em dólares foram convertidos em moeda nacional à margem da lei, causando a efetiva supressão do imposto incidente (IOF).

Em ocasiões distintas, mas sempre nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, o acusado suprimiu o pagamento de IOF entre os meses de fevereiro de 2000 a julho de 2001, devendo, portanto, incidir a regra do artigo 71 do Código Penal.

De outro giro, deve-se assinalar que os recursos movimentados pelo acusado eram de grande monta e, por isso, substancialmente quantia de tributos acabaram sonegados. Tais recursos, diante da liberdade de mercado, é verdade, poderiam ser utilizados pelo capitalista como melhor lhe aprouvesse, entretanto, suas escolhas devem, sim, ser analisadas e valoradas como *circunstâncias do crime*.

A *responsabilidade social* da empresa é uma exigência de sociedades esclarecidas. O empresário que mira sua atuação na produção, no bem estar social e coloca seu capital a serviço da verdadeira função social a que se destina constitucionalmente, não pode ser tratado da mesma forma que o empresário que busca exclusivamente lucros, atua egoisticamente, não

destinando sequer os recursos legais para o bem da coletividade. Tal circunstância do crime merece reprovação.

No caso, a par da utilização de vultosas quantias para fins de aproveitamento exclusivo da empresa, egoístico, o acusado sonegou parcela considerável do capital que poderia ser empregado em benefício da sociedade através da tributação incidente. Tal circunstância agrava a conduta.

O valor do imposto sonegado é considerável e passível de acarretar grave dano à coletividade, pois o montante corrigido atinge a cifra de quase *cento e cinquenta milhões de reais*. Incide à hipótese o *artigo 12, I, da Lei 8.137/90*.

Para que se tenha uma ideia do dano causado, na época dos fatos o Governo Federal gastava por *aluno no ensino fundamental* cerca de R\$300,00 ao ano. A União tem o dever de investir no mínimo 18% do que arrecada em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212 da CF). Implica dizer que a conduta do acusado *sonegou educação a pelo menos 36.000 crianças*, hoje adultas e possivelmente muitas delas marginalizadas e atuando no crime.

Nessa linha, ainda, constata-se que o *valor sonegado* poderia construir, pelo menos, *2.150 casas populares*, segundo dados colhidos em sites especializados. Na *saúde*, tomando-se por base o gasto anual per capita realizado no Brasil, os valores sonegados poderiam suprir as necessidades de cerca de *125.000 pessoas*. Isso não é pouco!

Conclui-se que a causa de aumento da pena prevista no inciso I do artigo 12 da Lei 8.137 deve ser analisada, não à luz do montante arrecadado pela União em determinado período, como pretende a defesa, mas pela dimensão dos efetivos danos gerados pela conduta delituosa. Em outras palavras, a magnitude dos prejuízos há de ser medida pelo que o Estado deixou de fazer por força dos recursos sonegados.

O acusado, portanto, realizou objetiva e subjetivamente as elementares descritas no artigo 1º, II, c.c. 12, I, ambos da Lei 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP), incorrendo em *conduta típica*; não lhe socorrendo nenhuma causa justificante, é também *antijurídica sua conduta*; imputável e possuindo potencial conhecimento da ilicitude do fato, era exigível do acusado, nas circunstâncias, conduta diversa, sendo, pois, *culpável*, passível de imposição de pena.

Passo à dosimetria da Pena:

Fixo-lhe a pena-base de 04 (quatro) anos de reclusão, acima do mínimo legal, a teor do artigo 59 do Código Penal, considerando a circunstância do crime acima descrita e o fato de responder o acusado a outros processos criminais, revelando má conduta social. Não existem agravantes ou atenuantes. Em face do que dispõe o *artigo 12, I, da Lei 8.137, aumento de 1/3 a pena corporal*, elevando-a para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Aplicada a regra do artigo 71 do CP, sendo vários os delitos praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, aumento a pena de 1/3, *tornando definitiva a pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão*.

Nos termos do artigo 33, § 2º, “b”, e 3º, do Código Penal, o *regime inicial* de cumprimento da pena privativa de liberdade será o *semiaberto*, adotadas as regras do artigo 35 do mesmo diploma legal.

Fixo, ainda, a *pena pecuniária de 27 (vinte e sete) dias-multa*, acima do mínimo por força da motivação supracitada (circunstâncias do crime, má conduta social e causa de aumento, além da continuidade delitiva), no *valor unitário de dois salários mínimos vigentes à época*,

considerando demonstrar o acusado capacidade econômica, sendo um executivo bem sucedido (art. 60 do CP), devendo incidir correção monetária a partir do trânsito em julgado da sentença.

Incabível o *sursis* ou a substituição da pena privativa, tendo em vista ausência dos requisitos objetivos e subjetivos do benefício.

Em face do que dispõe a regra instituída no *inciso IV do artigo 387 do CPP* (Lei 11.719/2008), fixo ao acusado, a título de *reparação dos danos causados à coletividade*, o valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), tendo em vista os motivos mencionados.

O acusado sonogou vultosa quantia que deveria ter sido arrecada pela União, a quem cabe direcionar no *mínimo 18% de sua arrecadação em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino*, conforme determina o artigo 212 da Constituição Federal.

Na época dos fatos, conforme aludido anteriormente, o montante sonogado pelo acusado poderia suprir o ensino de quase 36.000 crianças.

Atualmente, segundo dados do Ministério da Educação, o *custo aluno/ano* é de R\$ 2.600,00, conforme se infere do endereço http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=866&id=15519&option=com_content&view=article.

E, mesmo atualizando-se o valor sonogado pelo acusado, percebe-se que o mesmo não supre o ensino nem da metade de alunos que o valor histórico podia fazê-lo. Hoje o valor atualizado do tributo devido, calculado à base de 18% para a educação, poderia financiar 10.300 alunos, bem menos do que o valor histórico à época dos fatos. O prejuízo, pois, é irreparável.

O valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão) a título de reparação de danos é estabelecido em função de ser o acusado empregado graduado, executivo, sendo compatível com sua condição, certo que o Fisco deverá buscar nas vias cíveis a execução do montante devido pela empresa.

III - DISPOSITIVO

Diante disso, tendo presentes os motivos expendidos, e o mais que dos autos consta, *julgo parcialmente procedente o pedido* deduzido na denúncia para *condenar* CARLOS DE SOUZA MONTEIRO, qualificado nos autos, pela prática do crime descrito no *artigo 1º, II, c.c. art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90*, em continuidade delitiva (art. 71 do CP), à *pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos, 01 (um) mês e (dez) dias de reclusão*, a ser cumprida em regime prisional semiaberto, e à *pena pecuniária de 27 (vinte e sete) dias-multa*, no valor unitário de dois salários mínimos vigentes à época, corrigido a partir do trânsito em julgado da sentença, tudo conforme anteriormente consignado, ficando *o acusado absolvido dos demais delitos imputados neste processo*, a teor do *artigo 386, III, do CPP*.

Nos termos do *inciso IV do artigo 387 do CPP* (Lei 11.719/2008), fixo ao acusado, a título de *reparação dos danos causados à coletividade*, o valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (*um milhão de reais*) a ser depositado em favor do Governo Federal para destinação exclusiva ao ensino fundamental.

O acusado poderá apelar em liberdade, a teor do artigo 594 do CPP. Após o trânsito em julgado da sentença, lance-se o seu nome no rol dos culpados e comunique-se a Justiça Eleitoral para os fins do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal.

Custas *ex lege*.

P.R.I.C.

São Paulo, 08 de setembro de 2014.

Juiz Federal ALI MAZLOUM

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0020172-59.2009.4.03.6100**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Assistente: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - ABAPI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: LEILA PAIVA MORRISON

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2014

I. Relatório

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpôs a presente ação civil pública em face da UNIÃO FEDERAL e do INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL-INPI objetivando a concessão de provimento jurisdicional que determine aos Requeridos que promovam o livre acesso de todos os cidadãos ao peticionamento no INPI para fins de pedido de registro de marcas e concessão de patentes, sem a exigência de “habilitação especial”, afastando-se a incidência do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946; da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998; das Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008, e demais normas regulamentadoras contrárias ao disposto pelo artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República.

O Ministério Público Federal pleiteou, ainda, a concessão de antecipação dos efeitos da tutela judicial, no sentido de que seja operacionalizado o livre acesso no prazo de cento e vinte dias, com a fixação de multa diária, em caso de descumprimento da ordem judicial.

Argumenta o Ilustre *Parquet* Federal, em síntese, que a obrigatoriedade de habilitação especial para o protocolo de pedido e acompanhamento de registro de propriedade industrial viola a liberdade de exercício profissional, preconizada no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República e no artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A petição inicial foi instruída a fls. 08/193 com peças informativas do Expediente Administrativo nº 1.34.001.001158/2009-08, que tramitou perante o Ministério Público Federal, bem como recebeu emenda a fls. 485/486v.

O referido Expediente foi iniciado por meio de Reclamação que originou a Representação Civil nº 43.161.63/09, deduzida ante a Promotoria de Justiça do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em observância aos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437, de 30.06.1992, foram ouvidos os representantes judiciais dos Corréus, conforme determinado pelo despacho de fl. 196.

O INPI, devidamente intimado, apresentou manifestação sobre o pedido de antecipação de tutela, por meio da qual juntou os documentos de fls. 204/265 e defendeu a impossibilidade de outorga da tutela de urgência almejada.

Por sua vez, a UNIÃO FEDERAL veio a fls. 266/283, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e, no mais, defendeu a ausência de requisitos para a concessão da antecipação da tutela jurisdicional.

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL –

ABAPI requereu a fls. 284/479 o seu ingresso no polo passivo da demanda e a denegação da tutela de urgência. Desde logo, foi deferido a fl. 483 a sua intervenção no feito na qualidade terceiro.

Em face das manifestações, o Autor, instado a esclarecer o pedido, aduziu a fls. 485/486v, em síntese, que as exigências do INPI acerca da qualificação do agente da propriedade industrial não têm base legal, pois foram veiculadas por Resoluções e Atos Normativos expedidos pelo próprio Instituto e por Portarias emanadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, acrescentando que a exigência de “habilitação especial”, configurada pela exigência de realização de exame público, não poderia prevalecer, até porque o referido exame não foi realizado pelo INPI durante dez anos.

Em manifestação complementar veio o INPI, a fls. 489/493, com os documentos de fls. 494/501, e a UNIÃO, a fls. 503/507.

A UNIÃO apresentou contestação a fls. 510/525, aduzindo, em sede de preliminares, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, inépcia da petição inicial por impropriedade do pedido e a carência de ação, devido à inviabilidade da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido formulado.

A Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial – ABAPI, devidamente intimada (fl. 527), manifestou-se a fls. 533/538 com os documentos de fls. 539/568.

O INPI contestou o feito a fls. 569/589, com documentos de fls. 590/608, afirmando, preliminarmente, a inadequação da via eleita e a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. No mérito, sustentou a necessidade de profissional devidamente habilitado para atuar em pleitos administrativos correlatos ao registro de propriedade industrial.

A antecipação dos efeitos da tutela judicial foi deferida por meio da decisão de fls. 610/613v, que afastou as preliminares aduzidas, bem como determinou ao INPI que se absteresse de impedir a atuação de todo e qualquer cidadão para fins de registros de marcas e concessão de patentes, independentemente da exigência de “habilitação especial”, afastando a aplicação da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998 e das Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008, e, ainda, instou as partes sobre a produção de provas.

Foram apresentados embargos de declaração em face da referida decisão pelo INPI, a fls. 623/625, e pela ABAPI, a fls. 628/630. A decisão de fls. 631/632 recebeu e, no mérito, rejeitou estes últimos, ante a ausência dos erros materiais apontados na decisão embargada. Contudo, os embargos de declaração do INPI foram conhecidos e providos para suprir omissões quanto ao prazo para cumprimento da decisão concessiva de antecipação de tutela, o qual foi fixado em 120 (cento e vinte) dias da intimação da decisão dos referidos embargos.

A UNIÃO requereu, a fls. 644/644v, o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Foram interpostos dois recursos de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, pela UNIÃO, a fls. 665/675v, e, pelo INPI, a fls. 676/716, contra as decisões de concessão da antecipação da tutela (fls. 610/613v) e de apreciação dos embargos de declaração (fls. 631/632).

A ABAPI, devidamente citada, apresentou a contestação de fls. 726/740, com os documentos de fls. 741/820, pugnano no mérito pela improcedência da presente ação.

O *Parquet* Federal, instado pelo despacho de fl. 821, apresentou réplica a fls. 824/829, rebatendo todos os argumentos das contestações apresentadas pelos Requeridos, bem como pedindo o julgamento antecipado da lide.

A fls. 833/850, vieram as cópias das respeitáveis decisões do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por meio das quais foram indeferidos os pedidos de efeito suspensivo nos três recursos de agravo de instrumento noticiados - INPI (fls. 834/838), ABAPI (fls. 839/844) e UNIÃO (fls. 845/850).

A ABAPI requereu, a fl. 854, a produção documental e oral, mediante a oitiva de testemunhas.

A UNIÃO, por meio da quota de fl. 857, reitera o pedido de fl. 644, pedindo o julgamento antecipado da lide.

Em cumprimento da decisão antecipatória de tutela, o INPI veio, a fls. 858/860, noticiar a expedição da Resolução INPI nº256, de 17.09.2010.

Além disso, em atenção ao despacho determinando a manifestação sobre a produção de provas, o INPI pediu a juntada dos documentos de fls. 861/911, relativos à ocorrência de abusos cometidos por agentes não cadastrados e inabilitados, requerendo prorrogação de prazo para a juntada de outros documentos, o que foi indeferido pela decisão de fl. 912, que também determinou a manifestação do Ministério Público Federal e a regularização da representação da ABAPI, que o fez pela petição de fls. 1091/1100.

O INPI, não obstante, trouxe outros documentos com o mesmo conteúdo relativo a abusos cometidos por agentes não cadastrados e inabilitados, a fls. 915/1090.

O Ilustre *Parquet* Federal esclareceu, a fls. 1104/1104v, sobre as providências realizadas quanto aos documentos de fls. 816/911, bem como pediu o desentranhamento daqueles trazidos a fls. 916/1090.

O INPI, em face do indeferimento da prorrogação de prazo para produção de novos documentos, interpôs o recurso de agravo retido de fls. 1106/1112.

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL - ABPI pleiteou seu ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, a fls. 1113/1145.

O feito foi saneado pela decisão de fls. 1149/1153, que afastou todas as preliminares arguidas, fixou os pontos controvertidos, afastou a necessidade de produção de novos documentos e da prova oral requerida pela assistente ABAPI, bem assim indeferiu o ingresso da ABPI no feito como *amicus curiae*.

Em face da aludida decisão, a ABAPI opôs embargos de declaração de fls. 1156/1162, os quais foram conhecidos e parcialmente providos apenas para afastar o erro material na publicação, tendo sido determinada a republicação, conforme decisão de fls. 1164/1164v.

A ABPI recorreu da decisão saneadora, conforme fls. 1169/1181, por meio de agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento conforme mensagem eletrônica de fls. 1183/1186, noticiando a r. decisão do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A FUNDACIÓN ASIPI formalizou o pedido de ingresso na presente demanda como *amicus curiae*, por petição, a fls. 1187/1279.

Por sua vez, a ABAPI interpôs recurso de agravo retido, a fls. 1280/1300, contra a decisão de fls. 1164/1164v, que acolheu tão somente em parte os embargos de declaração opostos em face à decisão saneadora. E, ato contínuo, peticiona, trazendo documentos de fls. 1302/1307, no sentido de comprovar a necessidade de regulamentação da atividade de agente da propriedade industrial.

Intimado, o Ministério Público Federal apresentou, a fls. 1314/1315 e 1316/1317v, as contraminutas dos agravos retidos interpostos as fls. 1106/1112 e 1279/1299.

Foi indeferido o ingresso da Fundación ASIPI, na qualidade de *amicus curiae*, pela decisão de fl. 1331, que considerou prejudicados o agravo retido e a respectiva contraminuta interpostos, ante a reconsideração em parte da decisão de fls. 1149/1153, com o parcial acolhimento dos embargos declaratórios as fls. 1164/verso.

Foram julgados os agravos de instrumentos e, verificado o trânsito em julgado, procedeu-se ao traslado de cópia das r. decisões do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negaram provimento aos recursos interpostos pelo INPI, a fls. 1326/1330v, e pela UNIÃO, a fls. 1339/1343, contra a decisão concessiva da antecipação de tutela judicial.

Em face da decisão que indeferiu o ingresso da Fundación ASIPI no feito, foi noticiada a interposição de agravo de instrumento, cuja cópia fora acostada a fls. 1345/1373, tendo sido indeferido o efeito suspensivo pleiteado, nos termos da r. decisão da Colenda Corte Federal da 3ª Região, comunicada a fls. 1374/1377.

A ABAPI ofereceu Memoriais, a fls. 1381/1387, reiterando o argumento da ocorrência de *periculum in mora* inverso, por força da decisão liminar concedida, na medida em que inviabilizaria a continuidade dos trabalhos desenvolvidos pela autarquia para regular a profissão de agente da propriedade industrial, dando ensejo à insegurança jurídica a essa categoria profissional.

Sobreveio comunicação eletrônica informando acerca do improvimento do agravo de instrumento interposto pela ABAPI em face da decisão que concedeu a antecipação de tutela, a fls. 1390/1393v, bem como da decisão de fls. 1394/1398, que rejeitou os embargos de declaração opostos.

Foi negado seguimento ao agravo de instrumento interposto pela ABPI contra a decisão que indeferiu seu ingresso no feito como *amicus curiae*, sendo que, a fls. 1404/1410, foram trasladadas as cópias da r. decisão do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, transitada em julgado.

Da mesma forma, foi negado provimento ao agravo de instrumento interposto pela Fundación ASIPI quanto ao seu pedido de ingresso na qualidade de *amicus curiae*, conforme cópias da r. decisão da Egrégia 4ª Turma do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região a fls. 1411/1416.

É o relatório.

DECIDO.

II. Fundamentação

Trata-se de ação civil pública por meio da qual o Ministério Público Federal traz a deslinde questão relacionada à inexistência de qualificação específica no ordenamento jurídico brasileiro atual para o exercício da profissão denominada Agente da Propriedade Industrial, razão por que pede seja conferido a todos, independentemente de qualificação especial, o direito de pleitear perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, doravante INPI.

O pedido de desentranhamento dos documentos trazidos pelo INPI a fls. 916/1090 há que ser indeferido, pois não apenas reiteram fatos passados.

A decisão saneadora, a fls. 1149/1153, enfrentou as preliminares, revisitando, inclusive, aquelas já aferidas por ocasião da concessão da antecipação da tutela judicial. Não obstante, uma última anotação se faz necessária: trata-se de afastar o argumento segundo o qual a eventual declaração de inconstitucionalidade de lei, no caso do Decreto-Lei nº 8.933, de

26.01.1946, não poderia ser objeto de ação civil pública, sob pena de se usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal.

Porém, não há óbice à utilização da ação civil pública para suscitar - *incidentalmente* - a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, visto que se amolda ao controle difuso de constitucionalidade, permitido a todos os órgãos do Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição. A questão será solucionada como matéria prejudicial, até porque o pleito inicial não diz respeito à declaração de inconstitucionalidade propriamente dita. Já nas ações diretas de inconstitucionalidade, que competem à Egrégia Suprema Corte, com exclusividade, discute-se a retirada de uma lei do ordenamento jurídico, com efeitos *erga omnes*.

Destaque-se, a propósito, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, da lavra do Exmo. Ministro aposentado Néri da Silveira, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 2. Entendimento desta Corte no sentido de que “as ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.” 3. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público. (RE nº 227.159-4/GO, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17-05-2002)

Assim, verifica-se a presença dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como das condições da ação, conforme verificado por ocasião do saneamento do feito nos termos da decisão de fls. 1149/1153, e, ainda, a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla, razão por que é mister examinar o mérito.

O *Parquet* Federal pleiteia ordem judicial que evidencie o reconhecimento de que não existe norma legal na ordem jurídica brasileira que estabeleça os requisitos ao exercício do ofício de agente da propriedade industrial. Os Requeridos, no entanto, defendem a improcedência do pleito, pois consideram atendido o inciso XIII do artigo 5º da Constituição da República, mediante o disposto pelo Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, na Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, e nas Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008.

A solução da presente lide exige sejam identificadas na ordem jurídica brasileira quais são as normas legais válidas que, em atendimento ao inciso XIII do artigo 5º do Texto Constitucional, estão a disciplinar (a) a qualificação profissional para o exercício do ofício de agente da propriedade industrial e, ainda, (b) as atribuições do INPI na qualidade de entidade fiscalizadora do ingresso e do exercício na carreira.

Objetivando o desate dos referidos pontos e seus desdobramentos, abre-se espaço à necessária investigação que será realizada sob a ótica da dogmática jurídica aplicada ao sistema, buscando-se, portanto, a solução no bojo do ordenamento jurídico nacional atual. De tal forma que a parte da fundamentação baseada em abordagem zetética, ainda que utilizada pontualmente, a título de exemplificar, não será considerada para fins da decisão final.

É bom ressaltar que os juízos de valor que norteiam a presente sentença estão voltados à garantia da efetividade da Constituição da República de 1988. Esta magistrada, como aplicadora do direito ao caso concreto, procurou nortear-se por princípios constitucionais, despojando-se

da discricionariedade, que não coaduna com a prestação do serviço judicial, para privilegiar os parâmetros condizentes à busca do valor segurança jurídica.

Merecem registro a qualidade e o esmero dos argumentos contidos nas petições das partes, pois todos, por meio de seus Patronos, buscaram trazer ponderações e argumentos apropriados ao enriquecimento do debate imprescindível à solução da lide, os quais foram sopesados com cuidado e respeito.

É necessário reconhecer que, independentemente da disciplina jurídica aplicável à profissão de Agente da Propriedade Industrial, aqueles que desenvolvem essa atividade são dignos de respeito e consideração.

Não obstante, a questão posta a desate envolve a real situação legal da profissão de agente da propriedade industrial, mais precisamente a verificação da existência de previsão de normas, por meio de lei, sobre a qualificação profissional que os diferencia como detentores de especiais atributos técnicos mínimos, cuja comprovação deve ser pré-requisito para o ingresso na carreira.

O Ministério Público Federal faz pedido procedente.

As premissas defendidas pelo INPI, pela UNIÃO e pela ABAPI têm por objetivo demonstrar que todos os cidadãos podem postular perante o INPI: seja o próprio inventor ou, mediante representação, somente o advogado ou agente da propriedade industrial. Esse raciocínio objetiva enfatizar que não existe restrição ou obstáculo ao exercício do direito do inventor, uma vez que cabe ao INPI somente regular a destreza e aferir as habilidades do agente da propriedade industrial, que atua por meio de instrumento de procuração, não havendo qualquer exigência quando se trata de pedido deduzido pelo inventor, que já possui pleno acesso ao peticionamento, de tal forma que a presente ação não teria razão de ser.

Nesse sentido, defendem os Requeridos que o INPI está a exigir habilitação especial dos agentes da propriedade industrial com fundamento no artigo 5º, inciso XIII da Constituição da República, bem como nas leis específicas recepcionadas pelo Texto Magno, as quais não foram revogadas. Insistem que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, e a Portaria nº 32/1998 preenchem os requisitos de necessidade de reserva de lei para fins de estabelecimento de qualificação e habilitação técnicas mínimas à carreira de agente da propriedade industrial, cabendo ao INPI a fiscalização das condutas, aplicação de penalidades de advertência, suspensão e cancelamento da habilitação.

Entretanto, ao contrário, a questão nunca foi pacífica, como será abordado adiante. Mas, desde logo, cabe pontuar que, após a criação do Código da Propriedade Industrial de 1971¹, o INPI não exigia nenhuma qualificação especial, chegando, até mesmo, a considerar extinta a atividade de agente da propriedade industrial, por meio de Parecer publicado na Revista da Propriedade Industrial-RPI, de 30.08.1973, o qual foi deveras criticado.²

1 "Tramitava em 1970 um novo projeto do Código da Propriedade Industrial. Ao contrário de 1967 e 1969, ocasiões em que o governo baixou os códigos através de decreto, dessa vez optou-se pela tramitação no Congresso. Mas existiam fortes razões para a escolha. O Congresso estava totalmente desfigurado. O governo tinha folgada maioria, forjada através de casuísmos eleitorais e dezenas de cassações de mandatos de parlamentares. (...)

Ao longo dos trabalhos legislativos que prepararam o código de 1971 surgiu pela primeira vez a proposta de supressão da exclusividade do procuratório. Segundo agentes, a ideia deve ter partido da direção do INPI. Mas proposta acabou transformada em uma emenda simples que deu margem a grande polêmica: o interessado podia ser representado por um procurador. Em 21 de dezembro de 1971, o projeto do código era aprovado pelo Congresso." Endereço eletrônico: <http://www.abapi.org.br/pdfs/livros/abapi50anos7.pdf>

2 "O impasse enfrentado pela categoria foi discutido em outubro de 1973, quando o Instituto dos Advogados do Brasil realizou o Seminário de Propriedade Industrial, que, entre outras, contou com palestra de Otto de Andrade Gil, sobre o tema: "O exercício profissional do advogado e do agente da Propriedade Industrial ante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial".

As divergências persistiram até que, com a promulgação da Constituição da República, em 05.10.1988, o assunto retornou à baila, conforme se pode extrair das palavras do então Senhor Presidente do INPI, em 22 de agosto de 1989, ao responder um ofício enviado pela ABAPI, que pedia o reinício do credenciamento dos agentes, esclarecendo que:

Em particular, quanto à vigência de disposições do Decreto-Lei n 8.933, de 26.01.46, sobre os agentes, como é consabido, não tem havido uniformidade de compreensão jurídica entre a ABAPI, de um lado, e o INPI e o MIC, de outro. A estas razões é de ressaltarem-se as disposições dos artigos 5º, XIII, e 70, § único³, da Constituição Federal, que demandam novos estudos. (fl. 329)

Naquela ocasião, a ABAPI atuou fortemente no sentido de prestigiar a categoria, conforme demonstram os documentos trazidos a fls. 284/479, que contêm a cópia de quatro Pareceres de renomados Juristas, a saber, Otto de Andrade Gil (fls. 319/328) Octavio Bueno Magano (330/346), Miguel Reale (fls. 347/372) e Gilberto Ulhôa Canto (fls. 394/460). Todos os Estudos prestigiaram a posição da ABAPI e concluíram que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, teria, ainda, validade, e que estaria a dispor sobre os qualificativos profissionais mínimos necessários a delinear a carreira dos agentes da propriedade industrial.

Entretanto, data máxima vênua aos Ilustríssimos Professores, não parece possível encontrar no texto do referido Decreto-Lei os atributos técnicos mínimos, mas apenas que o pretendente ao exercício do ofício seja brasileiro, maior de 21 anos, esteja em gozo de seus direitos políticos e que tenha idoneidade moral.

Isso só não basta para definir legalmente uma profissão.

Assim, torna-se essencial à solução da lide a abordagem dos tópicos imprescindíveis ao deslinde da questão, a saber: 1) o direito à propriedade industrial; 2) a garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho; 3) a definição legal de qualificativo profissional como proteção ao interesse público; 4) a atividade do agente da propriedade industrial como pessoa física e jurídica; 5) a competência da União para legislar sobre o exercício de profissões; 6) a evolução normativa com estatura de lei da disciplina da atividade de agente da propriedade industrial; 7) a atual ausência de norma legal válida sobre qualificações mínimas do agente da propriedade industrial no ordenamento nacional; 8) a invalidade das normas infralegais sobre a atividade de agente da propriedade industrial; 9) a estrita competência do INPI; 10) a inafastável observância dos princípios da legalidade e da reserva legal para estabelecer qualificações profissionais.

Vejamos.

1) O direito à propriedade industrial

A menção ao direito à propriedade industrial tem por objetivo apenas focar o âmbito em que se trava a busca da solução do presente litígio, na medida em que a discussão judicial se

Tratou-se de uma vasta defesa da profissão de agente da Propriedade Industrial, com severas críticas ao Código da Propriedade Industrial de 1971 e, particularmente, ao parecer de 30 de agosto de 1973, que considerou inexistente a profissão. A palestra proferida por Otto de Andrade Gil tornou-se documento referencial. (O artigo foi publicado na "Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros", Ano VIII, nº 46, março, 1974)". Endereço eletrônico: <http://www.abapi.org.br/pdfs/livros/abapi50anos7.pdf>

3 Redação original do parágrafo único do art. 70 da CR, mencionado pelo presidente do INPI: "Art. 70 (...) Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

estabelece na esfera da identificação dos representantes dos titulares de alguns desses direitos.

A Constituição da República de 1988 ressalta a proteção do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico e, para tanto, assegura, dentre os direitos e garantias individuais, a proteção ao inventor na forma do inciso XXIX do artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º (...).

.....
 XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Trata-se, conforme ensina José Afonso da Silva, de norma constitucional de eficácia limitada, a qual está integrada, atualmente, pela Lei nº 9.279, de 14.05.1996, a Lei da Propriedade Industrial.

Além disso, o Texto Magno prevê que é atribuição do Estado o apoio e o estímulo à ciência e à tecnologia, na forma do artigo 218, *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

2) A garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho

O cerne do problema recai sobre a discussão a respeito da observância do princípio constitucional da legalidade e da reserva de lei, no que se refere à efetividade do disposto pelo artigo 5º, inciso XIII, e, eventualmente, pelo artigo 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, que estabelecem, como regra geral, a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como de qualquer atividade econômica, a não ser que sejam estabelecidos requisitos especiais por meio de lei. Assim, dispõem as referidas normas constitucionais, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Decorre das referidas garantias constitucionais que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Admite-se, no entanto, a possibilidade de criação de restrições ao exercício profissional ou à atividade econômica, contanto que estabelecidas por lei.

Qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos civis e não estando impedido por lei específica, pode exercer tanto a atividade profissional quanto a empresarial de sua preferência, cujo exercício, em princípio, é livre, independentemente de qualificações. Mas esta liberdade pode tornar-se limitada na medida em que a lei fixe pré-requisitos aos cidadãos interessados, caracterizando-se, dessa forma, a chamada profissão legalmente regulamentada.

Note-se que a norma do artigo 5º, inciso XIII, confere aos indivíduos um direito individual expresso ao trabalho, que segundo José Afonso da Silva⁴, consiste na escolha do ofício e, mais ainda, na liberdade de exercê-lo. Esse direito pode encontrar limitação apenas por meio de lei, do contrário, a acessibilidade a qualquer trabalho, ofício ou profissão é irrestrita na medida em que configura uma das faces do direito à liberdade.

Evidentemente, essa regra aplica-se ao ofício de agente da propriedade industrial, que precisa colher da lei os seus atributos profissionais mínimos. Cuida-se do princípio da reserva legal qualificada, porquanto a Constituição não só determina ao legislador que exercite a sua função legislativa para estabelecer a limitação, mas, além disso, fixa exatamente qual a demarcação limítrofe da restrição, qual seja, a indicação de qualificação profissional.

Esse entendimento foi prestigiado pelo Egrégio Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso Extraordinário nº 414.426/SC, à unanimidade, nos termos do voto da Eminente Ministra ELLEN GRACIE, atualmente aposentada, cuja ementa recebeu a seguinte redação, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO.

Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão.

(Decisão Plenário em 01.08.2011. Publicação DJE 10/10/2011)

Merece ênfase o trecho do voto da Insigne Ministra ao afirmar que “o exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados”.

4 *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 68 e 107/108.

Acrescente-se, que seria possível, na tentativa de se traçar um paralelo, mencionar a exigência de capacidade postulatória para ingressar com ação judicial, a qual, segundo o sistema processual brasileiro, é oferecida tão somente ao advogado, salvo raras exceções. Isso porque, em seu artigo 133, a Constituição federal considera o advogado figura essencial e imprescindível à administração da justiça, de tal forma que a assistência de um profissional do direito legalmente habilitado proporciona segurança ao cidadão de que os seus direitos serão defendidos por um alguém apto a esse ofício.

Essa aptidão, segundo a Lei nº 8.906, de 04.07.1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, é configurada, nos termos de seu artigo 8º, pela inscrição do advogado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e, para tanto, se requer, além de capacidade civil, título de eleitor, comprovação do serviço militar, se brasileiro, idoneidade moral e aprovação em exame; e o diploma de graduação em direito, que configura justamente o grau de qualificação técnica estabelecido pela lei como mínimo.

3) A definição legal de qualificativo profissional como proteção ao interesse público

O caso julgado pela Colenda Corte Constitucional acima referido cuida da profissão do músico. Evidentemente, não se pode traçar um paralelo com o ofício dos agentes da propriedade industrial no que diz respeito à atividade propriamente dita. Assim como, não se afigura possível fazê-lo com outras profissões, pois cada uma tem o seu fascínio e a sua razão de ser. Não é esse o propósito. O que se busca é evidenciar os valores e princípios constitucionais aplicáveis à hipótese destes autos no que diz respeito à necessidade de criação de qualificativo profissional específico para atividade de agente da propriedade industrial, bem como se esses qualificativos são encontrados válidos e hígidos no ordenamento jurídico nacional atual e, ainda, se cabe ao INPI, aferi-los e fiscalizá-los.

Deveras, conforme se extrai do Texto Magno, a regra geral é a preservação da liberdade do exercício de qualquer trabalho, de tal forma que a criação de amarras não pode ser considerada como regra geral, mas, sim, exceção. Além disso, a eventual criação de limitação deve obedecer especificamente aos requisitos de forma e conteúdo. A forma, consistente em texto normativo veiculado por meio de lei e, por sua vez, o conteúdo, restrito ao trato da disciplina de “qualificações profissionais”.

Assim, a identificação de qualificativos especiais para um ofício fica sempre a cargo do legislador. Isso significa dizer que a imposição de limites à regra do livre ofício não pode ser delegada ou tratada por norma infralegal. A razão dessa máxima encontra seus fundamentos no interesse público, conforme foi ressaltado pela Suprema Corte na ementa acima transcrita. A inscrição do profissional em determinado órgão de fiscalização tem por objetivo a proteção da sociedade contra a atividade com potencial lesivo.

A eventual lesividade de um trabalho, ofício ou profissão desafia a necessidade de regulamentação, por meio do estabelecimento de regras previamente definidas para que, por ocasião do exercício da atividade, não se verifiquem surpresas desagradáveis por imperícia, que podem, eventualmente, trazer danos até mesmo irreparáveis à sociedade.

Essas explicações são oferecidas com expressiva clareza pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, no voto proferido no RE nº 414.426/SC, cujo excerto, pela clareza, transcrevemos:

Note-se, portanto, que o Estado só pode regulamentar, (e, em consequência, restringir) o exercício de atividade profissional, fixando-lhe requisitos mínimos de capacidade e quali-

ficação, *se o desempenho de determinada* profissão importar em dano efetivo ou em risco potencial para a vida, a saúde, a propriedade ou a segurança das pessoas em geral (IVES GRANDRA MARTINS/CELSON RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/77-78, 1989, Saraiva), *a significar*; desse modo, que ofícios ou profissões cuja prática *não se revista de potencialidade lesiva* ao interesse coletivo *mostrar-se-ão insuscetíveis de qualquer* disciplina normativa.

Também se revela incompatível com o texto da Constituição – *sob pena* de reeditar-se a *prática medieval das corporações de ofício, abolidas* pela Carta Imperial de 1824 (art. 179, XXV) – *a exigência* de que alguém, *para desempenhar*, validamente, atividade profissional, *tenha de se inscrever* em associação ou em sindicato para poder exercer, *sem qualquer restrição legal*, determinada profissão. (todos os grifos no original)

Advirta-se que o INPI, muito embora apresente defesa argumentando sobre a imprescindibilidade da habilitação técnica, notícia que oferece pleno acesso aos cidadãos, conforme afirma:

(...) o INPI faculta e incentiva o acesso livre e direto dos serviços da propriedade industrial aos próprios interessados (requerentes de direitos de propriedade industrial), sem a intermediação de qualquer procurador, tendo sido um dos pioneiros no serviço público de disponibilização, via “internet”, dos serviços de proteção. Exemplo dessa disponibilidade é a frequente adesão ao sistema e-inpi, que *possibilita ao usuário, de forma direta e sem a intermediação de procuradores*, requerer de sua casa, por meio de computador, o seu pedido de registro de marca e demais serviços derivados, bem como acompanhar as decisões publicadas nas revistas de propriedade industrial, sem o pagamento de quaisquer honorários profissionais (fl. 214). (grifamos)

De outra parte, não obstante o INPI defenda a facilidade de acesso de todos os usuários ao sistema *e-inpi*, ressalta que as atividades relativas à propriedade industrial envolvem conhecimento especializado, enfatizando que

o mandato, em casos tais, engloba uma complexidade de atos que o Procurador deve praticar em benefício de seu representado. Entre eles citam-se os requerimentos de marca e desenho industrial e procedimentos respectivos (busca, oposição, caducidade, defesa em processo administrativo de nulidade, prorrogação e extinção): correta elaboração de pedido de patente e seu acompanhamento, tarefa que abrange identificação do estado da técnica, resposta às exigências formuladas pelo INPI e recursos pertinentes; averbação de contratos de transferência de tecnologia e franquia; acompanhamento dos depósitos de software e dos direitos de topografia dos circuitos integrados.(fls.214/215)

Essa dicotomia revela que o INPI ainda não se decidiu sobre qual o caminho da acessibilidade seria o mais conveniente. A total abertura do peticionamento aos interessados, seus advogados e demais procuradores, ou, mediante a exigência de restrição, aplicável somente a estes últimos – “demais procuradores” – consistente na declaração de que possuem o título de agente da propriedade industrial, conferido pelo INPI àqueles que demonstrassem ser possuidores de determinados atributos.

É indiscutível que, nos últimos noventa anos, desde a criação do primeiro órgão da propriedade industrial e, especialmente, nos últimos quarenta e três anos, desde a instituição do próprio INPI, a evolução do estado da técnica promoveu sensíveis mudanças, inclusive, no próprio sistema de proteção de marcas e patentes, razão pela qual o acesso ao peticionamento

também passou por diferentes etapas até chegar à denominada era digital.

Nesse diapasão, o dinamismo da realidade social, que sempre impõe a evolução do ordenamento jurídico, está a evidenciar o dilema no qual se encontra o INPI, que precisa de instrumentos efetivos para o atendimento da sociedade, acompanhando a evolução digital, de forma segura e ágil, bem assim adequar-se aos ditames da lei. Assim, evidencia-se que, na ausência de norma legal válida sobre o que deve ser estabelecido como requisito de capacidade postulatória para peticionamento de terceiros, resolveu acolher os pedidos das Associações de Classe da profissão de agente da propriedade industrial e, assim, normatizar.

Todavia, não cabia ao INPI fazê-lo, porque, além de ser matéria da exclusiva competência do Legislador Federal, não se evidenciou qual o interesse coletivo a ser protegido, até porque, em princípio, cuida-se do direito privado do titular do bem da propriedade industrial, e, de outra parte, não há que se falar em potencial lesividade a demandar a disciplina normativa da atividade.

Nesse sentido, é interessante mencionar a manifestação do Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme o voto do Ministro Rodrigues Alckmin⁵, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 930/DF, por meio do qual foram enfatizadas as diretrizes da limitação consistente na imposição de capacidade profissional, nos seguintes termos, cujo excerto transcrevemos:

Assegura a Constituição, portanto, a liberdade do exercício de profissão. Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária. Tanto assim é que a cláusula final (“observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades. Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido. Que adiantaria afirmar “livre” o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse? (...) E ainda que, por força do poder de polícia, se possa cuidar, sem ofensa aos direitos e garantias individuais, da regulamentação de certas atividades ou profissões, vale frisar, ainda, que essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade. (...) Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão? Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade técnica. (...) São legítimas, conseqüentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. (REPRESENTAÇÃO 930/DF - Distrito Federal. Relator: Min. CORDEIRO GUERRA. Relator p/Acórdão: Min. RODRIGUES ALCKMIN, julgamento: 05/05/1976, por maioria de votos, Tribunal Pleno, DJ 02.09.1977).

Na hipótese, tratou-se de discutir a constitucionalidade da Lei nº 4.116, de 27.08.1962, que havia disciplinado o exercício da profissão de corretor de imóveis, estabelecendo restrições, que não se coadunavam, segundo o entendimento da Colenda Suprema Corte, ao interesse público na medida em que não representavam “condições de capacidade técnica”. Posteriormente, foi editada a Lei nº 6.530⁶, 12.05.1978, que regulamentou a profissão de corretor de

5 REPRESENTAÇÃO 930/DF - Distrito Federal. Relator: Min. CORDEIRO GUERRA. Relator p/Acórdão: Min. RODRIGUES ALCKMIN, Julgamento: 05/05/1976, Órgão Julgador: Tribunal Pleno

6 Art. 1º O exercício da profissão de Corretor de Imóveis, no território nacional, é regido pelo disposto na presente lei.

Art. 2º O exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitido ao possuidor de título de Técnico em Transações Imo-

imóveis, exigindo, para o seu exercício, o título de Técnico em Transações Imobiliárias, bem assim constituindo o Conselho Federal e os Conselhos Regionais como órgãos dotados de competência para disciplina e fiscalização.

4) A atividade do agente da propriedade industrial como pessoa física e jurídica

É certo que todas as atividades profissionais podem ser exercidas na forma de prestação de serviço - pessoa física - ou na modalidade empresarial - pessoa jurídica, sendo que a Constituição⁷, como visto, prestigia a total liberdade do exercício de ambas, a não ser que a lei estabeleça condições prévias que indiquem qualificativos, habilidades ou conhecimentos específicos.

O Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946 refere-se à atuação do agente da propriedade industrial na qualidade de pessoa física ou jurídica, nos termos de seus artigos 3º, 8º e 9º, *in verbis*:

Art. 3º Só poderão exercer quaisquer atos perante o Departamento:

I – os próprios interessados, pessoalmente;

II – os agentes Propriedade Industrial;

III – o advogados legalmente habilitados.

.....

Art. 8º: Como Agente poderá: inscrever uma entidade com personalidade jurídica e, nesse caso, os respectivos componentes deverão possuir a qualidade prevista nos incisos II e III do art. 3º deste Decreto-Lei.

Parágrafo único. Para o efeito dessa inscrição, serão apresentados ao Departamento os respectivos contratos sociais estatutos ou outros documentos da constituição da entidade requerente mediante o pagamento da taxa de cem cruzeiros (Cr\$ 100,00), em estampilhas opostas no requerimento da matrícula.

Art. 9º O Agente poderá sob sua responsabilidade indicar até dois prepostos para auxiliarem os seus trabalhos, de acordo com as instruções que forem expedidas.

Decorre das normas transcritas que o INPI, então Departamento Nacional da Propriedade Industrial, deve fiscalizar tanto a atividade profissional do agente da propriedade industrial, quanto a sua atuação empresarial. Por isso, sob este aspecto, para fins de delimitar o alcance

bilíárias.

Art. 3º Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária. Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo poderão ser exercidas, também, por pessoa jurídica inscrita nos termos desta lei.

Art. 4º A inscrição do Corretor de Imóveis e da pessoa jurídica será objeto de Resolução do Conselho Federal de Corretores de Imóveis.

Art. 5º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais são órgãos de disciplina e fiscalização do exercício da profissão de Corretor de Imóveis, constituídos em autarquia, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério do Trabalho, com autonomia administrativa, operacional e financeira.

Art. 6º As pessoas jurídicas inscritas no Conselho Regional de Corretores de Imóveis sujeitam-se aos mesmos deveres e têm os mesmos direitos das pessoas físicas nele inscritas. Parágrafo único. As pessoas jurídicas a que se refere este artigo deverão ter como sócio gerente ou diretor um Corretor de Imóveis individualmente inscrito.

Art. 7º Compete ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais representar, em juízo ou fora dele, os legítimos interesses da categoria profissional, respeitadas as respectivas áreas de competência.”

7 CR art. 5º, XIII, e 170, parágrafo único.

da presente decisão judicial, há que se realizar a análise das disposições do Código Civil com o objetivo de avaliar se há necessidade de investigação sob o ângulo do exercício de atividade econômica ou apenas e tão somente da atividade profissional.

O artigo 966 do Código Civil estabelece:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Assim, por se tratar de atividade intelectual, o agente da propriedade industrial, ainda que constituído sob a forma de pessoa jurídica, não exerce, segundo o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, atividade econômica de natureza empresarial, mesmo que com o concurso de auxiliares.

Neste sentido é a conclusão dos Enunciados 193 a 195 da III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Egrégio Conselho Federal de Justiça⁸, que estabelecem:

193 – Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.

194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

195 – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

Portanto, não serão invocados, como fundamentos da presente sentença, os pontos relacionados ao dever de controle pelo INPI de eventual atividade econômica empresarial do agente da propriedade industrial, passando-se ao largo das questões relacionadas ao chamado “elemento de empresa”, haja vista excederem os limites da presente decisão, embora o artigo 8º do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, esteja a referir a possibilidade de registro de pessoa jurídica na área da propriedade industrial.

Assim, abordar-se-ão, exclusivamente, os temas imbricados com a necessidade de regulamentação da profissão de agente da propriedade industrial como atividade intelectual.

5) A competência da União para legislar sobre o exercício de profissões

Como já pontuado, o direito à prática de trabalho, ofício ou profissão poderá sofrer limitações mediante o estabelecimento da necessidade de qualificações profissionais, conforme anunciado pelo artigo 5º, inciso XIII, do Texto Magno.

Essas verdadeiras restrições demandam o exercício da função legislativa, por meio do Congresso Nacional, ao qual foi atribuída a competência para estabelecer os critérios válidos que poderão dar ensejo a tratamento diferenciado entre os cidadãos, na medida em que o direito de exercer uma atividade poderá ser delimitado a um grupo que se amolde aos requisitos pré-determinados.

⁸ Endereço eletrônico: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>

Daí advém a importância da fixação de toda e qualquer limitação ao direito individual expresso ao trabalho somente por meio de texto de lei, sob pena de se malferir também o princípio da igualdade.

Além disso, a Constituição confere apenas e tão somente à União a competência exclusiva para dispor sobre qualificações profissionais que podem ser exigidas em relação a determinados trabalhos, ofícios ou profissões, na forma do artigo 22, inciso XVI, *in verbis*:

Art. 22. Compete *privativamente* à União legislar sobre:

.....
XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
.....

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (destacamos)

Não obstante o legislador constituinte tenha facultado a delegação aos Estados para legislar sobre a matéria, na forma do referido parágrafo único do artigo 22, o fato é que não existindo a lei complementar para tanto, somente o Congresso Nacional poderá produzir a norma legal para delinear uma profissão.

Veja-se, também, que não foi facultada ao Poder Legislativo federal qualquer margem de discricionariedade quanto à escolha do critério de diferenciação entre os trabalhadores, é dizer, todos são iguais perante a lei, a não ser que apresentem qualificações profissionais – específicas - que os autorize a exercer, com exclusividade, um ofício.

Dessa forma, não há como sustentar os argumentos dos Requeridos quanto ao pleno atendimento dos princípios constitucionais por meio das normas do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, que estaria a dispor sobre as qualificações profissionais do agente da propriedade industrial, pois não se pode extrair do bojo desse Decreto-Lei nenhuma regra que imponha demonstração de capacidade técnica para o exercício do ofício, como se fará a seguir.

6) A evolução normativa com estatura de lei da disciplina da atividade de agente da propriedade industrial

A breve análise da evolução do sistema normativo brasileiro propriedade industrial, que se segue, objetiva identificar as normas aplicáveis à solução do presente litígio. Visa, portanto, à análise da criação dos qualificativos para a atividade do agente da propriedade industrial perante os órgãos controladores da proteção desses direitos, no País, a saber: a Diretoria Geral de Propriedade Industrial, transformada em Departamento Nacional da Propriedade Industrial e, atualmente, o INPI, que devem constar de lei emanada do Poder Legislativo federal.

As partes controvertem a respeito da validade do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, que, segundo os Requeridos, teria sido recepcionado pela Constituição da República de 1988 e, portanto, estaria apto a conceder fundamento às normas infralegais.

Vejam os pontos principais.

Decreto nº 16.264, de 19.12.1923

Em 1923, quando foi criada a Diretoria Geral de Propriedade Industrial, por meio do

artigo 1º do Decreto nº 16.264, de 19.12.1923, que estabeleceu o Regulamento da Propriedade Industrial, não havia referência expressa à atividade do agente da propriedade industrial, conforme a redação *in verbis*:

Art. 1º - Fica criada a Diretoria Geral da Propriedade Industrial, a qual terá a seu cargo os serviços de patentes de invenção e de marcas de indústria e de comércio, ora reorganizados, tudo de acordo com o regulamento anexo, assinado pelo Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio. (redação atualizada)

O referido Decreto previu, dentre outras regras, as atribuições conferidas aos integrantes do novel órgão federal, especificando as funções do diretor geral, consultores técnicos, chefes de seção, oficiais, porteiros, contínuos e serventes.

Os registros de patentes e marcas poderiam ser requeridos pelos próprios interessados, pessoalmente, nos termos dos artigos 41 e 89, mediante o depósito do pedido acompanhado dos documentos necessários.

Art. 41. O pretendente a privilegio de invenção deverá depositar na Diretoria Geral da Propriedade Industrial o seu pedido, acompanhado de um relatório, em duplicata, em que descreva com precisão e clareza a invenção, seu fim e modo de usá-la, além de plantas, desenhos, modelos ou amostras, também em duplicata, indispensáveis ao exato conhecimento da mesma invenção, de maneira que qualquer pessoa competente na matéria possa obter o produto ou o resultado, empregar o meio, fazer a aplicação ou usar do melhoramento de que se tratar.

Art. 89. Aquele que quiser registrar a sua marca depositará o respectivo pedido na Diretoria Geral da Propriedade Industrial, acompanhado: (...)

§ 1º O requerente deverá declarar:

- a) a sua nacionalidade, profissão e domicilio;
- b) si a marca é destinada a produtos ou artigos da indústria ou do comércio;
- c) a classe ou classes de produtos ou artigos a que a marca se destina, de acordo com a classificação adoptada por este regulamento. (...) (redação atualizada)

Não existia até então a disciplina jurídica da figura do agente da propriedade industrial.

Decreto nº 22.989, de 26.07.1933

Passados dez anos, ainda na vigência da Constituição de 1891, foi criada formalmente uma nova profissão, disciplinada por um novel Regulamento do Departamento Nacional da Propriedade Industrial, que fora editado pelo Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, baixado pelo Chefe do então Governo Provisório, que, em seu artigo 3º, dispôs sobre o novo ofício público denominado “Agente Público de Propriedade Industrial”, nos seguintes termos:

Art. 3º O exercício das funções de agente oficial de Propriedade Industrial passa a ter caráter do ofício público, em virtude de nomeação do ministro do Trabalho, Indústria e Comércio e provas de habilitação prestadas nos termos do regulamento a que alude o art. 1º.

À época, o Regulamento de 1933 estabeleceu que seria necessária a nomeação pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, para o exercício do ofício, após a aprovação em exame.

Foi dessa forma que nasceu a categoria, que passou a receber, com exclusividade, ao lado dos advogados e dos próprios interessados, a atribuição para a apresentação e o acompanhamento de pedidos perante o DNPI, conforme dispuseram as seguintes normas do Regulamento anexo ao Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, *in verbis*:

Art. 33. A nomeação do agente oficial de Propriedade Industrial será, feita pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio mediante habilitação prestada nos termos deste regulamento.

Art. 34. O Departamento Nacional da Propriedade Industrial terá, um registro especial, no qual serão inscritos, por ordem alfabética, todas as pessoas, firmas ou sociedades que possam ser matriculadas, de conformidade com as disposições deste regulamento, como agentes oficiais de Propriedade Industrial.

Parágrafo único. A inscrição ou matrícula no livro de que trata este artigo será feita mediante o pagamento da taxa de 100\$000 (cem mil réis), cobrada por selo de verba.

Art. 35. Só poderão apresentar e acompanhar pedidos do privilegio, registro de marcas de indústria e de comércio, e praticar outros atos relativos a esses pedidos no Departamento Nacional da Propriedade Industrial:

I, pelos próprios interessados, pessoalmente;

II, os agentes oficiais de Propriedade Industrial;

III, os advogados legalmente habilitados.

Art. 36. São aptos para requerer matrícula como agentes oficiais de Propriedade Industrial os brasileiros de maioridade, que se encontrem no gozo de direitos civis e políticos e provem reunir os seguintes requisitos:

a) exercício, durante cinco anos, antes da publicação deste regulamento, da função de agente de Privilégios de Invenção Marcas de Indústria e de Comércio, quer pessoalmente, quer como firma individual, sócio ou diretor de firma coletiva ou sociedade organizada para esse fim;

b) competência para o exercício da profissão, mediante o exame de que trata este regulamento;

c) idoneidade;

d) quitação de impostos de indústria e profissão.

Parágrafo único. A prova dos requisitos constantes das alíneas a, c e d far-se-á mediante a exibição de certidões documentos e atestados revestidos dos característicos essenciais de autenticidade.

Art. 37. Toda pessoa, firma ou sociedade que, já exercendo o ofício de agente de Privilégio de Invenção ou Marca de Indústria e de Comércio, desejar matricular-se no registro de agente oficial de Propriedade Industrial deverá apresentar ao diretor geral do Departamento Nacional da Propriedade industrial requerimento de que conste o seu nome individual ou, no caso de sociedade, ou firma coletiva, o nome do sócio, gerente ou diretor autorizado a representá-la. § 1º Dentro de vinte dias após a publicação deste decreto, o diretor geral do Departamento convidará, por edital publicado no Diário Oficial, durante 30 dias, os que se quiserem matricular para exercer a profissão de agente oficial de Propriedade Industrial, de acordo com o que prescreve o art. 36 alíneas a, c e d.

§ 2º O prazo para o pedido de inscrição no registro ou matrícula será de três meses, a contar da data em que se tiver iniciado a publicação do convite.

Art. 38. À proporção que forem sendo apresentados os requerimentos, com as formalidades estabelecidas no artigo antecedente, o diretor geral do Departamento procederá ou mandará proceder a diligencias que lhe parecerem necessárias ao perfeito conhecimento da idoneidade e capacidade do pretendente ao cargo de agente, e, findo cada processo, fará o respectivo encaminhamento, com todos os documentos que o instruírem ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio para decisão final.

Parágrafo único. Deferido o requerimento, voltará o processo ao Departamento para cumprimento do que disposto o parágrafo único do art. 34.

Art. 39. A inscrição para o exame de agentes oficiais de Propriedade Industrial será feita anualmente, pelo prazo de três meses, marcado por edital assinado pelo diretor geral publicado no Diário Oficial durante cinco dias.

§ 1º Vinte dias após a publicação deste regulamento no Diário Oficial, o diretor geral do Departamento convidaram por edital inserido durante oito dias no mesmo órgão de publicidade, os que quiserem inscrever-se para o exame de agentes oficiais de Propriedade Industrial. A inscrição permanecerá aberta durante o prazo de sessenta dias, a contar da data em que o convite tiver sido publicado pela primeira vez.

§ 2º Terminada a inscrição, o diretor geral do Departamento procederá como determinam as disposições do capítulo XIV deste regulamento.

Art. 40. Para a inscrição ao exame de que trata o artigo antecedente e seus parágrafos se cobrará a taxa de 100\$000 (cem mil réis), que será recolhida ao Tesouro Nacional por meio de guia em duas vias, uma das quais ficará instruindo o requerimento do interessado.

Parágrafo único. O candidato aprovado, na forma prevista por este regulamento, fica isento da taxa de 100\$000 (cem mil réis), estabelecida para o registro criado pelo art. 34, parágrafo único.

Art. 41. O Departamento Nacional da Propriedade industrial, logo que termine o processo de habilitação dos cargos ditados ao exercício da profissão de agente oficial de Propriedade Industrial, bem como os exames de que trata o parágrafo único do artigo anterior, fará publicar a relação completa de todos os agentes matriculados, o que, daí em diante fará sempre no mês de janeiro de cada ano, indicando os que se acharem em pleno exercício. Essa lista, uma vez publicada, vale como prova do exercício da função de agente oficial de Propriedade Industrial.

Art. 42. Nenhum agente oficial de Propriedade Industrial poderá entrar no exercício de suas funções sem ter feito, Tesouro Nacional, o depósito da quantia de 5:000\$000 (cinco contos de réis) em dinheiro ou apólices da dívida pública federal.

Art. 43. A restituição da fiança a que se refere o artigo precedente só poderá ser autorizada pelo ministro do Trabalho, Industrial e Comércio, seis meses depois da cessada definitiva das funções do agente a que estiver servindo garantia, devendo, no decorrer desse prazo, ser publicado edital pelo Departamento no Diário Oficial, convidando os inessados a apresentarem quaisquer reclamações que possam atingir a caução de que se trate.

Art. 44. Toda a vez que o agente matriculado mudar de escritório ou residência deverá comunicar, por escrito, ao Departamento Nacional da Propriedade Industrial o seu novo endereço.

Art. 45. Quando o agente for pessoa jurídica deverá apresentar uma relação dos componentes autorizados a representá-la perante o Departamento, acompanhada de certificado, pública forma ou publicação oficial dos estatutos ou do contrato social, e, bem assim, comunicar todas as alterações que ocorrerem, posteriormente, nesses estatutos e contrato ou na respectiva administração.

Art. 46. Os agentes oficiais de Propriedade Industrial, independentemente de requerimento escrito, terão direito a:

- a) obter, no próprio Departamento, vista dos processos de marcas de indústria e de comércio ou patentes de invenção que forem procuradores, mediante recibo visado pelo diretor da respectiva seção, até o máximo de 10 processos por dia, não podendo requisitar mais de cinco de cada vez;
- b) tirar, pessoalmente, cópias dos pareceres constantes dos processos de que tiverem vista e tomar quaisquer notas que lhes forem necessárias com relação aos mesmos processos, podendo transferir essa faculdade aos seus propostos, previamente indicados ao diretor geral do Departamento e por ele reconhecidos ou nomeados;
- c) requerer e assinar em nome de terceiros, termos de depósitos, que lhes serão deferidos, para apresentar a procuração, dentro do prazo de 30 dias prorrogável, mediante nova petição, até o máximo de 90, a juízo do diretor geral.

§ 1º Os agentes oficiais de Propriedade Industrial são obrigados a guardar sigilo dos atos do Departamento de que tiverem conhecimento pelo manuseio dos processos em que forem

interessados, como procuradores, antes que tais atos sejam dados á publicidade.

§ 2º O agente oficial de Propriedade Industrial será sempre responsável pelos atos que seus prepostos praticarem no desempenho da faculdade conferida pela alínea b, *in fine*.

Art. 47. O diretor geral do Departamento Nacional da Propriedade Industrial poderá cancelar a matrícula de qualquer agente oficial de Propriedade Industrial, ou suspendê-lo do exercício da respectiva função até o máximo de 90 dias, censurá-lo ou adverti-lo disciplinarmente.

Paragrafo único. Da decisão que cancelar a matrícula de qualquer agente, recorrerá, *ex-officio*, o diretor geral, no seu próprio despacho, para o ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. Das penas de suspensão caberá recurso voluntario interposto pelo interessado, para o mesmo ministro, dentro do prazo de 30 dias, contado da data da publicação dos respectivos despachos no Diário Oficial.

CAPITULO XIV

DO EXAME PARA A MATRÍCULA DE AGENTES OFICIAIS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Art. 48. Os capacitados ao exercício das funções de agente oficial de Propriedade Industrial, na forma do artigo 36, alínea b, do presente regulamento, ficam sujeitos à prestação do exame que adiante se regula, a fim de comprovarem a sua habilitação àquele mister.

Art. 49. Para a execução do disposto no artigo cedente, o diretor geral do Departamento proporá, ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, de acordo com o que prescreve o art. 39, a designação da comissão, que elegerá dentre os seus membros, aqueles que devam servir como presidente e secretário, promovendo todos os demais atos indispensáveis á realização do exame.

Art. 50. O local, dia e hora para a realização das provas do exame de que trata o art. 48 serão fixados em edital publicado no Diário Oficial, com antecedência de cinco dias, e no qual se mencionarão, nem só os nomes dos candidatos inscritos, mas também os dos componentes da comissão examinadora.

Art. 51. O exame versará sobre:

a) legislação e prática administrativa com referencia a patentes de invenção e registro de marcas de indústria e de comércio;

b) preparação do pedido de privilegio e de marca, principalmente do relatório descritivo dos inventos e da descrição das marcas, mediante um exemplo fornecido pela comissão examinadora;

c) legislação sobre privilegio de invenção, marcas de indústria e de comércio.

Art. 52. As provas serão escritas e orais e versarão sobre pontos formulados pela comissão examinadora e tirados á sorte, no momento, por um dos candidatos presentes

Paragrafo único. As provas escritas abrangerão três questões e devem ser concluídas dentro do prazo máximo de três horas, sendo permitida a consulta é legislação. As provas orais serão feitas dentro do ponto que cada candidato sortear, assistindo ao presidente da comissão a faculdade, dirigir perguntas ao examinando sobre matéria não constante do respectivo ponto.

Art. 53. O julgamento das provas abrange as notas de 1 a 10, não sendo classificados os candidatos que obtiverem nota inferior a 3.

Art. 54. Concluídas as provas e feito o julgamento, o presidente da comissão examinadora apresentará relatório escrito ao Diretor Geral expondo a marcha do processo do exame, ao qual juntará a relação dos candidatos classificados.

Paragrafo único. O relatório, bem como as provas examinadas e mais documentos que o tenham acompanhado, com o parecer do Diretor Geral, serão encaminhados ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de dez dias após a última prova, a fim de ser julgado o concurso e feitas as nomeações dos candidatos aprovados, de acordo com o disposto no art. 33 deste regulamento.

Art. 55. As disposições constantes do art. 35 só entrarão em vigor após serem feitas as no-

meações de agentes oficiais de Propriedade Industrial, decorrentes da habilitação de que trata o art. 37 e do primeiro exame, realizado na conformidade do art. 39 e seus parágrafos. (redação atualizada) (destacamos)

A longa transcrição se faz necessária para elucidar o detalhado regramento estabelecido pelo Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, que fixou os qualificativos mínimos necessários ao exercício da função, então pública, de agente oficial da propriedade industrial.

Foram preestabelecidos pelo Governo Provisório, que fazia as vezes de legislador, os critérios essenciais para a aptidão do candidato, o qual deveria atender os requisitos fixados pelo artigo 36 para, assim, ser considerado apto à inscrição no exame, cuja realização era anual, por força do disposto no artigo 39.

Além disso, no capítulo XIV - Do Exame para a Matrícula de Agentes Oficiais de Propriedade Industrial, os artigos 48 a 55 determinaram a forma do exame e, principalmente, o conteúdo a ser exigido para classificação do candidato ao ofício da propriedade industrial, a saber: legislação e prática administrativa com referência a patentes de invenção e registro de marcas de indústria e de comércio; preparação de pedido de privilegio e de marca; e, legislação sobre privilegio de invenção, marcas de indústria e de comércio.

Destaque-se, desde logo, que esse foi o único diploma normativo com estatura de lei que dispôs sobre as habilidades específicas dos pretendentes ao título de agente da propriedade industrial.

Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940

Posteriormente, o Departamento da Propriedade Industrial foi reorganizado pelo Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, que retirou da atribuição dos agentes o caráter oficial, alterando a terminologia de “agentes oficiais da propriedade industrial” para “agentes da propriedade industrial”, bem como eliminou a nomeação pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, que passou tão somente a autorizar o exercício da função.

Além disso, o artigo 20 do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, revogou, expressamente, o Decreto nº 22.989, de 26.07.1933. Por essa razão, desde então, foram suprimidas do ordenamento jurídico as normas com estatura de lei, imprescindíveis à regulação do ofício de agente da propriedade industrial, pois os artigos abaixo transcritos não contêm os requisitos mínimos à profissão. Veja-se, *in verbis*:

Art. 2º Só poderão exercer quaisquer atos perante o Departamento:

- I - os próprios interessados, pessoalmente;
- II - os agentes da Propriedade Industrial;
- III - os advogados legalmente habilitados.

Art. 3º A autorização para o desempenho da função de Agente da Propriedade Industrial será concedida pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, depois de prestadas, pelos interessados, provas de habilitação.

§ 1º As instruções reguladoras das provas referidas neste artigo serão baixadas anualmente pelo Diretor do Departamento.

§ 2º São aptos para requerer a inscrição, com o objetivo de que trata este artigo, os brasileiros natos, maiores de 21 anos, que se encontrarem em pleno gozo de seus direitos civis e políticos, provados esses requisitos, bem assim a idoneidade moral, mediante documentos autênticos.

Art. 4º No ato da inscrição, que será aberta pelo prazo de dois meses e anunciada no Diário

Oficial, o candidato pagará a taxa de cem mil réis (100\$0), em estampilhas apostas no próprio requerimento.

Parágrafo único. Expirado este prazo, o Diretor do Departamento submeterá ao Ministro de Estado os nomes de três funcionários que examinarão os candidatos.

Art. 5º Nenhum Agente poderá exercer quaisquer atos sem haver depositado no Tesouro Nacional, em garantia de suas responsabilidades, a quantia de cinco contos de réis (5:000\$0), em dinheiro ou apólices da Dívida Pública Federal.

Parágrafo único. A restituição dessa fiança será autorizada somente pelo Ministro, três meses após a definitiva cessação das funções de Agente, devendo ser publicado, no curso desse prazo, edital no Diário Oficial, convidando os interessados a apresentar ao Departamento quaisquer reclamações que possam atingir seu valor.

Art. 6º Como Agente, poderá inscrever-se uma entidade, com personalidade jurídica e, nesse caso, os respectivos componentes deverão possuir a qualidade prevista nos incisos II e III do art. 2º deste decreto-lei

Parágrafo único. Para efeito dessa inscrição, serão apresentados ao Departamento os respectivos contratos sociais, estatutos ou outros documentos de constituição da entidade requerente, mediante o pagamento da taxa de cem mil réis (100\$0), em estampilhas apostas no requerimento de matrícula.

Art. 7º O Agente poderá, sob sua responsabilidade, indicar até dois prepostos, para auxiliarem os seus trabalhos, de acordo com as instruções que forem expedidas.

Art. 8º Os Agentes da Propriedade Industrial, sob pena de aplicação das disposições do artigo seguinte, são obrigados a guardar sigilo dos atos do Departamento, de que tiverem conhecimento pelo manuseio dos processos, antes que sejam dados à publicidade.

Art. 9º Ao Diretor do Departamento é facultado censurar ou advertir disciplinarmente qualquer Agente, suspendê-lo do exercício das atribuições, até o prazo de 90 dias, e cancelar-lhe a matrícula.

§ 1º Da pena de suspensão cabe recurso, interposto pelo interessado para o Ministro de Estado, dentro do prazo de 30 dias, contado da data da publicação do despacho no Diário Oficial.

§ 2º Da decisão que cancelar a matrícula de qualquer Agente, recorrerá o Diretor, ex-officio, no próprio despacho para o Ministro de Estado.

Art. 10. O Departamento fará publicar anualmente, nos primeiros dias de janeiro, a relação dos Agentes matriculados e respectivos endereços.

Art. 11. Os emolumentos estabelecidos no art. 3º do Decreto nº 5.569, de 13 de novembro de 1928, serão pagos em estampilhas apostas na petição respectiva.

Art. 12. O expediente diário do D.N.P.I., os pontos característicos das invenções e os clichés de marcas, nomes comerciais, títulos, insígnias, emblemas e desenhos de invenções serão publicados na Secção III do Diário Oficial.

Art. 13. No Quadro único do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio fica criada a carreira de Examinador de Marcas, com a estrutura constante da tabela anexa a este decreto-lei.

Art. 14. Os cargos de provimento efetivo de Consultor Técnico do Quadro único do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, ficam transformados em cargos de Perito de Propriedade Industrial, de acordo com a tabela citada no artigo anterior.

Parágrafo único. Os decretos de nomeação dos ocupantes desses cargos serão apostilados pelo Diretor Geral do Departamento de Administração do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Art. 15. Os cargos de Perito de Propriedade Industrial serão providos mediante concurso, na forma que estabelecer o Departamento Administrativo do Serviço Público.

Art. 16. Ficam criadas, no referido quadro único, duas funções gratificadas de Chefe de Divisão com a gratificação anual de seis contos de réis (6:000\$0) a cada; quatro de chefe de Secção com a gratificação anual de quatro contos e oitocentos mil réis (4:800\$0) a cada e uma de Chefe de Secção de Comunicações com a gratificação anual de dois contos e quatrocentos mil réis (2:400\$0).

Art. 17. O Presidente da República expedirá, mediante decreto, o Regimento em que serão especificadas as atribuições e normas reguladoras das atividades do Departamento, reorganizado por este decreto-lei.

Art. 18. Fica aberto o crédito de noventa e nove contos e trezentos mil réis (99:300\$0) para atender à despesa de pessoal, resultante da presente reorganização.

Art. 19. Fica aberto o crédito de cento e quinze contos e duzentos e dezoito mil réis (115:218\$0), sendo quarenta e dois contos de réis (42:000\$0) para pagamento dos tarefeiros a serem admitidos no D.N.P.I. e setenta e três contos duzentos e dezoito mil réis (73:218\$0) para aquisição de material necessário com a reforma de que trata este decreto-lei.

Art. 20. Este decreto-lei entrará em vigor em 15 de outubro corrente, revogadas as disposições em contrário. (redação atualizada)

Evidencia-se, por conseguinte, que desde a edição do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, a disciplina reservada ao legislador para a fixação das “condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei” restou malferida, na medida em que ocorreu a primeira delegação indevida de competência para estabelecimento de matéria reservada ao legislador ordinário em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade. Isso porque o Decreto-Lei de 1940 silenciou sobre as qualificações técnicas necessárias ao exercício do ofício de agente da propriedade industrial e, por outro lado, possibilitou que o Diretor do Departamento da Propriedade Industrial dispusesse sobre o conteúdo a ser aferido por meio da realização de provas.

Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945

As modificações no cenário internacional levaram à elaboração de um novo Código da Propriedade Industrial, editado por meio do Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945, que, entretanto, não dispôs sobre a atividade do agente da propriedade industrial.

Manteve-se, portanto, a situação de lacuna jurídica no que tange à necessidade de previsão por lei dos requisitos técnicos ao exercício da atividade multicitada.

Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946

Foi então editado o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, ainda sob a égide da Carta Constitucional de 1937, para novamente reorganizar o Departamento Nacional da Propriedade Industrial, prevendo, em seus artigos 3º a 12, as normas que, em síntese, estão sendo apontadas na presente ação civil pública, pela União, pelo INPI e pela ABAPI, como suficientes à disciplina da carreira dos agentes da propriedade industrial, as quais determinam, *in verbis*:

Art. 3º Só poderão exercer quaisquer atos perante o Departamento:

I – os próprios interessados, pessoalmente;

II – os agentes Propriedade Industrial;

III – o advogados legalmente habilitados.

Art. 4º A autorização para, o desempenho da função de Agente da Propriedade industrial será concedida pelo Ministro do Trabalho, indústria e Comércio. depois de prestados, pelos interessadas, provas de habilitação.

§ 1º As instruções reguladoras das provas referidas neste artigo, serão baixadas anualmente pelo Diretor Geral do Departamento.

§ 2º São aptos para requerer a inscrição, com o objetivo de que trata este artigo, os brasileiros, maiores de 21 anos, que se encontrarem em pleno gozo de seus direitos civis e políticos, provados esses requisitos, tem assim a idoneidade moral, mediante documentos autênticos.

Art. 5º No ato de inscrição, que será aberta pelo prazo de dois meses e anunciada no Diário Oficial, o candidato para a taxa de cem cruzeiros (Cr\$ 100,00), em estampilhas apostas ao requerimento.

Parágrafo único. Expirado este prazo O Diretor Geral do Departamento submetera ao Ministério de Estados três funcionários examinarão os candidatos.

Art. 6º Nenhum Agente poderá exercer quaisquer atos sem haver depositado no Tesouro Nacional, em garantia de suas responsabilidades, a quantia de cinco mil cruzeiros (Cr\$ 5.000,00), em dinheiro ou apólices da Dívida Pública Federal.

Art. 7º A restituição dessa fiança será autorizada somente pelo Ministro, três meses após a definitiva, cessação das funções de Agente, devendo ser publicado, no curso desse prazo, edital no Diário Oficial, convidando os interessados a apresentar ao Departamento quaisquer reclamações que possam atingir seu valor.

Art. 8º: Como Agente poderá: inscrever uma entidade com personalidade jurídica e, nesse caso, os respectivos componentes deverão possuir a qualidade prevista nos incisos II e III do art. 3º deste Decreto-Lei.

Parágrafo único. Para o efeito dessa inscrição, serão apresentados ao Departamento os respectivos contratos sociais estatutos ou outros documentos da constituição da entidade requerente mediante o pagamento da taxa de cem cruzeiros (Cr\$ 100,00), em estampilhas opostas no requerimento da matrícula.

Art. 9º O Agente poderá sob sua responsabilidade indicar até dois prepostos para auxiliarem os seus trabalhos, de acordo com as instruções que forem expedidas.

Art. 10º Os Agentes da Propriedade Industrial, sob pena de aplicação das disposições do artigo seguinte, são obrigados a guardar sigilo dos atos do Departamento, de que tiverem conhecimento pelo manuseio dos processos, antes que sejam dados publicidade.

Art. 11 Ao Diretor Geral do Departamento é facultado censurar ou advertir disciplinarmente qualquer Agente, suspendê-lo do exercício das atribuições, até o prazo de 90 dias, e cancelá-lo a matrícula.

§ 1º Da pena de suspensão cabe recurso, interposto pelo interessado para o Ministro de Estado, dentro do prazo de 30 dias, contado da data da publicação do despacho no Diário Oficial.

2º Da decisão que cancelar a matrícula, de qualquer Agente, recorrerá o Diretor Geral, "ex-officio", na próprio despacho, para o Ministro de Estado.

Art. 12 O Departamento fará publicar, anualmente, nos primeiros dias; de janeiro, a relação dos Agentes matriculados e respectivos endereços.

.....
Art. 23 Revogam-se as disposições em contrário.

O Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, pouco inovou, de modo que não trouxe ao ordenamento jurídico nacional as normas, equivalentes àquelas revogadas (Decreto nº 22.989, de 26.07.1933) com estatura de lei, prevendo os requisitos mínimos relativos à capacidade para o exercício da atividade de agente da propriedade industrial, e, além disso, na mesma senda que o Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, manteve a delegação de poderes ao Diretor Geral do Departamento para baixar as normas reguladoras das provas, sem, contudo, fixar a matéria de conhecimento necessária à aferição dos conhecimentos, nem tampouco a capacitação técnica mínima.

Outras alterações ao Código da Propriedade Industrial processaram-se, mediante a edição do Decreto-Lei nº 254, de 28.02.1967, e do Decreto-Lei nº 1.005, de 21.10.1969, mas que não introduziram modificações dignas de nota.

Ora, ainda que se considere tênue a necessidade de coerência com o princípio da legalidade, especialmente da reserva legal, na forma do artigo 122 e seu § 8º da Carta de 1937, não há como aceitar que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, estivesse de acordo com o ordenamento jurídico nacional daquela época. Desde a sua publicação, já não se amoldava aos valores constitucionais, que exigia a previsão expressa de qualificativos para o trabalho por meio de lei, razão pela qual, é correto afirmar, que o referido Decreto-Lei nunca chegou a disciplinar a atividade de agente da propriedade industrial, até porque, ao estabelecer requisitos como: ser brasileiro, ter mais de 21 anos, estar no gozo de seus direitos civis e políticos e ter idoneidade moral, estes nunca foram qualificativos profissionais.

Lei nº 5.648, de 11.12.1970

Em 1970, nasceu o atual Instituto Nacional da Propriedade Industrial-INPI, a partir da publicação da Lei nº 5.648, de 11.12.1970, que não introduziu no ordenamento jurídico nenhuma norma jurídica para fixar os qualificativos profissionais da profissão de agente da propriedade industrial.

A Constituição Federal de 1967 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, que entrou em vigor em 30.10.1969, conforme seu artigo 2º, portanto, a Lei nº 5.648, de 11.12.1970, deveria necessariamente conformar-se ao disposto pelo artigo 153 e seu parágrafo 23, daquela Carta Constitucional⁹, que estabelecia, *in verbis*:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 § 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Torna-se evidente que a ausência de previsão expressa de lei está a indicar a ausência da necessidade de especial qualificação, até porque, embora a propriedade industrial estivesse passando por um momento de renovação, não se delineou nenhum regramento específico para atuação de terceiros perante o INPI.

Lei nº 5.772, de 21.12.1971

No ano seguinte, foi a vez de se instituir o novo Código da Propriedade Industrial, por meio Lei nº 5.772, de 21.12.1971, que tinha por escopo nortear a política brasileira de marcas, patentes e transferência de tecnologia, objetivando propiciar a internalização da tecnologia.

Não obstante, mais uma vez, o legislador federal silenciou e não fez qualquer menção destinada a delinear a atuação de terceiros perante o INPI, nem mesmo quanto aos agentes da propriedade industrial.

9 A Constituição Federal, promulgada em 24.01.1967, previa no mesmo sentido: “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.”

Aliás, ao contrário, verificou-se um retorno ao procedimento estabelecido em 1923, criado pelo Decreto nº 16.264, de 19.12.1923, que não fazia menção à figura do agente da propriedade industrial, mas, apenas e tão somente, aos requerentes que, além, evidentemente, dos próprios inventores, poderiam ser seus herdeiros ou sucessores, que realizar o depósito dos pedidos de registro de patentes e marcas na forma dos artigos 5º, 77 e 78 da Lei nº 5.772, de 21.12.1971, *in verbis*:

Do Autor ou Requerente

Art. 5º Ao autor de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial será assegurado o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código.

§ 1º Para efeito de concessão de patente, presume-se autor o requerente do privilégio.

§ 2º O privilégio poderá ser requerido pelo autor, seus herdeiros e sucessores, pessoas jurídicas para tanto autorizadas, ou eventuais cessionários, mediante apresentação de documentação hábil, dispensada a legalização consular no país de origem, sem prejuízo de autenticação ou exibição do original, no caso de fotocópia.

§ 3º Quando se tratar de invenção realizada por duas ou mais pessoas, em conjunto, o privilégio poderá ser requerido por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação de todas para ressalva dos respectivos direitos.

.....
Do Pedido de Registro (das marcas)

Art. 77. Além do requerimento, o pedido, que só poderá se referir a um único registro, conterá ainda:

- a) exemplar descritivo;
- b) clichê tipográfico;
- c) prova do cumprimento de exigência contida em legislação específica;
- d) outros documentos necessários à instrução do pedido.

Parágrafo único. O requerimento, o exemplar descritivo e o clichê tipográfico deverão satisfazer as condições estabelecidas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

CAPÍTULO IV - Do Depósito do Pedido de Registro

Art. 78. Apresentado o pedido, será procedido o exame formal preliminar e, se devidamente instruído, será protocolado.

Parágrafo único. Da certidão do depósito, se requerida, constarão hora, dia, mês, ano e número de ordem da apresentação do pedido, sua natureza, indicação de prioridade quando reivindicada, o nome e endereço completos do interessado e de seu procurador, se houver.

Lei nº 9.279, de 14.05.1996

Atualmente, a Lei nº 9.279, de 14.05.1996, instituiu a chamada Lei da Propriedade Industrial – LPI e substituiu o antigo Código da Propriedade Industrial – CPI, revogando a Lei nº 5.772, de 21.12.1971.

Na mesma senda do antigo CPI, a LPI não estabeleceu normas sobre as atividades dos agentes da propriedade industrial, seja como ofício profissional, seja como ofício corporativo. Mantendo, por essa razão, a orientação anterior, por meio da qual havia sido revigorada a sistemática de 1923, qual seja, a possibilidade de atuação direta dos interessados perante o INPI, conforme os termos dos artigos 6º, *in verbis*:

Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Salvo prova em contrário, presume-se o requerente legitimado a obter a patente.

§ 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.

§ 3º Quando se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos.

§ 4º O inventor será nomeado e qualificado, podendo requerer a não divulgação de sua nomeação.

7) A atual ausência de norma legal válida sobre qualificações mínimas do agente da propriedade industrial no ordenamento nacional

Conforme já referido, a atividade de agente da propriedade industrial foi regulamentada pela primeira vez no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, sob a égide da Constituição de 1891. Esse Decreto foi o único instrumento normativo na ordem jurídica nacional com força de lei, baixado pelo Chefe do então Governo Provisório, que continha verdadeira disciplina das qualificações profissionais necessárias ao exercício do ofício. Assim, a partir daquele ano de 1933, os cidadãos que apresentassem os qualificativos poderiam receber tratamento diferenciado que lhes possibilitava, ao lado dos advogados e interessados, exercer a atividades perante o então Departamento Nacional da Propriedade Industrial -DNPI.

Esses profissionais distinguiam-se, naquela época, pelos seus conhecimentos técnicos, cuja aferição era feita por meio de prova realizada pelo DNPI que, além disso, fiscalizava a carreira.

Note-se que Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, foi editado sob a égide da Constituição de 1891, que dispunha expressamente sobre a garantia do exercício de qualquer profissão, não fazendo menção à necessidade de lei para disciplinar os qualificativos, quando necessários, conforme dispunha o § 24 de seu artigo 72, *in verbis*:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 § 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

Veja-se que ao estabelecer os qualificativos profissionais, o Decreto nº 22.989, de 26.07.1933, atendeu a valores constitucionais implícitos, na medida em que, não obstante a ausência de norma expressa, concedeu efetividade ao princípio da legalidade.

Não coube ao DNPI nem ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio criar outros requisitos. Esses órgãos apenas cuidavam de dar cumprimento à norma legal, avaliando as habilidades técnicas preestabelecidas pelo legislador, conforme fixados pelo artigo 36 e, bem assim, no capítulo XIV - Do Exame para a Matrícula de Agentes Oficiais de Propriedade Industrial, especialmente nos artigos 48 a 55, que determinaram a forma do exame e, principalmente, qual o conteúdo a ser exigido para classificação do candidato ao ofício da propriedade industrial, a saber: conhecimentos sobre legislação e prática administrativa com referência a patentes de invenção e registro de marcas de indústria e de comércio; preparação de pedido de privilégio e de marca; e, legislação sobre privilégio de invenção, marcas de indústria e de comércio.

Entretanto, foi a partir do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, que reorganizou o DNPI, que os agentes da propriedade industrial não só perderam o atributo de atividade “oficial”, mas, principalmente, deixaram de representar uma categoria diferenciada por seus atributos técnicos, uma vez que a norma legal não fez menção a nenhum qualificativo profissional específico, mas, somente: ser brasileiro nato, maior de 21 anos, estar no gozo de direitos civis e políticos e ter idoneidade moral.

Com efeito, o Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, deu-se sob a égide da Carta Constitucional de 1937. Naquela ocasião, os direitos e garantias individuais estavam fragilizados. Não obstante, havia a previsão expressa da necessidade de a lei estabelecer as “condições de capacidades” de uma profissão, conforme o teor do artigo 122 e seu parágrafo 8º, *in verbis*:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 8º) a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei; (Suspensão pelo Decreto nº 10.358, de 1942)¹⁰.

Entretanto, como o referido Decreto-Lei não previu nenhum requisito para o exercício da profissão, evidencia-se, por conseguinte, que não poderia ser considerado como texto normativo válido, dado que, por ocasião de sua edição, a matéria disciplinada era de reserva legal, para o fim de fixar as “condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público”, de modo que restou malferido o princípio da legalidade, na medida em que ocorreu a primeira delegação de competência, flagrantemente indevida, do Ministério ao então DNPI, para dispor sobre matéria reservada ao legislador ordinário. Tudo porque o referido Decreto-Lei silenciou sobre as qualificações técnicas necessárias ao exercício do ofício de agente da propriedade industrial, bem como revogou expressamente o Decreto nº 22.989, de 26.07.1933.

Essa abordagem pode parecer surreal para aqueles que, gloriosamente, continuaram a construir o País, não obstante a Carta de 1937, simplesmente porque não haveria que se falar, na época, em legalidade. Todavia, é impossível, hoje, furtar-se à análise pragmática, com caráter dogmático, fundamentado no Estado Democrático de Direito viabilizado pela Constituição de 1988.

Registre-se, além disso, que naquele contexto histórico, havia sido baixado o Decreto nº 10.358, de 31.08.1942, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional, por causa da Segunda Guerra Mundial, e suprimiu a garantia contida no mencionado parágrafo 8º do artigo 122 da Constituição de 1937. Esse Decreto foi revogado expressamente somente em 1991, pelo artigo 4º do Decreto nº 11, de 18.01.1991. Entretanto, uma vez finalizado¹¹ o conflito mundial, cessou a razão que justificava a supressão de direitos e garantias, que retomaram o seu vigor imediatamente.

Na sequência, tanto por ocasião da publicação do novo Código da Propriedade Industrial-CPI, por meio do Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945, quanto do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, que reorganizou o DNPI, era de rigor, teoricamente, a observância do princípio da reserva legal para fins da indicação de condições ao exercício de determinada profissão, na

¹⁰ O Decreto nº 10.358, de 31.08.1942, declarou o estado de guerra em todo o território nacional, por ocasião da Segunda Guerra Mundial, e suprimiu a garantia contida no § 8º do artigo 122 da Constituição de 1937.

¹¹ Dia 08 de maio de 1945, data da rendição oficial do Terceiro Reich. Não obstante, as referências ao dia 02 de setembro de 1945, data da assinatura do último tratado de rendição.

forma do artigo 122, § 8º, da Constituição de 1937, que recobrava a sua robustez.

Entretanto, o Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945, que instituiu o CPI, não tratou de dispor sobre a atuação dos agentes da propriedade industrial. Já o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, incidiu na mesma falha do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, qual seja, não fixou expressamente a qualificação técnica da multirreferida carreira.

Na verdade, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, estabeleceu como condições ao exercício da profissão, somente: ser brasileiro (deixou de exigir a natividade), maior de 21 anos (conforme o Código Civil de 1917), estar no gozo de direitos civis e políticos e ter idoneidade moral. Repise-se, à exaustão, não foram indicados qualificativos técnicos profissionais.

Mencione-se, a título de exemplo, a impecável disciplina da carreira dos Contadores, que, nos idos de 1946, recebeu do *Decreto-Lei nº 9.295, de 27.05.1946*, ainda em vigor, todas as regras sobre o exercício do ofício de Contador, cujo atributo profissional específico é a graduação em Ciência da Contabilidade, na forma do artigo 26, tendo sido fixada, além disso, expressamente, a competência dos Conselhos de Contabilidade e também a possibilidade da exigência de anuidade. Por isso, não se pode debitar às circunstâncias políticas a ausência de disciplina jurídica válida.

É inegável, portanto, que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, padece de mácula que lhe retira o fundamento constitucional, o que precisa ser considerado para fins da solução do presente litígio, como matéria prejudicial, de tal forma a acarretar a declaração de sua inconstitucionalidade incidental.

Ademais, não se sustenta a afirmação no sentido de que os artigos 3º a 12 do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, estariam a observar as exigências da atual Constituição de 1988, pois é autorizado concluir que o referido Decreto-Lei já não se amoldava sequer à Constituição de 1937, bem como não poderia ter sido recepcionado pelas Constituições de 1946, 1967 ou pela Emenda Constitucional de 1969, e, por essa razão, nunca poderia ter oferecido supedâneo legal à carreira de agente da propriedade industrial.

Note-se que, desde a edição do Decreto-Lei nº 2.679, de 07.12.1940, e mesmo após a publicação do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, manteve-se a situação de lacuna jurídica, pois foi mantida a previsão de delegação de poderes ao Diretor Geral do Departamento para baixar as normas reguladoras das provas. Porém o legislador não havia indicado na lei quais os atributos seriam cotejados, qual o tipo de capacidade técnica precisava ser avaliada para fins de autorizar o exercício da profissão.

Dessa forma, o posicionamento dos Requeridos no sentido de privilegiar a tese segundo a qual o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, nunca foi revogado e estaria, ainda hoje, vigente para fins de conceder respaldo às normas infralegais, é totalmente desprovida de supedâneo jurídico válido, em razão da inexistência, em seu texto, das qualificações profissionais mínimas do ofício, razão pela qual, evidencia-se, sem sombra de dúvida, por meio da interpretação sistemática e teleológica, que as suas normas teriam perdido o vigor. Vejamos.

A Lei de Introdução ao Código Civil, instituída pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942, (denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010), contém a disciplina do assunto. O enunciado de seu artigo 2º determina expressamente que: “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

Ora, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, destinou-se a remodelar o extinto DNPI, tratando, além disso, de editar normas sobre a obtenção de autorização para o ofício de agente da propriedade industrial.

Na sequência, tanto a Lei nº 5.648, de 11.12.1970, que remodelou o órgão da proprieda-

de industrial, criando a autarquia denominada INPI, como a Lei nº 5.772, de 21.12.1971, que instituiu o novo CPI, trataram de remodelar toda a matéria relativa à propriedade industrial, sendo que o Poder Legislativo entendeu por bem não dispor sobre as atividades dos agentes da propriedade industrial, é dizer, não cunhou requisitos ou regras para a assunção da função de representação de interessados perante o INPI.

Logo, ainda que se pudesse admitir a validade do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, no interregno entre a sua publicação até a edição da Lei nº 5.772, de 21.12.1971, a partir de então é indiscutível que o ordenamento concedeu, implicitamente, novo tratamento à matéria.

Segundo a lição de Maria Helena Diniz¹² sobre as espécies de revogação, poderá ocorrer “ab-rogação, que é a supressão total da norma anterior, por ter a nova lei regulado a matéria, ou por haver entre ambas incompatibilidade explícita ou implícita” ou, de outra parte, “a derrogação (...) consiste na modificação explícita ou implícita de parte da lei anterior”.

Além disso, conforme ensina, a revogação poderá ser “expressa”, modalidade sempre louvável, cuja obrigatoriedade foi introduzida pela Lei Complementar nº 95¹³, de 26.02.1998, bem como “tácita”, nesse caso, “quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão ‘revogam-se as disposições em contrário’, por ser supérflua”¹⁴.

Deveras, a decisão de silenciar a respeito de eventuais qualificativos especiais para os agentes da propriedade industrial foi do Poder Legislativo federal, que ao editar um Código da Propriedade Industrial, que por natureza visa sistematizar a matéria, não previu o tratamento diferenciado de profissionais relacionados às atividades de peticionamento perante o INPI. O Congresso Nacional exerceu o seu propósito de remodelar todo o assunto e, para tanto, decidiu não dispor sobre habilidade especial para o ofício, entendeu que não haveria razão para criar restrições ao peticionamento no INPI, inovou para garantir maior acessibilidade, não vislumbrou risco potencial ao interesse público capaz de justificar o tratamento diferenciado à atividade de dedução de pedidos relativos à propriedade industrial.

É preciso mencionar, ainda, seguindo a lição de Maria Helena Diniz¹⁵, que, na hipótese de haver indefinição sobre a incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, verifica-se a antinomia, que somente será afastada mediante a interpretação de ambas as leis. “A incompatibilidade deverá ser formal, de tal modo que a execução da lei nova seja impossível sem destruir a antiga”.

É evidente que se o CPI de 1971 não estabelecia requisitos especiais para o peticionamento perante o INPI, não haveria como colocá-lo em prática sem admitir que o Decreto-Lei n 8.933, de 26.01.1946, teria perdido completamente o seu vigor. Especialmente no período compreendido entre 1971 e a edição da Portaria MIC nº 32/1998, por meio da qual se pretendeu ressuscitar algo que nunca existiu, a saber: os poderes de delegação de competência para criar requisitos profissionais.

Além disso, o mais importante é que mesmo que o INPI quisesse exigir os atributos com fundamento no Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não os encontraria, pois aqueles constantes nos artigos 3º a 12 não passam de predicados exigidos a todos os cidadãos, tais como, honestidade, boa conduta e gozo do pleno exercício dos direitos, pois não existem esculpidos

12 *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 64/65.

13 “Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”. (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)

14 *Na obra citada*, p. 65.

15 *Na obra citada*, p. 66.

no texto do multirreferido Decreto-Lei outros qualificativos que pudessem servir de critério para tratamento diferenciado de determinados profissionais.

Verifique-se, ainda, que o CPI de 1971, além de não tratar ou sequer mencionar os agentes da propriedade industrial, estabelece que todos, independentemente de qualificativo especial, podem atuar perante o INPI, inclusive por meio de instrumento de procuração, conforme estabelece no capítulo “Da Procuração”, em seu artigo 115, *in verbis*:

Art. 115. Quando o interessado não requerer pessoalmente, a petição ou o processo será instruído com procuração contendo os poderes necessários, traslado, certidão ou fotocópia autenticada do instrumento, dispensada a legalidade da procuração.

1º Quando a procuração não for apresentada inicialmente, poderá ser concedido o prazo de sessenta dias para a sua apresentação, sob pena de arquivamento definitivo.

2º Salvo o disposto no artigo 116, depois de concedido o registro ou a patente, decorridos dois anos da outorga do mandato, o procurador somente poderá proceder mediante novo instrumento, traslado ou certidão atualizados.

3º No caso de fotocópia, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial poderá exigir a apresentação do original.

Nem se diga que a atual a Lei nº 9.279, de 14.05.1996, que instituiu a chamada LPI em substituição ao CPI de 1971, teria reavivado os termos do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, ao dispor sobre os Atos das Partes, em seu artigo 216, *in verbis*:

Art. 216. Os atos previstos nesta Lei serão praticados pelas partes ou por seus procuradores, devidamente qualificados.

§ 1º O instrumento de procuração, no original, traslado ou fotocópia autenticada, deverá ser em língua portuguesa, dispensados a legalização consular e o reconhecimento de firma.

§ 2º A procuração deverá ser apresentada em até 60 (sessenta) dias contados da prática do primeiro ato da parte no processo, independente de notificação ou exigência, sob pena de arquivamento, sendo definitivo o arquivamento do pedido de patente, do pedido de registro de desenho industrial e de registro de marca.

Ora, repise-se, mais uma vez, que não se encontra no ordenamento jurídico nenhuma lei que disponha sobre a tal “qualificação” para a profissão dos agentes da propriedade industrial, simplesmente porque não existe norma legal válida que estabeleça os requisitos profissionais para o exercício da profissão, de modo que a referência aos “procuradores, devidamente qualificados” não pode conduzir ao ressurgimento do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946.

É assim, porque, a uma, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não contém requisito algum; a duas, a delegação de poderes nele prevista diz respeito apenas à autorização do Ministro ao INPI para fins de realizar provas; a três, o CPI 1971 já havia tratado integralmente da matéria; a quatro, não se admite repristinação, o que ocorreria se admitido o retorno do Decreto-Lei por força do artigo 216 da LPI, sendo que o CPI 1971 já o havia revogado; a cinco, que causa espanto, a existência de qualificação genérica, sem previsão legal alguma, permitiria uso de qualificação secreta; a seis, o pior: a tal “qualificação”, que não se sabe qual é, seria exigida dos Senhores Advogados, que não poderiam atuar perante o INPI, sem obter a qualificação de agente da propriedade industrial.

Em síntese, a referência do artigo 216 da LPI à necessidade de procuradores “devidamente qualificados” não encontra amparo em outra norma com estatuto de lei que contenha os tais requisitos profissionais a fim de qualificar um procurador. Pois, insista-se, à exaustão, ainda que se quisesse fazer valer o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, em homenagem à

inexistência de norma revogadora expressa, estar-se-ia buscando no vazio a qualificação, pois o Decreto-Lei somente exige requisitos que se aplicam a qualquer cidadão como o pleno gozo dos direitos políticos e idoneidade moral.

Ademais, como exclusivo destinatário da competência para estabelecer critérios profissionais, é de rigor admitir que, se o Poder Legislativo silenciou, não há razão para questionar essa decisão política, que pertence somente ao legislador federal, razão pela qual não há motivo para o Poder Executivo querer inovar ou repristinar.

Portanto, não resta dúvida de que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, havia sido totalmente ab-rogado tacitamente pela nova disciplina jurídica do tema estabelecida pelo CPI de 1971, que tratou de dispor da matéria em sua integralidade.

Mas, não é só, pois sob o ângulo de abordagem da teoria da recepção constitucional, melhor sorte não se verifica, ainda que se busque a interpretação conforme a Constituição.

Vale lembrar que o contexto político existente no País por ocasião da edição dos Decretos-Lei nºs 2.679, de 07.12.1940, nº 7.903, de 27.08.1945 e nº 8.933, de 26.01.1946, foi marcado pela total restrição aos Poderes, uma vez que o artigo 178 da Constituição de 1937 havia dissolvido a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e as Assembleias Legislativas dos Estados, além das Câmaras Municipais, de modo que não cabe discutir aqui o porquê de os referidos diplomas normativos terem sido editados sob a forma de decreto-lei, até porque a carreira dos Contadores foi totalmente disciplinada por essa espécie de diploma normativo, porém com conteúdo válido.

Posteriormente, a Constituição de 1946, de 18.09.1946, espancou qualquer dúvida a respeito da necessidade de fixação dos requisitos profissionais apenas por meio de lei, na forma de seu artigo 141, § 14, *in verbis*:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 § 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. (destacamos)

Afigura-se evidente que o Decreto-Lei nº 9.295, de 27.05.1946, que dispôs sobre os qualificativos ao exercício do ofício de Contador, foi recepcionado, porque adequado às máximas da Constituição de 1946. Entretanto, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, nunca poderia sê-lo porque é totalmente vazio de normas a respeito dos requisitos profissionais do ofício de agente da propriedade industrial.

Consequentemente, uma vez perdida a condição de vigência por ausência de supedâneo constitucional, as normas do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, tornaram-se estranhas ao ordenamento jurídico nacional vigente e, pela mesma razão, não há suporte para acolher a tese de que esse diploma normativo teria sido recepcionado pela Ordem Constitucional atual.

Insista-se que aqueles que afirmam a vigência do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, agora com supedâneo no Texto Magno de 1988, partem de pressuposto equivocado, uma vez que admitem a possibilidade de manutenção da delegação de competência destinada à fixação dos qualificativos profissionais. Entretanto, a insistência dessa prática de transferência, sob a égide do atual ordenamento constitucional, há de ser inevitavelmente qualificada pela inconstitucionalidade, pois está a malferir o princípio da legalidade sob o aspecto da reserva legal, tendo em vista que o Poder Legislativo federal seria usurpado de sua função legislativa.

De outra parte, o instituto da recepção constitucional pressupõe a existência de norma jurídica válida no bojo do ordenamento jurídico anterior. No entanto, conforme visto, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, já não conseguia retirar a sua validade do sistema anterior, de forma que não poderia ser confrontado com a Constituição de 1988.

A lição do Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso¹⁶ estabelece:

Uma norma incompatível com a Constituição poderá sempre ensejar um juízo de inconstitucionalidade. A rigor doutrinário, tal juízo não sofre condicionamento de natureza temporal, podendo recair sobre a lei anterior ou sobre lei posterior. Isso porque o que induz à inconstitucionalidade é a incompatibilidade, independentemente do momento em que se verifica. Esta poderá ser contemporânea ao nascimento da lei ou superveniente, na hipótese de alteração do preceito constitucional.

Isso autoriza admitir que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não tinha validade para o sistema estabelecido pela Carta de 1937, nem tampouco obteve o seu ingresso no sistema jurídico nacional baseado na Constituição Federal de 1946. Pois, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁷, “a validade de uma norma depende do ordenamento no qual está inserida”. Mais ainda, como pontifica Norberto Bobbio¹⁸ “a pertinência de uma norma a um ordenamento é aquilo que se chama validade”.

Resulta claro, portanto, que o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não conseguiria transmutar-se em norma válida no atual ordenamento implantado pela Constituição da República de 1988, devido à impossibilidade de norma constitucional superveniente validar normas legislativas inconstitucionais.

Nessa hipótese ocorre a situação elucidada pelas palavras de Jorge Miranda¹⁹ que esclarece que: “Inversamente, se a norma legislativa era contrária à Constituição antes da revisão (embora não declarada inconstitucional) e agora fica sendo conforme à nova norma constitucional, nem por isso é convalidada ou sanada: ferida de raiz, não pode apresentar-se agora como se fosse uma nova norma, sob pena de se diminuir a função essencial da Constituição”. E, mais além acrescenta: “A Constituição não convalida, nem deixa de convalidar; simplesmente dispõe ex novo.”

Além disso, o professor Jorge Miranda chega até mesmo a admitir a subsistência do direito ordinário pretérito não contrário à nova ordem constitucional. Todavia, entende que podem se beneficiar dessa interpretação tão somente: “as normas do Direito anterior que não tinham cessado a sua vigência ao tempo da Constituição velha (...)”.²⁰

Destarte, seria lícito concluir que, para ser um agente da propriedade industrial, é suficiente ser brasileiro, ter alcançado a maioria, estar no exercício de direitos políticos e possuir idoneidade moral. Apenas isso. Pois, de acordo com o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, nada mais é necessário, não há previsão de nenhum outro requisito técnico profissional mínimo. Logo, todos os cidadãos podem exercer a profissão, conforme pede o Ministério Público Federal em sua petição inicial.

Diante dessas considerações, não há lugar para o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, no atual ordenamento jurídico brasileiro.

16 *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 77.

17 *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, Atlas, 1993, p. 164..

18 *Teoria do Ordenamento Jurídico*, São Paulo, p. 60.

19 *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 3a edição, Coimbra Editora, 1996, p. 277 e 280.

20 *Op. cit.*, p. 281.

Dessa forma, urge reconhecer que a ordem jurídica nacional padece de um diploma legal sobre os agentes da propriedade industrial, que atenda ao determinado pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XIII, fixando os atributos profissionais, no intuito de garantir a efetividade do princípio da reserva legal, uma das feições do princípio constitucional da legalidade.

8) A invalidade das normas infralegais sobre a atividade de agente da propriedade industrial

Diante do que já foi exposto, é de clareza ímpar que todas as normas infralegais que estabeleçam requisitos ou qualificativos profissionais, inclusive para os agentes da propriedade industrial, são desprovidas de legalidade, pois, ao se apropriar de competência destinada exclusivamente ao Poder Legislativo federal, ferem o princípio constitucional da reserva legal.

No presente caso, essa circunstância fica evidenciada pela análise da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, e das Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008, bem como aquelas que foram editadas pelo INPI após a concessão da antecipação dos efeitos da tutela judicial por da decisão de fls. 610/613v, confirmada pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que indeferiu o efeito suspensivo e, posteriormente, negou provimento aos agravos de instrumento interpostos, conforme as decisões proferidas nos autos dos recursos do INPI, a fls. 1326/1330v, da UNIÃO, a fls. 1339/1343, e da ABAPI, a fls. 1390/1393v e 1394/1398.

Vamos a elas.

Conforme já foi referido por ocasião do esboço normativo, a partir da criação do denominado CPI, por meio da Lei nº 5.772, de 21.12.1971, ocorreu uma alteração significativa nos procedimentos relacionados ao peticionário de marcas e patentes perante o INPI, retornando-se à sistemática dos primórdios, nos anos vinte, criada pelo Decreto nº 16.264, de 19.12.1923, que não previa a figura do agente da propriedade industrial.

Da mesma forma que a atual LPI, o CPI de 1971 não fazia referência a figura dos procuradores, de modo que poderiam ser advogados, os próprios agentes da propriedade industrial, porém não com exclusividade, pois, além deles, outros procuradores poderiam ser nomeados pelos inventores ou seus herdeiros.

Nessa época, ensina o professor Newton Silveira²¹, era livre a atuação perante o INPI para o peticionamento. Segundo esclarece:

Durante a vigência do Código da Propriedade Industrial de 1971, a atividade de representação perante o INPI esteve aberta a todos. À época, essa abertura foi providencial, pois a atividade estava restrita a certos grupos corporativos que, como verdadeiros cartórios, monopolizavam o exercício da profissão. Outro cunho da Lei de 1971 foi seu enfoque tendenciosamente nacionalista, o que trouxe como efeito a polarização dos usuários do sistema. As empresas estrangeiras se concentraram junto a um pequeno número de escritórios que defendiam seus interesses, muitas vezes legítimos. As empresas nacionais, sem pensar nos desafios da globalização, passaram a se servir de pequenos agentes, escolhidos exclusivamente pelo critério do menor preço (critério esse utilizado pelos órgãos públicos de pesquisas, através de concorrência). Embora o sistema internacional de propriedade industrial tenha se adaptado aos novos desafios, esse terceiro pé do tripé permanece tão antiquado e conservador como se estivéssemos no início do século.

21 Artigo Prof. Newton Silveira - São Paulo, março de 2001. Endereço eletrônico <http://www.ibpi.org.br/>. Acesso em 21.06.2014.

Evidencia-se na prática o que foi referido no escorço conduzido pela interpretação sistemática. Em resumo, nos anos setenta, o sistema legal brasileiro deixou de prever, após a edição do CPI de 1971, a figura do agente da propriedade industrial, enquanto profissão reconhecida, com qualificativos técnicos especiais. Provavelmente, por essa razão, o trabalho das Associações²² foi intenso, até porque se haveria que prestigiar uma categoria que contribuiu com o desenvolvimento da propriedade industrial no Brasil, razão por que foi feito um trabalho destinado ao reconhecimento da profissão, mas, infelizmente, esse esforço não foi realizado perante o Poder Legislativo, o guardião constitucional de todas as profissões. Procurou-se o amparo do Poder Executivo que, mesmo sem possuir as competências alardeadas, delegou-as ao INPI, fazendo-o por meio de norma infralegal e, como não poderia deixar de ser, inconstitucional.

Portaria nº 32, de 19/03/1998 – Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo

Com o alardeado propósito de proteger os usuários do sistema de propriedade industrial e conceder, novamente, a exclusividade do peticionário perante o INPI aos agentes da propriedade industrial, o Exmo. Senhor Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, baixou a *Portaria nº 32, de 19/03/1998*, delegando competência ao INPI para a concessão de autorização de exercício da função, bem como para fins de fixar o Cadastro dos Agentes da Propriedade Industrial, dispendo *in verbis*:

Art. 1º - É delegada competência ao Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI para a concessão de autorização para o desempenho da função de Agente da Propriedade Industrial, nos termos do arts. 4º a 12 do Decreto-Lei nº 8.933/46.

Art. 2º - Fica assegurado o direito à habilitação das pessoas físicas que praticam atos perante o INPI até a data da publicação da presente Portaria, devendo o Presidente do INPI expedir norma fixando prazo para o seu cadastramento, sob pena de perda do direito.

Art. 3º - As sociedades compostas exclusivamente de Agentes da Propriedade Industrial ou

22 “Primeiro foi a assinatura do Trade-Related Intellectual Property Rights, o TRIPS, em 1994, que é atualmente o principal pacto internacional na área de marcas e patentes, congregando 127 países. Dois anos depois, foi a vez do novo Código da Propriedade Industrial, certamente um dos mais avançados que existem hoje no mundo. *Finalmente, em março deste ano, foi a vez da volta da exclusividade no procuratório, colocando um termo final ao hiato de 25 anos.*

(...) O reconhecimento da profissão

No bojo dessa ampla redefinição da política nacional para a área da Propriedade Industrial é que a profissão de agente foi novamente reconhecida institucionalmente. Desde a promulgação da nova Constituição, a ABAPI havia mudado de tática. Suas articulações estavam voltadas para o Executivo, visando o reconhecimento da validade do Decreto-lei nº 8.933/46. As negociações, no entanto, haviam sido dificultadas pela grande alternância nos cargos de mando aos quais estava submetida a Propriedade Industrial.

Luiz Antônio Ricco Nunes, presidente da ABAPI em 1990 e 1991, descreve em linhas gerais esse processo. Ele e Peter Siemsen realizaram diversos entendimentos com o então ministro Roberto Cardoso Alves, que estava receptível à proposta, mas logo o governo do presidente Sarney terminou. Sob o governo Collor de Mello, o INPI mudou do Ministério da Indústria e Comércio para o Ministério da Justiça, o que voltou a interromper as negociações.

Assumiu o Ministério da Justiça Bernardo Cabral. Mas, quando a tramitação caminhava para um desfecho favorável, o ministro pediu demissão. O mesmo quadro ocorreu na gestão do ministro Jarbas Passarinho. Já seu sucessor, Célio Borja, teve suas atenções polarizadas pelo processo de impeachment do presidente Collor de Mello. Na presidência de Itamar Franco, o INPI voltou a integrar o Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, ocupado pelo ministro Andrade Vieira. Foi um período difícil, em que a questão não conseguiu avançar. O mesmo ocorreu no período da ministra Dorothea Werneck, já no governo de Fernando Henrique Cardoso.

Finalmente, com a chegada ao ministério de Francisco Dornelles é que a tramitação foi coroada com a assinatura da Portaria nº 32, de 19 de março de 1998, e a exclusividade no procuratório foi restabelecida.

A demorada vitória mereceu grande comemoração. Em 5 de maio de 1998, no Rio de Janeiro Country Club, a diretoria da ABAPI ofereceu ao ministro Dornelles uma grande recepção, com participação maciça dos agentes. Em seu discurso de agradecimento, a presidente Lilian de Melo Silveira destacou o longo caminho que a classe percorreu para chegar ao desenlace feliz. Recorrendo ao grande teórico Alberto Elzaburu, a presidente destacou a importância social dos agentes: “uma profissão antiga e ilustre... que responde a uma missão social”. Endereço eletrônico <http://www.abapi.org.br/pdfs/livros/abapi50anos9.pdf>. (grifamos)

advogados (Decreto-Lei nº 8.933/46, arts. 3º, II e III, e 8º) poderão ser inscritas e credenciadas como Agentes da Propriedade Industrial.

Art. 4º - Somente poderão ser consideradas habilitadas ou inscritas, na forma dos arts. 2º e 3º desta portaria, as pessoas físicas e jurídicas que atenderem aos requisitos constantes do Decreto-Lei nº 8.933/46, especialmente art. 4º, § 2º, e art. 8º.

Art. 5º - Caberá ao Presidente do INPI expedir normas para habilitação ou inscrição futura de pessoas físicas e jurídicas que desejem praticar atos como procuradores de terceiros perante o INPI.

Art. 6º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Ora, como já mencionado, o Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não dispunha sobre os qualificativos profissionais, de forma que a delegação prevista no artigo 1º da Portaria nº 32, de 19.03.1998, é vazia e não se presta a atender à norma constitucional do inciso XIII do artigo 5º, que exige a observância da reserva legal.

Veja-se que a delegação somente poderia se restringir aos poderes do então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, que consistiam em, apenas e tão somente, conceder - autorização – para o trabalho, nos seguintes termos:

Art. 4º A autorização para, o desempenho da função de Agente da Propriedade industrial será concedida pelo Ministro do Trabalho, indústria e Comércio. depois de prestados, pelos interessados, provas de habilitação. (DI 8.933/46)

Aliás, a delegação quanto às instruções para realizar as avaliações para o ofício já existia. O § 1º do referido artigo 4º previa que o Diretor Geral do DNPI devia fixá-las anualmente, nos seguintes termos:

§ 1º - As instruções reguladoras das provas referidas neste artigo, serão baixadas anualmente pelo Diretor Geral do Departamento. (DL 8.933/46)

Portanto, o Ministério da Indústria, Comércio e Turismo delegou ao Presidente do INPI, por meio da Portaria nº 32, de 19/03/1998, tão só a tarefa de autorizar o exercício do agente da propriedade industrial, nada mais, até porque nunca recebeu do legislador federal mais do que essa atribuição, e nem poderia, sob pena de negar efetividade à Constituição. Além disso, o antigo DNPI já cuidava da realização das provas.

Mas, no que diz respeito estritamente aos qualificativos profissionais necessários, não há qualquer indício de norma legal válida que disponha sobre a referida profissão do agente da propriedade industrial. O que existe, insista-se mais uma vez, restringe-se a posturas que são esperadas de todos os brasileiros como idoneidade moral e pleno exercício dos direitos, o que não se pode admitir como um mínimo de expertise técnica.

Dessa forma, quando o artigo 4º da Portaria nº 32/1998 remete para a observância, por pessoas físicas e jurídicas, dos “requisitos constantes do Decreto-Lei nº 8.933/46, especialmente art. 4º, § 2º, e art. 8º”, acaba por alçar voo no vazio, onde não se encontra nenhum requisito. Veja-se o teor da pretensa base legal que constitui o cerne da tese defendida pelos Requeridos:

Art. 4º (...)

§ 2º São aptos para requerer a inscrição, com o objetivo de que trata este artigo, os brasileiros, maiores de 21 anos, que se encontrarem em pleno gozo de seus direitos civis e políticos, provados esses requisitos, tem assim a idoneidade moral, mediante documentos autênticos.

.....

Art. 8º: Como Agente poderá: inscrever uma entidade com personalidade jurídica e, nesse caso, os respectivos componentes deverão possuir a qualidade prevista nos incisos II e III do art. 3º deste Decreto-Lei.

Ato Normativo nº 141, de 06.04.1998 - INPI

Imediatamente, em cumprimento à referida Portaria nº 32/1998, a Presidência do INPI expediu o Ato Normativo nº 141, de 06.04.1998, que, em seu artigo 1º, dispõe:

1. São consideradas habilitadas ou inscritas para o exercício da profissão de Agente da Propriedade Industrial, na forma do art. 4º do Decreto-Lei nº 8.933, de 26 de janeiro de 1946, as pessoas físicas e jurídicas que satisfaçam os requisitos do referido diploma legal, desde que tenham praticado atos perante o INPI até 24/03/1998, data da publicação da Portaria nº 32, de 19 de março de 1998, do Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo. Parágrafo Único - São os seguintes os requisitos do Decreto-Lei 8.933/46:

- com relação à habilitação das pessoas físicas (art. 4º, § 2º):

ser brasileiro;

ser maior de 21 (vinte e um) anos;

estar em pleno gozo de seus direitos civis e políticos; e

ser moralmente idôneo.

- com relação à inscrição das pessoas jurídicas (art. 8º):

possuir como sócios exclusivamente pessoas físicas que sejam Agente da Propriedade Industrial ou advogado.

Assim, o INPI pôs em prática a determinação do Ministério contida no artigo 2º da Portaria MIC nº 32/1998, autorizando o cadastro, como agentes da propriedade industrial, independentemente de quaisquer requisitos, de todos aqueles que estavam atuando perante o INPI até 06.04.1998, data da publicação do Ato Normativo nº 141, de 06.04.1998.

Porém, como visto, desde 1971, quando editado o CPI, hoje sucedido pela LPI, não havia a exigência de “habilitação especial” para atuação perante o INPI, pela simples razão de que o Instituto havia entendido como revogada essa necessidade por ausência de lei. Assim, decorridos 27 (vinte e sete) anos, como admitir que os profissionais se encontravam realmente “habilitados”? E quais seriam essas habilidades especiais que lhes garantiria o ofício, a partir de então, com exclusividade? A norma do artigo 2º da Portaria nº 32/1998, silenciou, apenas referindo que:

Art. 2º - Fica assegurado o direito à habilitação das pessoas físicas que praticam atos perante o INPI até a data da publicação da presente Portaria, devendo o Presidente do INPI expedir norma fixando prazo para o seu cadastramento, sob pena de perda do direito.

Ato Normativo nº 142, de 25.08.1998 - INPI

No mesmo ano, foi editada também pela Presidência do INPI o Ato Normativo nº 142, de 25.08.1998, promulgando o Código Profissional do Agente da Propriedade Industrial, que, posteriormente, foi republicado pela Resolução INPI nº 195/2008, de 21.11.2008, e, ainda, renovado pela Resolução nº 04/2013, de 18.03.2013, esta última em descumprimento à ordem judicial contida na medida liminar concedida nesta ação civil pública.

Em seu artigo 1º, parágrafo único, o referido Código estabelece os preceitos de conduta àqueles que somente podem obter o título de agente da propriedade industrial se habilitado perante o INPI, nos seguintes termos:

1. O exercício da profissão de Agente da Propriedade Industrial exige conduta compatível com os preceitos deste Código, e com os preceitos e princípios da boa e leal concorrência, além dos demais princípios da moral individual, coletiva e profissional.

Parágrafo Único: O título de Agente da Propriedade Industrial é de utilização exclusiva dos profissionais habilitados perante o INPI, nos termos do Ato Normativo nº 141/98.

Dentre as regras, que são repetidas nos diplomas seguintes, é imperioso mencionar a fragilidade do Código de Conduta no que diz respeito à possibilidade de conflito de interesses, cujo tratamento passa ao largo do que pode ser considerado eticamente correto, para dizer o mínimo.

Segundo o disposto no artigo 9º, não haveria conflito de interesse se um agente da propriedade industrial prestar serviços para dois inventores concorrentes, que estejam, por exemplo, a buscar a prioridade no registro da patente de invenção, pois referida norma somente vislumbra a possibilidade de mácula à ética no caso de representação, simultânea, no mesmo processo, assim dispondo, *in verbis*:

9. O Agente da Propriedade Industrial ou os agentes integrantes da mesma sociedade profissional de Agentes da Propriedade Industrial, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não devem representar junto ao INPI, em um processo específico, simultaneamente, clientes em conflito de interesse.

O professor Newton Silveira²³ foi incisivo ao comentar o dispositivo, pontuando tratar-se de norma absolutamente inócua.

Resolução INPI Nº 194/2008, de 21.11.2008

A referida Resolução INPI nº 194/2008 criou normas sobre habilitação e cadastramento dos agentes da propriedade industrial, invocando, para tanto, o “exercício das suas atribuições legais, em conformidade com o disposto no art.4º do Decreto-Lei nº 8.933, de 26 de janeiro de 1946 e a delegação de competência conferida pela Portaria nº 32, de 19 de março de 1998, do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo”.

A tentativa de fundamentar o exercício das atribuições no Decreto-Lei n 8.933, de 26.01.1946, não encontra amparo jurídico válido, por tudo o que já foi exposto, mesmo porque a regra do *caput* do artigo 4º prevê apenas e tão somente que “A autorização para, o desempenho da função de Agente da Propriedade industrial será concedida pelo Ministro do Trabalho, indústria e Comércio. depois de prestados, pelos interessados, provas de habilitação”, cabendo

23 “O Ato Normativo INPI nº 142, de 25 de agosto de 1998, que instituiu o Código de Conduta Profissional do Agente da Propriedade Industrial, estabelece em seu Artigo 9º: “O Agente da Propriedade Industrial ...”. Quando a ABAPI preparou o anteprojeto do Código de Conduta, não havia o trecho acima grifado. O texto rezava que “o Agente... ou os Agentes... não devem representar junto ao INPI clientes em conflito de interesses.” Inexplicavelmente, no Ato Normativo foi acrescentado: “em um processo específico, simultaneamente.” Esse acréscimo tornou absolutamente inócua a proibição da representação em conflito de interesses (...). Ao que consta, não houve qualquer protesto da ABAPI contra esse acréscimo.” Artigo eletrônico Prof. Newton Silveira - São Paulo, março de 2001. Endereço eletrônico: <http://www.ibpi.org.br/acesso>

ao INPI, na forma do § 1º, as instruções reguladoras das avaliações.

O que deve ser avaliado? Quais os atributos imprescindíveis ao exercício da atividade? Ninguém sabe ao certo. O INPI pode ser brando e, dessa forma, avaliar os atributos em língua portuguesa ou, ao seu bel prazer, requerer conhecimentos sobre energia solar fotovoltaica ou noções sobre biocombustíveis de organismos geneticamente modificados, o que poderia inviabilizar por completo a atividade.

Porém, o que se afigura claro como o dia, é que não se sabe o que é necessário para ser agente da propriedade industrial; tanto é assim, que o INPI, por meio da Resolução INPI nº 194/2008²⁴, após mencionar no artigo 1º os requisitos genéricos aos cidadãos, refere no artigo 2º que os cidadãos serão avaliados para fins de “comprovar a sua capacitação técnico-profissional, independente da área de atuação”.

Ora, comprovar capacitação significa demonstrar ter habilidade, expertise, aptidão para um trabalho específico. Como se pode, então, falar em habilitação “independente da área de atuação”? Seria o mesmo que dizer que o cidadão pode fazer de tudo, qualquer ofício, qualquer trabalho. Isso evidencia, a *contrario sensu*, que, de fato, além de a lei não ter criado a obrigatoriedade de capacidade especial para exercer o ofício de agente da propriedade industrial, as normas infralegais também não o fizeram.

Quanto às pessoas jurídicas, por sua vez, elas serão consideradas aptas se o quadro societário for constituído de agentes da propriedade industrial e advogados, na forma do artigo 4º c/c 6º da Resolução INPI nº 194/2008, após a análise por “Comissão constituída pelo Presidente do INPI, exclusivamente para verificar o atendimento às condições de habilitação”.

Entretanto, essa não é a atribuição do INPI, conforme se verifica do artigo 2º da Lei nº 9.279, de 14.05.1996.

Essa perplexidade ocorre porque o legislador federal não exerceu a sua competência para legislar sobre o assunto, ou seja, sobre as habilidades técnicas. Mas, não é só isso. O Congresso Nacional também não dispôs sobre a criação de contribuições consistentes nas anuidades devidas pelos agentes da propriedade industrial. Não obstante, o INPI o fez por meio dos artigos 9º a 12 da Resolução nº 194/2008, que dispõe:

Art. 9º O recolhimento da retribuição da anuidade, relativa à matrícula de agente da propriedade industrial, será devido até o dia 31 de março de cada ano.

Art. 10. A anuidade deverá ser recolhida pelo valor atribuído na Portaria do Exmo. Senhor Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em vigor na data do pagamento.

.....
 Art. 12 O não pagamento da anuidade ou a sua não comprovação acarretará na suspensão temporária do exercício das atribuições na função de agente da propriedade industrial.

Cuidam-se de regras totalmente desprovidas de respaldo legal, pois estão a malferir o princípio constitucional da legalidade tributária, esculpido no artigo 150, inciso I, da Constituição, conforme já decidido pelo Egrégio Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal,

24 “Art. 1º Estão aptos à habilitação e ao cadastramento na função de agente da propriedade industrial perante o INPI, os brasileiros maiores de 18 (dezoito) anos de idade ou emancipados, com ilibada reputação ética, que se encontrem no pleno gozo de seus direitos civis e políticos e os estrangeiros, maiores de 18 (dezoito) anos de idade ou emancipados, desde que residentes no Brasil, em situação regular, com ilibada reputação ética e que se encontrem em pleno gozo dos seus direitos civis.

Art.2º A habilitação e o cadastramento de que trata o artigo anterior se dará mediante a aprovação em Exame Público, convocado pelo INPI por meio de Edital, a ser publicado no Diário Oficial da União e divulgado na Revista Eletrônica da Propriedade Industrial – RPI, a fim de comprovar a sua capacitação técnico-profissional, independente da área de atuação”.

a unanimidade, nos termos do voto do Insigne Ministro CARLOS VELLOSO, no MS 21797²⁵, bem assim conforme o entendimento do Insigne Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, no ARE-AgR-segundo 640937²⁶, 23.08.2011.

Além disso, ainda que se cogite a modificação do entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre a natureza jurídica tributária das contribuições profissionais, visto que foi reconhecida, pelo E. Plenário, a Repercussão Geral no ARE 641243, da relatoria do Insigne Ministro DIAS TÓFFOLI, a matéria aqui discutida não se amolda aos estreitos limites do assunto sob a análise da Colenda Corte Constitucional, pois no presente feito há que ser apreciada sob a ótica da competência do INPI para agir na qualidade de conselho profissional, bem como o seu direito de arrecadar contribuições.

Por essa razão, insista-se, não se verifica a necessidade de suspensão do presente feito quanto à questão das referidas cobranças, já que não se cuida de discussão acerca de sua natureza jurídica tributária, mas, antes disso, diz respeito à possibilidade de o INPI exigir tais pagamentos, pois não foi criado para tanto, não recebeu essa atribuição por lei, nem tampouco foi constituído sob a configuração de Conselho Federal ou Conselho Regional com funções de fiscalizar a profissão.

A avaliação da cobrança de contribuições dos agentes da propriedade industrial se faz necessária também porque a Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, revendo anteriores, instituiu nova tabela de retribuições, mencionando os serviços de Programas de Computador e impressos e publicações, embora tenha fixado retribuições para todos os demais serviços prestados pelo INPI. A base legal para a exigência quanto aos serviços está em parte assentada pelo artigo 228, da LPI, Lei nº 9.279, de 14.05.1996, que dispõe *in verbis*:

Art. 228. Para os serviços previstos nesta Lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o INPI.

Além da regra genérica do artigo 228, a LPI estabeleceu, em seus artigos 19, 28, 33, 38, 76, 78, 84 a 88, 101, 108, 120, 133, 161, 162, 218 e 219, os serviços específicos para os quais será devida a cobrança das retribuições. Entretanto, não há, dentre esses artigos ou em norma legal válida, qualquer menção que conceda respaldo às cobranças relativas às retribuições dos agentes da propriedade industrial, que são exigidas de modo a afrontar os valores da segurança jurídica e da justiça tributária, pois maculam os princípios da legalidade tributária e da reserva de lei, bem assim a máxima da igualdade tributária, conforme o artigo 150, incisos I e II, do Texto Magno.

25 “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. (...)IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.” (MS 21797, Plenário, decisão 09.03.2000)

26 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II – O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III – Agravo regimental improvido”. (Segunda Turma, decisão 23.11.2011)

Registre-se que a Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, na parte que toca às retribuições dos agentes da propriedade industrial, além de não gozar de fundamento legal ou constitucional, assim como ocorre com a Resolução INPI nº 194/2008, busca de forma oblíqua viabilizar a manutenção desta última, que se encontra *sub judice* nesta Ação Civil Pública na qual foi proferida decisão concessiva da medida liminar suspendendo os seus efeitos, de modo que é forçoso admitir que o INPI está a propagar a ilegalidade da referida resolução, insistindo em descumprir ordem judicial.

Dessa forma, é de rigor afastar a aplicação da Resolução INPI nº 194/2008, pois eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade, bem assim a parte da Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, no que se refere aos valores para cobrança de retribuições, conforme segue:

SERVIÇOS RELATIVOS AO CADASTRAMENTO DE AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (API)			
Código	Descrição do serviço	Retribuição	Retribuição com desconto
901	Solicitação para cadastramento de agente da propriedade industrial	375,00	-
902	Anuidade de agente da propriedade industrial	190,00	-
903	Restauração de agente da propriedade industrial Pagamento no valor total da(s) anuidade(s) atrasada(s) acrescida(s) de taxa de restauração cujo valor corresponderá à metade do total da(s) taxa(s) de anuidade(s) atrasada(s)	Variável	-
906	Exame para habilitação de agente da propriedade industrial	190,00	-
909	Cumprimento de exigência e/ou esclarecimento	Isento	Isento

Resolução INPI N° 195/2008, de 21.11.2008

A Resolução INPI nº 195/2008 tratou de promulgar o “Código de Conduta e Ética Profissional do Agente da Propriedade Industrial”, tudo com fundamento nas atribuições que lhe teriam sido oferecidas pelo multicitado Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, revogando, assim, o disposto pela Resolução INPI nº 142/1998.

Porém, está a padecer dos mesmos problemas no que tange à ausência de atribuições para criar uma titulação profissional, conforme estabelece no parágrafo único de seu artigo 1º:

O título de Agente da Propriedade Industrial é de utilização exclusiva dos profissionais habilitados perante o INPI, nos termos do Ato Normativo nº 141/98.

Além disso, repisa a questão do conflito de interesses entre os inventores ou pretendentes ao registro de marcas, sem solucioná-lo, pois o artigo 9º foi reeditado com praticamente a mesma redação, *in verbis*:

9. O agente da propriedade industrial ou os agentes integrantes da mesma sociedade profissional de agentes da propriedade industrial reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, *não devem representar junto ao INPI, em um processo específico, simultaneamente, clientes em conflito de interesse.* (grifamos)

Destaque-se que nem mesmo os Senhores Advogados são autorizados a patrocinar interesses conflitantes entre dois clientes. Essa prática foi vedada pelas normas dos artigos 17 e 18 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis*:

Art. 17. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, *não podem representar em juízo clientes com interesses opostos.*

Art. 18. Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional. (grifamos)

Dessa forma, o artigo 9º do Código de Ética proposto pelo INPI alcança o absurdo de permitir que os agentes da propriedade industrial atuem no peticionamento de dois clientes concorrentes, e, por estarem de posse de informações imprescindíveis à prioridade do registro da patente podem, em tese, escolher qual o cliente preferem privilegiar, chegando a ponto de ter o poder de eleger, antes mesmo do INPI, quem tem o direito à proteção da invenção e, portanto, à patente, mediante a realização do depósito do inventor que lhe aprouver.

Isso vai de encontro à tentativa de o INPI defender a carreira do agente da propriedade industrial mediante a apresentação de documentos que demonstram a ocorrência de supostas irregularidades, decorrentes da atuação de profissionais não habilitados. Ao contrário, uma das maiores fraudes ao sigilo das informações, inerente ao âmbito da propriedade industrial, pode ser praticada pelos profissionais cadastrados com o aval do Código de Ética do INPI, que veda somente a atuação na defesa de dois inventores – simultaneamente – num mesmo processo, o que por si só pode ser considerado inconveniente.

Resolução INPI Nº 04/2013, de 18.03.2013

PRESIDÊNCIA - 18/03/2013

RESOLUÇÃO - Nº 04/2013

Assunto: *Promulga o Código de Conduta e Ética Profissional do Agente da Propriedade Industrial.*

O Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI no exercício das suas atribuições legais, em conformidade com o disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 8.933, de 26 de janeiro de 1946 e a delegação de competência conferida pela Portaria nº 32, de 19 de março de 1998, do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, publicada no Diário Oficial da União de 24 de março de 1998.

RESOLVE:

Promulgar o Código de Conduta e Ética Profissional do Agente da Propriedade Industrial, contendo os princípios gerais relativos à ética e à conduta no exercício da função de agente da propriedade industrial.

A Presidência do INPI editou a Resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013, em total e absoluto descaso com o teor da decisão concessiva da medida liminar, confirmada pelo Colendo

Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que determinou a suspensão da Resolução INPI N° 195/2008, de 21.11.2008, e de outras normas do INPI que tivessem respaldo no Decreto-Lei n° 8.933, de 26.01.1946.

Na verdade, a Resolução INPI n° 04/2013 é cópia reeditada da Resolução n° 195/2008, evidenciando, assim, a curiosa postura no INPI no sentido de usurpar as competências não somente do Poder Legislativo, mas, também, do Poder Judiciário.

Veja-se que o artigo 46 da Resolução n° 195/2008 havia revogado o Ato Normativo n° 142/98 e a Resolução 138/2007, o qual havia recebido exatamente a mesma redação pela Resolução 04/2013, *in verbis*:

Art. 46 Esta Resolução entra em vigor em todo o território nacional, na data de sua publicação, revogadas as disposições contidas no Ato Normativo 142/98 e na Resolução n° 138/2007 do Presidente do INPI, cabendo ao INPI promover sua ampla divulgação na Revista Eletrônica da Propriedade Industrial – RPI e no portal do INPI, na Internet.

Ora, não foi mencionada a revogação da Resolução n° 195/2008 simplesmente porque seu texto se encontra suspenso pela ordem judicial que antecipou os efeitos da tutela (fls. 610/613v). Assim, para impor burla à suspensão, foi editada nova Resolução INPI 04/2013 com os mesmos vícios, formais e materiais, razão por que também deve ser afastada.

Resolução INPI N° 196/2008, de 21.11.2008

Por meio da Resolução INPI n° 196/2008, de 21.11.2008, foram estabelecidas as regras para a realização do Exame Público de Habilitação na função de Agente da Propriedade Industrial.

O problema dessa resolução diz respeito ao estabelecimento da matéria de conhecimento a ser exigida do candidato ao cargo de agente da propriedade industrial, sem fundamento legal, pois a decisão quanto ao conteúdo da avaliação é puramente do INPI.

A despeito de dispor sobre o procedimento para o exame, a Resolução INPI n° 196/2008, de 21.11.2008, não encontra amparo legal no que diz respeito ao conteúdo a ser avaliado, pois o Decreto-Lei n° 8.933, de 26.01.1946, não trata de disciplinar qual ou quais os atributos mínimos são necessários ao exercício da profissão, de modo que o INPI exige o que lhe parece adequado, podendo, inclusive, alterar o conteúdo a ser examinado por meio de cada teste.

Ao proceder dessa forma, pela mera edição de novas resoluções impondo novos conteúdos, o INPI não somente fere o princípio da legalidade constitucional, mas, ainda, atenta contra o princípio da igualdade, na medida em que poderá avaliar de forma diferente cada candidato, criando critérios aleatórios de tratamento desigual ao exigir conhecimento de disciplinas ocasionalmente escolhidas, tudo em razão da ausência de lei dispondo sobre o assunto.

9) A estrita competência do INPI

Pelo que se aferiu, o INPI tem exercido atribuições muito além daquelas estabelecidas pelo Congresso Nacional.

Vale rememorar que a Lei n° 5.648, de 11.12.1970, ao criar o INPI, estabeleceu que a extinção do DNPI ficaria a cargo do Poder Executivo, conforme os seus artigos 1º e 7º, *in verbis*:

Art. 1º Fica criado o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal, vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio, com sede e foro no Distrito Federal.

Parágrafo único. O Instituto gozará dos privilégios da União no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Art. 7º A extinção do Departamento Nacional da Propriedade Industrial será promovida pelo Poder Executivo, ficando extintos os cargos e funções medida que forem aprovados os quadros ou tabelas próprios da autarquia criada por esta lei.

Parágrafo único. Extinto o Departamento Nacional da Propriedade Industrial as atribuições que lhe competiam passarão para o INPI. (destacamos)

Ao determinar a transferência das atribuições do DNPI ao INPI, a norma do artigo 7º, parágrafo único, poderia conduzir à conclusão apressada no sentido de que o INPI teria herdado a competência para disciplinar, organizar e controlar a carreira de agente da propriedade industrial. Essa premissa, no entanto, não é válida por diversas razões.

A primeira decorre da impossibilidade de o Poder Executivo disciplinar um trabalho, ofício ou profissão, o que, por certo, estaria a violar o princípio constitucional da separação de poderes.

Em segundo, porque ocorreu alteração da natureza jurídica do órgão da Propriedade Industrial, pois, enquanto DNPI pertencia à Administração Direta Federal, o INPI foi criado como autarquia federal, dotado de personalidade jurídica própria e que, por essa razão, deve ater-se ao estrito rol de suas finalidades legais relacionadas à proteção da propriedade industrial.

Acrescente-se que não é lícito dizer que o INPI teria herdado a competência do DNPI quanto à normatização de requisitos profissionais para assunção da qualificação de agente da propriedade industrial, até porque o DNPI nunca possuiu essa atribuição e não poderia transferir competência que nunca lhe pertenceu, visto que sempre coube ao legislador federal.

Ademais, a competência do INPI, a qual foi desde logo delimitada pela Lei nº 5.648, de 11.12.1970, na forma do artigo 2º, tanto na redação original como na atual dada pela Lei nº 9.279, de 14.05.1996, não compreende qualquer indicação de que caberia ao INPI a atribuição de normatizar uma profissão, criar um quadro de profissionais e, além disso, fiscalizá-los. Veja-se, *in verbis*:

Redação original revogada:

Art. 2º O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênio e acordos sobre propriedade industrial.

Redação atual dada pela Lei nº 9.279, de 14.05.1996:

Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Além disso, a lei que instituiu o INPI não dispôs sobre a vocação do Instituto para atuar como órgão de fiscalização profissional, nem tampouco autorizou a cobrança de taxas ou contribuições dos integrantes da carreira. Essas atribuições não se coadunam com a expressa letra do artigo 2º supracitado, conforme já mencionado.

Anote-se, ainda, que nenhum dos Regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo Federal, no exercício do direito de regulamentar, a saber, Decretos nº 68.104, de 22.01.1971, 5.147, de 21.07.2004, e 7.356, de 12.11.2010, dispôs sobre a estruturação de órgão ou setor no organograma do INPI cuja competência para tratar da fiscalização da carreira dos agentes da propriedade industrial.

De outra parte, os Requeridos chegam a invocar a atividade de outros órgãos da propriedade industrial pelo mundo. Todavia, não é lícito ao Poder Judiciário brasileiro conduzir sua prestação judicial por ordenamentos jurídicos alienígenas, já que deve guiar-se, necessariamente, pela abordagem dogmática, já que a sua função é extrair da ordem jurídica nacional a norma aplicável ao caso concreto, preenchendo as lacunas, se existentes, segundo o sistema legal previamente estabelecido.

Não obstante, apenas como exemplo, é possível mencionar o arquétipo utilizado pelos Estados Unidos da América, onde o organismo encarregado de emitir patentes em nome do governo federal é o United States Patent and Trademark Office – USPTO²⁷.

Essa citação não conduz o presente julgamento, pois o enfoque zetético, conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁸, é reservado ao Poder Legislativo, cuja função precípua é a inovação da ordem jurídica pátria, valendo-se, para tanto, dos princípios e leis de todas as ciências e todas as nacionalidades, ainda que atento às limitações formais e materiais impostas pela Constituição.

O USPTO é um órgão que se originou em 1802 e, tal qual o INPI, exerce as atribuições estabelecidas pelas leis de patentes, consistente na sua concessão propriamente dita, bem como no exercício de outras atribuições relacionadas à propriedade industrial, tendo recebido, ainda, a atribuição específica para o controle do trabalho dos advogados de patentes e agentes.

Atualmente, o USPTO tem mais de 6.500 funcionários, dos quais cerca de metade são examinadores com formação técnica e jurídica. Esse número de profissionais tem por atribuição a análise de mais de 450.000 pedidos por ano, dos quais, em 2011, cerca de 93% foram recebidos e arquivados eletronicamente, por meio do sistema de arquivamento eletrônico do USPTO, chamado EFS-Web. Embora seja facultada a apresentação do pedido de patentes em mídia papel, pelo correio ou pessoalmente, isso exigirá o pagamento de uma taxa adicional de US \$400,00 (quatrocentos dólares americanos), chamada de “taxa de depósito não-eletrônicos”.

Além disso, no que se refere ao peticionamento perante o USPTO, a lei federal fixa as regras gerais (*Title 37 - Code of Federal Regulations Patents, Trademarks, and Copyrights – Part 11*), especialmente, a qualificação dos agentes, que devem possuir diploma universitário na área de engenharia, ciências físicas ou equivalente, conforme se pode extrair das informações no do sítio do USPTO²⁹, do qual citamos o seguinte excerto:

A maioria dos inventores contrata os serviços de advogados de patentes registrados ou

27 Site do United States Patent and Trademark Office - USPTO: http://www.uspto.gov/patents/resources/general_info_concerning_patents.jsp

28 *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo. Atlas, 1993, p. 37.

29 *Attorneys and Agents*. Tradução livre. Endereço eletrônico: http://www.uspto.gov/patents/resources/general_info_concerning_patents.jsp

agentes de patentes. *A lei concede* ao Patent and Trademark Office, o poder de criar regras e regulamentos que regem a conduta e o reconhecimento dos advogados de patentes e agentes para a prática perante o Patent and Trademark Office. Pessoas que não são reconhecidas pelo Patent and Trademark Office para estas práticas não estão autorizadas pela lei a representar inventores perante o Patent and Trademark Office, que mantém um registo dos advogados e agentes. *Para ser admitido neste registo, uma pessoa deve respeitar os regulamentos prescritos pelo Instituto, que exigem que o candidato demonstre ter bom caráter moral e idoneidade e, ainda, que tenha as qualificações legais e científicas e técnicas necessárias* para realizar os pedidos. Algumas destas qualificações devem ser demonstradas pela aprovação em um exame. *Aqueles admitidos ao exame devem ter diploma universitário em engenharia ou ciências físicas ou o equivalente.* (destacamos)

Evidentemente, não se pode estabelecer paralelo entre o sistema legal brasileiro e o estadunidense, pois são fundados em diferentes bases constitucionais. Todavia, destaque-se que, nos Estados Unidos, há um mínimo de regramento legal necessário quanto à capacidade técnica para atuação perante o USPTO.

10) A inafastável observância do princípio da legalidade e da reserva legal para estabelecer qualificações profissionais

Por tudo o que foi exposto, há que ser acolhido o pedido do Ministério Público Federal, na medida em que não se afigura possível encontrar texto de lei válido contendo as habilidades técnicas necessárias ao exercício das atribuições de agente da propriedade industrial.

Nesse diapasão, o multicitado Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946, não representa a observância do princípio constitucional da legalidade e da reserva legal, pois, conforme o inciso XIII do artigo 5º da Constituição da República, é de rigor que somente a lei estabeleça as qualificações profissionais que autorizam o tratamento diferenciado no âmbito do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Entretanto, não é possível vislumbrar no bojo desse Decreto-lei a indicação de um ou mais requisitos técnicos capazes de delinearem o ofício dos agentes da propriedade industrial.

Além disso, a delegação de competência do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, por meio da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, ao INPI, não pode prevalecer, por configurar usurpação da competência do Poder Legislativo Federal, porquanto foi atribuída somente a ele, a função de proferir a decisão política no seio da sociedade sobre o estabelecimento de restrições ao exercício de uma profissão.

Essa problemática foi abordada por José Joaquim Gomes Canotilho³⁰ ao cuidar da discussão acerca das relações materiais entre a constituição e a lei, nas quais o legislador pode ser considerado:

- (1) como mero executor da lei constitucional;
- (2) como aplicador da constituição;
- (3) como conformador dos preceitos constitucionais.

Enquanto aplicador da constituição, o legislador, segundo Canotilho³¹:

³⁰ *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 216.

³¹ *Obra citada*, p. 217.

é órgão “nato e natural” da actividade legiferante destinada a dar aplicação aos preceitos constitucionais. A sua liberdade de actuação seria, desse modo, intrinsecamente mais ampla do que a da administração (que necessita sempre de autorização legal para a sua actividade) (...).

Além disso, segue o professor³², na hipótese de haver necessidade de lei como conformação da constituição:

o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar, comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de “ponderação”, de “avaliação” e de “escolha” implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade político criadora (...).

Assim, é próprio ao Estado Democrático de Direito a observância às esferas de atribuições entre os Poderes. Lembre-se de que a Colenda Corte Constitucional, por diversas vezes, manifestou-se no sentido de que cabe tão somente ao Poder Legislativo federal estabelecer restrições ao livre exercício de qualquer ofício e, de outra parte, prestigiou o entendimento segundo o qual a fixação de tais impedimentos ou limitações profissionais deve estar imbricada com a busca da protecção da sociedade, de tal forma que poderia ocorrer vedação ao exercício de certas actividades àquelas pessoas que não dominam determinadas habilidades técnicas.

É indubitável, portanto, que o direito consagrado no preceito do inciso XIII do artigo 5º da Constituição federal constitui verdadeira garantia constitucional, a qual pode ser restringida apenas nos casos em que o Poder Legislativo federal editar lei indicando a necessidade de habilidade especial.

Essa categorização revela não somente a máxima da legalidade, mas, também, a garantia da igualdade de todos perante a lei, admitindo-se a fixação de critérios de desigualação somente por norma legal.

Decorre, por conseguinte, de todo o exposto, que o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, no âmbito do Poder Executivo Federal, malferiu o princípio da legalidade e da reserva legal ao editar a Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, delegando poderes ao INPI para dispor sobre o ofício de agente da propriedade industrial.

Da mesma forma, o INPI, não obstante tenha demonstrado a intenção e o comprometimento com o exercício das atribuições para as quais foi criado pela Lei nº 5.648, de 11.12.1970, desbordou de sua alçada ao violar a competência do Poder Legislativo ao editar as Resoluções INPI nº 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008, e, além disso, agiu em desrespeito ao Poder Judiciário ao reeditar a resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013, com o mesmo texto da Resolução INPI nº 195, cuja aplicabilidade havia sido suspensa por meio da antecipação dos efeitos da tutela concedida neste feito, em flagrante violação à decisão judicial proferida por este Juízo e pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que a havia confirmado.

É de rigor, por essa razão, a fixação de multa nos termos dos artigos 11 e 13, da Lei nº 7.347, de 24.07.1987, no valor de R\$ 100.000,00 para cada ato normativo editado pelo INPI ou pela União, em descumprimento ao teor da decisão concessiva da antecipação da tutela judicial e da presente sentença.

Pelo exposto, evidencia-se a possibilidade de todos os cidadãos exercerem trabalho, ofício ou profissão para os quais não há limitação ou fixação de habilidades especiais, por meio de lei, inclusive para o ofício de agente da propriedade industrial.

³² *Obra citada*, p. 218.

Por fim, com relação à possibilidade de antecipação da tutela em sentença, o artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece como requisitos a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação e, alternativamente, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou a caracterização de abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Partindo-se de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com o objetivo primordial de garantir a efetividade máxima dos princípios constitucionais, verifica-se a verossimilhança das alegações do *Parquet* Federal, na forma da fundamentação supra, bem assim encontra-se evidenciado o perigo da ineficácia da medida, porquanto o INPI procedeu à edição de novos regramentos, a saber, a Resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013, e a Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, na parte relativa ao pagamento de retribuições aos Serviços Relativos ao Cadastramento de Agentes da Propriedade Industrial, códigos 901, 902, 903, 906 e 909, os quais evidenciam a tentativa de burlar os efeitos da decisão judicial concessiva da antecipação dos efeitos da tutela jurídica concedida no início do feito e confirmada pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Além disso, o Ministério Público Federal requereu a suspensão das demais normas que estivessem em desacordo com o preceito do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República.

Acerca da possibilidade de concessão da tutela antecipada na sentença, a jurisprudência é pacífica. Cite-se a esse respeito a manifestação da Colenda Segunda Turma do Egrégio do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 313576, da relatoria da Eminente Desembargadora Federal CECILIA MELLO³³, bem como o posicionamento da Egrégia Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Medida Cautelar nº 11402, que teve como Relator o Eminente Ministro FRANCISDO FALCÃO³⁴.

III – Dispositivo

Posto isso, julgo PROCEDENTE o pedido do Ministério Público Federal para declarar a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, e afastar a aplicação (a) do Decreto-Lei nº 8.933, de 26.01.1946; (b) da Portaria Ministerial nº 32, de 19.03.1998, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo; (c) das Resoluções INPI nºs 194/2008, 195/2008 e 196/2008, todas de 21.11.2008; (d) da Resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013; e (e) da Resolução INPI nº 129, de 10.03.2014, relativamente aos Serviços Relativos ao Cadastramento de Agentes da Propriedade Industrial, Códigos 901, 902, 903, 906 e 909; devido à ocorrência de prejuízo aos valores da segurança jurídica e da justiça, decorrente da violação dos princípios constitucionais da separação dos poderes, da legalidade, da reserva legal e da igualdade, verificada pela inobservância da garantia consistente na possibilidade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previsto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República, razão por que asseguro a todos os cidadãos a realização de peticionamento relativo à propriedade industrial de qualquer espécie perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, independentemente da exigência de “habilitação especial” ou outras restrições não fixadas por lei.

Além disso, RATIFICO a decisão concessiva da antecipação dos efeitos da tutela judicial a fls. 610/613 e 631/632, e estendo os seus efeitos, pelo que *determino*, desde já, a suspensão da aplicação (a) da Resolução INPI nº 04/2013, de 18.03.2013, e, também, (b) da Resolução

33 AI – 313.576; Segunda Turma; decisão 03/03/2009; à unanimidade; e-DJF3 Judicial 2 de 19/03/2009, pág. 612.

34 MC – 11.402; Primeira Turma; decisão 17/05/2007; DJ de 13/08/2007, pág. 331.

INPI nº 129, de 10.03.2014, apenas relativamente ao pagamento de retribuições aos Serviços Relativos ao Cadastramento de Agentes da Propriedade Industrial, Códigos 901, 902, 903, 906 e 909, nos estritos termos dos fundamentos e do *decisum* da presente sentença.

Fixo a multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nos termos dos artigos 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 24.07.1987, para cada novo ato normativo que venha a ser editados pelo INPI ou pela UNIÃO, em descumprimento ao teor da presente sentença.

Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários advocatícios, tendo em vista que o Ministério Público Federal está a exercer o *munus* público decorrente de seu papel institucional.

Oficie-se ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

Submeto eventual recurso interposto pela parte interessada, apenas ao efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, inciso VIII do Código de Processo Civil.

Decisão sujeita ao reexame necessário, remetam-se os autos, oportunamente, ao Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

Juíza Federal LEILA PAIVA MORRISON

AÇÃO ORDINÁRIA

0016040-22.2010.4.03.6100

Autora: UNIÃO FEDERAL
Ré: VIVIAN IAKI BALLARD
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: ROSANA FERRI
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2014

Vistos, etc.

Trata-se de ação sob o rito ordinário, com pedido de busca, apreensão e restituição de menor, proposta nos termos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), em face da Ré, VIVIAN IAKI BALLARD, sob o fundamento de que a mesma retirou seu filho, o menor MAX IAKI BALLARD dos Estados Unidos da América, trazendo-o para viver no Brasil sem o consentimento de seu pai, ALEXANDRE BALLARD, caracterizando a conduta descrita no artigo 12 da referida Convenção.

Relata que a Requerida teve, em 20 de agosto de 2005, o filho MAX IAKI BALLARD, fruto de seu relacionamento com ALEXANDRE BALLARD e, após o nascimento da criança, este, natural dos Estados Unidos da América, teria vindo residir com a mãe e o menino, onde ficou até 2006, quando voltou a residir no país de origem e passou a efetuar visitas esporádicas até o ano de 2008, quando o casal decidiu morar naquele país, onde se casaram. Entretanto, em julho de 2009, sem aviso ou consentimento do genitor, a Ré voltou para o Brasil. Pleiteia, assim, o retorno imediato da criança aos Estados Unidos, afirmando que houve a subtração ilegal do menor, o que determina a aplicação das disposições da referida convenção.

Juntou cópia do procedimento administrativo (fls. 34 e seguintes).

Entendeu-se necessária a oitiva da parte contrária antes da análise do pedido de liminar. A União Federal se manifestou à fls. 208/208v..

O DD. Representante do Ministério Público Federal opinou pela oitiva da Ré.

Regularmente citada, a Requerida apresentou contestação à fls. 221 alegando, preliminarmente, inexistência de interesse processual, face ao tempo decorrido entre a saída da mesma e a propositura da presente ação, bem como a não insurgência do pai do menor em relação ao retorno da Ré e de seu filho para o Brasil, demonstrado tal fato pela não contestação da ação de guarda movida neste país, bem como o de o pai efetuar visitas regulares ao menino, hospedando-se na casa da Ré.

No mérito, contesta a narrativa dos fatos constantes da inicial, expondo os motivos que determinaram a volta ao Brasil.

Juntou documentos.

Na réplica o Autor reitera os termos da inicial.

Realizada audiência com a finalidade de ouvir os pais do menor, compareceu somente a mãe, ora ré. A parte Autora apresentou agravo retido.

À fls. 403/405 foi anexado documento que demonstra as datas de entrada e saída em território nacional, do Sr. Alexandre Ballard.

Em seguida, determinou-se a realização de perícia psicológica no menor (fls. 406); a Ré apresentou quesitos à fls. 407 e a União Federal à fls. 410, juntamente com a indicação do

assistente técnico.

O DD. Representante do Ministério Público Federal se manifestou pela realização da perícia (fls. 428/430).

Não tendo sido cientificado o assistente técnico da Autora sobre a realização da perícia, esta pediu sua anulação. Com intuito de não ocasionar demora no trâmite do feito, decidiu-se pela entrega do Laudo a esse assistente, com o que não concordou a parte autora, apresentando agravo dessa decisão, recebido com efeito suspensivo e ao qual foi dado provimento, anulando-se a perícia efetuada.

Foi realizada nova perícia, com acompanhamento de novo assistente técnico, que substituiu o anteriormente indicado.

O Laudo Pericial foi anexado aos autos à fls. 549. A União Federal apresentou manifestação à fls. 585, a Ré a fls. 596 e o Ministério Público Federal à fls. 599.

É o relatório. Fundamento e decido.

Inicialmente, cumpre analisar a preliminar trazida pela Ré, segundo a qual é o Autor carecedor da ação por inexistência de interesse processual, tendo em vista a data da chegada da Ré ao Brasil e a propositura da presente ação.

Descabe tal argumento, uma vez que o procedimento administrativo foi iniciado antes de um ano do referido evento.

Fundamenta referida afirmação também no fato de o Autor não ter contestação a ação de guarda movida pela Ré aqui no Brasil, nem ter recorrido dessa decisão, além do fato de efetuar visitas regulares ao filho, ficando hospedado na casa da Ré.

Tais fatos, apesar de aparentarem contradição com a narrativa da inicial, não configuram falta de interesse de agir, ou seja, não redundam em desnecessidade de acesso ao Poder Judiciário para obter o bem da vida pretendido, que é o pedido de volta do menor aos Estados Unidos da América a fim de submissão da decisão da guarda do mesmo a Juiz daquele país, nos termos da Convenção de Haia.

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame do mérito.

O mérito da presente ação consiste em verificar se, no caso, é aplicável a Convenção de Haia e, conseqüentemente, a devolução ou não do menor indicado pelas partes ao país de residência do pai.

Para tanto, há que se perquirir se ocorreram as situações descritas na referida norma, que dispõe que:

A presente Convenção tem por objetivo: (artigo 1º)

a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: (artigo 3º)

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

Nos termos da presente Convenção: (artigo 5º)

a) o “direito de guarda” compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;

(artigo 12):

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

(artigo 13):

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

Relatam as partes que o Sr. Alexandre Ballard e a Ré, a Sra. Vivian Iaki Ballard tiveram um relacionamento do qual nasceu o menor Max Iaki Ballard, em agosto de 2005, tendo então o pai vindo a residir com a mãe, no apartamento desta.

Em seguida, em 2006, o mesmo retornou aos Estados Unidos, passando novamente a viver nesse país e voltando ao Brasil para visitar mãe e filho, até 2008, quando o casal decidiu tentar viver naquele país, efetuando referida mudança em junho de 2008.

Até esse momento os relatos são equivalentes

Em julho de 2009, a Ré voltou para o Brasil com seu filho.

Nesse ponto a parte Autora afirma haver caracterização da hipótese prevista na supra mencionada convenção e propugna pelo imediato retorno do menor aos Estados Unidos. Afirma que o mesmo viveu mais de um ano naquele país, o que pela norma faz configurar residência habitual do menor e que ambos os genitores detinham a guarda do menino, uma vez que haviam se casado. Ainda, que a mãe viajou sem o conhecimento do pai, que não autorizou a viagem do menor ao Brasil.

A Ré, por sua vez, relata que o pai não se insurgiu contra o fato de ter voltado para o Brasil com seu filho, ressaltando que ele não contestou a ação de guarda ou recorreu da decisão definitiva.

Informa, ainda, que o mesmo visita o filho neste país, hospedando-se na casa da Ré, participando de festinhas e tendo contato com o filho sempre que deseje.

Em relação ao seu retorno ao Brasil, diz que a situação vivida na casa onde morava, nos Estados Unidos, com seu marido, filho, sogra e sogro, ficou insustentável.

Afirma que quando decidiu mudar-se para os Estados Unidos e casar-se com o pai de seu filho, o fez na tentativa de proporcionar ao filho um lar com pai e mãe. Afirma que foi induzida a erro quando imaginou que teria uma vida normal com marido e filho naquele país; entretanto, ao chegar ao local, se deparou com a situação totalmente não imaginada, na qual seu marido não exercia profissão remunerada e ela não conseguia o “green card” porque, apesar de casada com cidadão americano, este não podia ser seu garantidor financeiro, como exige a lei americana. Assim, tampouco conseguiu se empregar. Quem acabou sendo sua garantidora financeira foi a mãe de seu marido, que sustentava a todos.

Ressalta que a criança não tinha convívio com vizinhos e que não poderia voltar a estudar na escola onde estava matriculada no início do período naquele país, por falta de pagamento.

Afirma que com o passar do tempo as tensões foram aumentando, a ponto de ocorrer violência física.

Por fim, voltou ao Brasil com passagem comprada pelo pai de seu marido e foi até o aeroporto com o carro do mesmo, deixando em local previamente combinado para que fosse buscado em seguida.

Tais fatos não foram contestados pela parte Autora. Desta forma, a aplicação da norma deve ser efetuada levando-se em conta a situação fática vivida pelas partes envolvidas e, acima de tudo, o superior interesse da criança, que é o vetor máximo de aplicação da Convenção.

Temos, portanto, que de fato a mãe retirou o filho do país onde vivia com o pai, sem a ciência ou consentimento deste. Entretanto, existiu o conhecimento, convivência e auxílio material para tanto do avô paterno do menor.

A Ré permaneceu em solo estrangeiro por um ano e um mês. Segundo a letra fria da norma, este seria o período considerado como limite para a fixação da residência habitual do menor. Contudo, entendo que a fixação temporal via legislativa, deve servir de parâmetro, mas nunca ser utilizada sem a análise fática do caso.

A Advocacia Geral da União, em trabalho sobre o tema (Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1 Edição. Brasília: AGU/PGU, 2011. Direito Internacional Privado), no item 6.3, que fala sobre a residência habitual, ressalta que: *a criança terá residência habitual num determinado Estado quando ela estiver nele residindo, com intenção de lá permanecer. O requisito tempo, no entanto, pode variar, não existindo um “prazo mínimo” para sua configuração. No caso de crianças, em especial as mais jovens, o mais comum é considerar como seu local de residência habitual o mesmo dos seus genitores. O tratado se funda na premissa de que é no local de “residência habitual” que a criança possui seus vínculos mais robustos e importantes, não somente com seus genitores, mas com o ambiente escolar, linguístico, social, família estendida, etc.* (grifamos).

No caso em comento, apesar de a família ter se mudado para os Estados Unidos com a intenção de lá permanecer, a criança, quando trazida para o Brasil, havia vivido quatro de seus cinco anos neste país.

Às fls. 129/134, foram anexado relatórios escolares do menor, fornecidos pela escola que frequentou antes de sua transferência para os Estados Unidos e após a volta para o Brasil.

De acordo com esses relatórios, verifica-se que ele estava completamente adaptado à referida instituição e, no momento do retorno, demonstrou que o tempo afastado não desfez o vínculo anteriormente formado: *Max é uma criança comunicativa e carinhosa. Sua adaptação à escola foi tranquila. Logo no primeiro dia se despediu da mãe e ficou muito à vontade no ambiente escolar, lembrando dos amigos e se identificando comigo, sua nova professora. Como o Max já havia estudado na Jacarandá durante alguns meses em 2008, já tinha vínculos com as professoras Flavia e Silvana, perguntando delas e as reconhecendo, logo abraçando e contando as novidades. Já conhecia também alguns amigos como o Joaquim, a Anouk, Alice, Rafael, logo se identificando e brincando com eles, que também o reconheceram e o receberam com muito carinho.*

Compulsados os autos, não foi encontrado o relatório da escola frequentada pelo menor na cidade de Westport (Massachusetts), Dartmouth Early Learning Center.

O Laudo Pericial Psicológico efetuado, concluiu que (fls. 558) *É importante ressaltar que a estrutura educacional, cultural e afetiva oferecida a essa criança são saudáveis e deve ser preservada. Assim como a representação de mãe e pai são importantes para a sua formação de personalidade e deve ser preservada pelo contato de ambos. Ele revela a necessidade de proteção e cuidado da mãe, que fica claro ter na medida satisfatória, mas também revela a necessidade de atenção do pai, que para a representação da figura paterna, necessita compor para completar a formação de sua personalidade. A indicação é que essa criança continue a manter o contato com a mãe de acordo com as estruturas já oferecidas e que o pai seja mais presente e participativo.*

Perguntado sobre o país de origem da criança (fls. 559), obteve-se a resposta que *para a concepção da criança seu país de origem é o Brasil, onde nasceu e atualmente vive, estando completamente adaptada.* (quesitos 1 e 2).

No quesito 3 (fls. 560), a parte autora questiona sobre o contato do menor com o pai, sendo respondido que *ao retornar ao Brasil após viver um ano nos Estados Unidos, a criança mantém contato com o pai por meio de comunicação virtual, assim como nos momentos em que o pai esteve no Brasil, inclusive nas festas de aniversário da criança. A criança não tem má impressão do pai, para a criança ele tem representação de pai. A mãe cuida para que a imagem de pai, que é de fundamental importância, seja preservada, pois pensa na formação da personalidade da criança. A mãe incentiva o filho a vincular-se ao pai e fala sobre ele à criança com naturalidade. Depois de retornarem ao Brasil, a criança não voltou aos Estados Unidos, a comunicação e os vínculos acontecem, então, virtualmente e nos momentos em que o pai esteve no Brasil. O pai tem se mostrado distante, sem fazer contato após ter iniciado novo namoro. A mãe tenta fazer contato para aproximar o filho do pai, mas sem muito êxito.*

Questionado sobre o relacionamento da criança com a família paterna, a resposta foi que *o relacionamento da criança com sua família paterna é distante, ele não o traz com demonstrações de afeto.*

À fls. 561, os quesitos indagam sobre as condições de moradia do menor no Brasil, o contato com a família materna e sobre a noção dela sobre o processo judicial (quesitos 5, 6 e 7). As respostas foram:

A criança reside com a mãe em São Paulo, no bairro Higienópolis, com ótimas condições de localização e recursos de ambiência, é considerado um dos bairros mais nobres de São Paulo, no que diz respeito às condições socioeconômicas e culturais. O espaço do apartamento é amplo e a criança tem seu quarto particular com sua cama, jogos, brinquedos e biblioteca infantil. A escola que frequenta fica no próprio bairro, nas proximidades de sua residência

e considerada uma das melhores escolas de São Paulo.

A mãe tem uma irmã que mora bem próximo à sua residência, no próprio bairro Higienópolis. Ela tem um filho, primo do Max, que segundo a mãe são como irmãos, eles tem muita amizade um pelo outro. Ela disse que a irmã frequenta sua casa e vice-versa frequentemente, são muito amigas e se apoiam nas diversas situações da vida pessoal. A informação da ligação com o primo é confirmada pelo relatório da escola, à fls. 132.

A criança tem clareza do processo judicial, bem como a compreensão de que o seu país de origem é o Brasil, onde nasceu e vive. Na conversa sobre o processo judicial mencionou que seu desejo é de ficar com a mãe no Brasil. A criança deixa explícito que não quer morar com o pai nos Estados Unidos, mas deixa implícito que o contato como pai é importante para ele.

À fls. 562, o quesito 9 indaga sobre as consequências num eventual retorno do menor ao país paterno, ao que foi respondido que a eventual determinação para a criança viver nos Estados Unidos, neste momento, como pai e a família paterna, pode causar risco a integridade mental, devido a sua plena adaptação ao seu contexto de vida social e educacional saudável e vinculação integral com a mãe. Todo seu contexto de vida no Brasil tem total integralidade à sua saúde mental, física, social e cultural. A eventual visita aos Estados Unidos para contato como pai e a família paterna pode ser trabalhada no sentido de complementar sua formação, como por exemplo, nos períodos de férias escolares, mas a permanência definitiva neste país, neste momento de sua vida, não é recomendável.

A resposta ao quesito 6 formulado pela parte Ré (fls. 566), declara que *neste momento da vida de Max, não é aconselhável viver longe da mãe, pois ele a tem como o principal vínculo que proporciona uma formação de personalidade consistente, uma vida com segurança, alegria, felicidade e boa formação educacional. Reitero que uma possível separação da mãe pode causar-lhe transtorno afetivo e de personalidade.*

Nas manifestações sobre o laudo, trazidas pelas partes, temos que a parte autora se limita a verificar se estão presentes as hipóteses do artigo 13 da Convenção sem confrontá-las ao caso concreto. É clara tal conduta quando, à fls. 586 v., afirma que a mãe interrompeu abruptamente a relação do filho com o pai, afirmação que não condiz com os demais elementos dos autos, que claramente demonstram que o convívio entre os mesmos não só é permitido como estimulado pela mãe da criança.

Além disso, o laudo pericial é claro e expresso ao afirmar que o retorno do menor é efetivamente prejudicial ao seu desenvolvimento, estando totalmente adaptado à vida no Brasil. Aliás, não restou demonstrada a adaptação da criança à vida nos Estados Unidos.

É de ser ressaltado que, em nenhum momento, nesta manifestação, se toca no que é o vetor primordial para a aplicação das previsões da Convenção de Haia, que é o *superior interesse da criança*.

Ainda, a conclusão da *expert* indicada pela União como assistente técnica, recomenda *o imediato resgate do vínculo afetivo positivo entre Max e seu pai, a fim de evitar o rompimento definitivo da relação pai/filho e as consequências subjetivas da privação do convívio paterno/filial.*

Da leitura da referida conclusão, entende-se que não foi recomendada a volta do menor ao país de habitação do pai, mas sim o resgate do vínculo, o que, pelas provas carreadas, nunca deixou de ser efetuado.

Portanto, tendo em vista os relatórios supra mencionados, bem como as conclusões do laudo pericial, chega-se à conclusão de que, apesar de o menor haver residido com o pai e com

a mãe nos Estados Unidos da América por período superior a um ano e que, tendo em vista o casamento oficializado entre os genitores e que os dois detinham a guarda do menor, sem dúvida deve ser considerada *residência habitual* do mesmo seu local de residência atual, o Brasil

Ainda, há que se levar em conta que até aquela data, da transferência para os Estados Unidos, a guarda de fato sempre foi da mãe, haja vista que o pai não chegou a fixar residência no Brasil, sequer obtendo trabalho remunerado que demonstrasse tal intenção.

Também, há que ser notado que em momento algum houve caracterização de alienação parental, restando fartamente comprovado, através das fotografias anexadas e do relatório da Polícia Federal que comprovam as datas de entrada e saída do Sr. Alexandre Ballard deste país (fls. 403/405), que o pai tem livre acesso ao seu filho, sendo tal acesso facilitado pela genitora, que o hospeda em sua casa.

Por fim, restou também claramente caracterizada as hipóteses do artigo 12, parte final do primeiro parágrafo, que se refere à integração da criança ao meio em que está vivendo e também a previsão da parte final da alínea “a” do artigo 13, que prevê o posterior consentimento do genitor reclamante

Tal fato se percebe pela não contestação ou recurso da decisão de guarda proferida pelo Juiz de Família brasileiro, bem como pelas já acima ressaltadas, visitas que o pai faz ao menor e ausência do pai à audiência realizada neste processo.

O DD representante do Ministério Público Federal, em suas manifestações (fls. 211/212; fls. 360/361; fls. 428/430 e fls. 599/606), opinou pela improcedência da ação, mantendo-se o menor neste país. Ressalte-se o trecho à fls. 603: *Ademais, não é possível interpretar de maneira restrita, literal e isolada o artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 como faz a Advocacia Geral da União sem ter em vista a finalidade do referido Diploma. Consoante ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça em apreciação ao Recurso Especial nº 1.239.777-PE, cujo Relator é o Ministro César Asfor Rocha, observa-se que há uma preocupação exacerbada em atender a solicitação das autoridades internacionais a qualquer custo, “quando a preocupação primordial dos julgadores deveria ser o bem-estar, a saúde física e psíquica da criança”. E conclui: Diante do exposto, o Ministério Público Federal, por intermédio da Procuradora da República signatária, manifesta-se pelo acolhimento do Laudo Pericial de fls. 549/583, o qual concluiu pela adaptação do menor Max Iaki Ballard no Brasil, de modo que este Parquet manifesta-se pela improcedência da presente ação, confirmando-se a permanência da criança no Brasil.*

A Jurisprudência, em situações semelhantes, espousa o mesmo entendimento, mantendo a criança no local onde está adaptada, comprovado pericialmente:

EMEN: Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. *Situação consolidada. Risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno da criança ao país de origem (Estados Unidos).* - Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte. - *Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.* - Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de Nova Jersey, Estados Unidos da América. - *A Convenção de Haia sobre os Aspectos*

tos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas. - Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal. - Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea "b"), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança. - Com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem. Recurso especial não conhecido, por maioria. ..EMEN: STJ DJ DATA:08/11/2007 PG:00226 ..DTPB:

INTERNACIONAL. CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. PAI ARGENTINO. MÃE BRASILEIRA. TRANSFERÊNCIA DE PAÍS SEM O CONSENTIMENTO DO GENITOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE GUARDA. DIREITO DE GUARDA EXERCIDO PELA GENITORA NA ARGENTINA. RETORNO DO MENOR AO LOCAL DE NASCIMENTO. EXCEÇÕES PREVISTAS NA CONVENÇÃO DE HAIA. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. - A União ajuizou Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição de menor, em face de sua genitora, fundamentando-se nos termos da Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14/04/2000. - A ilicitude da transferência ou da retenção é aferida quando configuradas as hipóteses definidas no artigo 3 da Convenção: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. - No presente caso, inquestionável a prática de ato ilícito por parte da genitora, correspondente, especificamente, à retirada do menor do País em que residia habitualmente sem o consentimento do genitor. - Hipótese em que a guarda da criança já estava sendo exercida pela mãe, na Argentina, desde a separação do casal, tendo sido fixado, naquela Jurisdição, direito a alimentos e o direito de visitas do pai. - Ainda que seja enquadrado o fato como efetivo sequestro internacional, não é obrigatório o retorno do menor ao seu local de nascimento, por aplicação da própria Convenção de Haia, especificamente do seu artigo 13, a. - Considerando que o pai da criança já não exercia o direito de guarda na Argentina, *a consequência para o ilícito praticado pela mãe não pode corresponder ao imediato retorno da criança para aquele país, como se de uma operação matemática estivéssemos tratando, uma vez que tal determinação, à míngua de qualquer evidência de a criança se encontrar em más condições com a mãe, poderia acarretar danosas implicações para sua formação.* - No caso vertente, há prova nos autos de que a criança encontra-se em boas condições, estando regularmente matriculado em escola infantil (fl. 246) e acobertado por plano de saúde de boa qualidade (fl. 241), com assistência fonoaudiológica e psicológica (fls. 235/239 e 251/253). - Precedente do STJ. - Apelação e remessa oficial improvidas. DJE - Data: 15/04/2010 - Página: 687 Quarta Turma TRF 5

INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. MÃE BRASILEIRA E PAI AMERICANO. CRIANÇA TRANSFERIDA ILICITAMENTE PARA O BRASIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. LEGITIMIDADE ATIVA: GENITOR E AUTORIDADE CENTRAL

BRASILEIRA. PROVA TESTEMUNHAL. NÃO PRODUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. MÉRITO. ESTUDO PSICOLÓGICO. COMPLETA ADAPTAÇÃO DO MENOR AO NOVO MEIO SOCIAL. RESTITUIÇÃO AO PAÍS DE MORADIA ANTERIOR: IMPOSSIBILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. I - Nos termos do artigo 6º, *caput*, do Decreto nº 3.413/2000, que promulgou a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), “cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção”. II - Impõe o artigo 7, “f”, do Decreto nº 3.413/2000, por seu turno, a necessidade de que as autoridades centrais cooperem entre si e promovam a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da Convenção, determinando a adoção, direta ou indiretamente, de todas as medidas apropriadas para “dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita”. Preliminar de ilegitimidade ativa da União afastada. III - A teor do princípio “*pas de nullité sans grief*”, não se reconhecerá a nulidade de um ato sem a demonstração do efetivo prejuízo decorrente de sua prática. Não produzida a prova testemunhal requerida por uma das partes, mas sendo o laudo pericial acostado aos autos favorável à sua pretensão, não há que se falar em prejuízo a ensejar a nulidade da sentença contra a qual se insurge. IV - A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças objetiva assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente, excetuando a hipótese de não integração do menor ao novo meio e se exigir risco grave de que fique sujeito a perigos de ordem física ou psíquica, devidamente atestados por prova pericial. V - *Estudo psicológico produzido nos autos revela a plena adaptação do menor transferido ilicitamente para o Brasil ao novo meio em que inserido, sendo presumida a ocorrência de prejuízos de ordem emocional caso determinado seu retorno ao País de origem, seja porque privado estará do convívio contínuo, há mais de oito anos, com parentes e amigos, seja porque, à época em que realizada a prova pericial, sequer compreendia o idioma inglês. Prevalência da proteção maior ao interesse da criança.* VI - O direito de visita deve ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança (artigo 21 da Convenção de Haia), não podendo ser objeto de exame em ação de busca e apreensão cujo pedido foi julgado improcedente. VI - Recurso de apelação interposto pela ré a que se dá provimento, julgando-se improcedente o pedido inicial. Inversão dos ônus da sucumbência, impondo à União o pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. e-DJF1 DATA:25/04/2014 PAGINA:655 TRF 1 Sexta Turma

PROCESSUAL CIVIL E INTERNACIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALEGAÇÃO DE ABDUÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇA. PRETENSÃO DE REPATRIAÇÃO. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CÍVIL DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS (CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980). DECRETO Nº 3.413/2000. PREVISÃO DE EXCEÇÕES À IMPOSIÇÃO DE RETORNO DA CRIANÇA TRANSFERIDA OU RETIDA ILICITAMENTE. INTERESSE DO MENOR COMO PARÂMETRO PRIMAZ. SUJEIÇÃO DA CELERIDADE PROCESSUAL A ESSA DIRETRIZ. GRAVIDADE DAS ALEGAÇÕES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ASSACADAS RECIPROCAMENTE ENTRE AS PARTES. IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA PERICIAL PSICOLÓGICA. NULIDADE DA SENTENÇA. RETORNO AO PRIMEIRO GRAU PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA EM TERRITÓRIO BRASILEIRO NA PENDÊNCIA DA LIDE. PROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO. APELAÇÃO PREJUDICADA. 1. Apelação interposta contra sentença de procedência de pedido de ação de busca e apreensão de criança. 2. Pleito contido na apelação, de conhecimento de agravo retido interposto contra decisão de indeferimento de pedido de produção de provas formulado pela ré (ouvida de um criança, qual seja

aquela cuja busca e apreensão se pretende, hoje com 6 anos, e de um adolescente, seu meio-irmão por parte de mãe, com 14 anos; e realização de estudo psicossocial pelo Conselho Tutelar, seguindo opinativo do *Parquet* Federal). 3. A *actio* foi ajuizada pelo pai italiano contra a mãe brasileira, com invocação na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia de 1980), promulgada no Brasil por via do Decreto nº 3.413/2000, porque a mãe, autorizada pelo pai a passar aniversário e festividades de final de ano com a menor no Brasil, resolveu, ao término do período, não retornar a Itália, onde viviam, antes da viagem, o casal e a prole. 4. Através deste processo, deve-se decidir sobre o retorno, ou não, da criança à residência italiana, onde vivia antes de passar a residir no Brasil, não estando em definição a guarda da menor, não interferindo, pois, neste feito, a notícia, constante dos autos do AGTR 133816/CE (interposto contra o recebimento da apelação telada apenas no efeito devolutivo), de que houve a prolação de sentença, pela Justiça italiana, no último 11 de setembro (cerca de um ano depois do ajuizamento desta ação), concessiva da guarda exclusiva da criança ao pai, ora autor-recorrido, mormente porque *a sentença estrangeira apenas tem eficácia no Brasil após a homologação pelo STJ* (art. 105, I, *i*, da CF/88). 5. São objetivos da Convenção de Haia de 1980 (Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças) “assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente” e “fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante” (artigo 1). Ainda segundo o referido tratado internacional, “a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:/a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e/b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido” (artigo 3). 6. No entanto, a própria Convenção estabelece algumas exceções à imposição do retorno do menor ao local de onde foi retirado ou do qual foi mantido afastado: “Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança./A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio./ Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança” (artigo 12); “Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:/a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou/b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável./A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto./Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança” (artigo 13). 7. As consideranda da Convenção de Haia de 1980 permitem

inferir o que motivou a concepção desse tratado internacional: “Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; [...]”. *O interesse da criança norteou a edição do ajuste internacional e é parâmetro primaz de interpretação e de aplicação de suas normas. Por isso mesmo, o interesse da criança não deve ficar em segundo plano, para que prepondera a rapidez de resposta jurisdicional, eliminando-se fase processual imprescindível para a adequada apuração desse interesse, mormente quando as partes em litígio assacam, uma contra a outra, acusações de violência física e psicológica com afetação da criança. Se o processo vai demorar um pouco mais, ante a imprescindibilidade de instrução probatória (explicitamente admitida pela própria Convenção de Haia de 1980, segundo parte final do seu artigo 13), tal não representa mácula aos princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, mas sim desenvolvimento regular do processo, em atenção às suas peculiaridades, que tornam imprescindível, em defesa da criança, o aprofundamento do exame pelo Poder Judiciário.* Isso também não mancha a imagem do Brasil, na esfera internacional, demonstrando, ao revés, o cuidado que as autoridades jurisdicionais brasileiras imprimem nas causas envolvendo menores. 8. *In casu*, em vista do tempo transcorrido desde a chegada ao Brasil e das acusações de violência que reciprocamente se fazem os pais, mostra-se essencial a realização de prova pericial psicológica, para fins de apuração da situação da criança (seja no que toca à relação com os pais, seja no pertinente à sua inserção e integração no meio social atual) e do seu enquadramento, ou não, no rol de exceções definido nos artigos 12 e 13 da Convenção, que caracterizam óbice à determinação de retorno ao Estado de origem. 9. Como bem asseverado pelo MPF, agiu com desacerto o Juízo a quo, ao indeferir os pedidos de oitiva dos filhos menores da mãe e de elaboração de relatório social circunstanciado pelo Conselho Tutelar, que poderiam “atestar tanto as agressões a que estava submetida a criança quanto a sua adaptação ao território nacional”, sendo reconhecida pela jurisprudência, em casos como o presente, a necessidade de produção de provas. 10. O STJ tem definido, nessa linha: “[...]/3. A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças tem como escopo a tutela do princípio do melhor interesse da criança, de modo que nos termos do *caput* do art. 12 da referida Convenção, ‘Quando uma criança tiver sido ilícitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança’./4. De acordo com o REsp 1.239.777/PE, Rel. Min. César Asfor Rocha, a Convenção da Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica [...]” (2T, REsp 1293800/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 28/05/2013, DJe 05/06/2013); “[...] A Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, ao estabelecer como uma de suas finalidades possibilitar o exercício das relações parentais dentro da legalidade e a preservação dos vínculos familiares e rechaçar qualquer atitude unilateral que possa macular o pleno exercício dessas relações, nada mais fez do que proteger os superiores interesses das crianças, preservando-lhes a dignidade que a condição humana lhes garante [...]” (1T, REsp 1315342/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012); “[...] A Convenção de Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser

avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica [...] (2T, REsp 1239777/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012); “[...] Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado [...] A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas./Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal./Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea ‘b’), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança [...]” (3T, REsp 900.262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 21/06/2007, DJ 08/11/2007). 11. Pelo provimento do agravo retido, invalidando-se a sentença e determinando-se o retorno dos autos ao Primeiro Grau, para fins de realização de perícia psicológica, com todos os cuidados necessários por se tratar de criança de tenra idade. Após a produção dessa prova, em entendendo necessário, o Julgador *a quo* poderá proceder à ouvida da criança (e do seu meio-irmão), igualmente com todas as cautelas necessárias por sua vulnerabilidade (em sala separada, com apoio interdisciplinar especializado e com gravação), na linha do autorizado na Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90). 12. A criança deve permanecer em território brasileiro, enquanto perdurar a lide, aos cuidados da mãe (não se enxergando senões a essa possibilidade, ao menos até o momento presente, seja pelas informações da assistente social da Defensoria Pública da União e mormente em vista da ressalva feita pela própria Justiça italiana, na sentença de definição da guarda exclusiva ao pai, ora tomada apenas como elemento indicativo: “Tuttavia appare eccessiva la pronuncia di decadenza della potestà della madre, in assenza di elementi concreti e specifici suggestivi di grave carenze nello svolgimento delle funzioni genitoriali o comunque indicativi di una inadeguata relazione madre-figlia” - “Todavia parece excessivo pronunciar a decadência do poder da mãe, na ausência de elementos concretos e específicos sugestivos de grave carência no desenvolvimento das funções genitoriais ou mesmo indicativos de uma inadequada relação mãe-filha”, em tradução livre). 13. Apelação prejudicada. DJE - Data: 17/10/2013 - Página: 163 TRF 5 Primeira Turma (grifos e negritos nossos).

Deve, portanto, ser rejeitado o pedido inicial, afastando-se a aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia, devendo o menor Max Iaki Ballard permanecer em território Brasileiro, junto com sua mãe, Vivian Iaki Ballard, sendo o Juiz de Família brasileiro o juiz natural para decidir sobre a guarda do mesmo.

Posto isto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor dado à causa.

Sentença sujeita ao reexame necessário

P.R.I.

Juíza Federal ROSANA FERRI

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0001225-08.2011.4.03.6125**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: PAULO SÉRGIO DE MORAIS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AVARÉ - SP
Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 17/09/2014

I - Relatório:

Trata-se de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal em relação à Paulo Sérgio de Moraes, buscando apurar a prática de atos de improbidade capitulados no art. 11, de forma a aplicar as sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei nº 8429/92, conforme o teor da petição inicial de fls. 02 a 07.

Nesse sentido, o autor aduziu que no exercício de 2005 houve a celebração de termo aditivo contratual, por duas vezes, entre o Município de Iaras e o Prestador de serviços Benito Vicente Donato Transportes - ME, em contrato administrativo que tinha como objeto o transporte escolar de alunos. Apesar do Município justificar sua conduta sob o fundamento de que os referidos aditamentos contratuais se justificavam por ser o trecho percorrido não pavimentado, além de ser a população estudantil do Município instável, a referida justificativa não fora acatada pela Controladoria Geral da União, na medida em as razões acima apontadas deveriam estar expressas nos termos aditivos.

Ainda, foi aduzido pelo membro do MPF, que nos anos de 2005 e 2006, o Município de Iaras homologou os convites de números 15/2005, 17/2005, 27/2005, 12/2006, 17/2006 e 18/2006 para a aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar sem a apresentação de 03 (três) propostas válidas, em inobservância ao disposto no art. 22, § 7º, da Lei de Licitações.

Ainda, que 2 (dois) dos referidos convites, correspondentes aos de números 12/2006 e 27/2005, perfazendo um montante de R\$ 110.377,29 (cento e dez mil, trezentos e setenta e sete reais e vinte e nove centavos), foram adjudicados à empresa Supermercado Dias e Moraes Ltda., em cujo quadro societário figura Maria Aparecida de Moraes, irmã do Prefeito de Iaras. Em sua defesa, conforme apontado no teor da peça inaugural, o Município asseverou que a legislação cabível, quanto ao certame, exige a presença de três convidados e não de três participantes. No entanto, tal justificativa não fora acatada, na medida em que em tal situação, exige-se justificativa circunstanciada de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, sob pena de repetição do convite.

Por derradeiro, o MPF aduz que o Município de Iaras celebrou contrato com o Instituto de Medicina Laboratorial, sem definição de prazo, em ofensa ao disposto no art. 57, § 3º, da Lei nº 8666/93.

Do relatório elaborado pela Controladoria Geral da União – CGU constam indícios de falhas e irregularidades na aplicação de recursos públicos federais, que correspondem a (i) a celebração de termo aditivo contratual (transporte escolar) entre a Prefeitura Municipal de Iaras/SP e o prestador de serviços Benito Vicente Donato Transportes – ME, sem as especificações das razões que teriam ensejado tal aditamento; e (ii) a aquisição de alimentos da merenda escolar em desacordo com a Lei de Licitações.

Determinado ao MPF, por meio da decisão de fl. 11, que comprovasse o repasse das verbas públicas federais ao Município de Iaras, assim como especificasse quais os convênios que deram origem ao repasse dos recursos em relação a cada um dos supostos atos de improbidade relatado, o mesmo se manifestou às fls 13 a 14.

Nesse sentido, o MPF apontou que os recursos discutidos nos presentes autos derivam de transferências que prescindem de assinatura de convênio entre o órgão municipal e o órgão federal.

Após os esclarecimentos, foi determinado pelo juízo a apresentação de manifestação por escrita, por parte do réu, essa acostada aos autos à fl. 18. Regularmente intimado (fl.53), o réu apresentou sua defesa preliminar, às fls. 21 a 44.

Nesse sentido, aduziu o réu pela inexistência de ato de improbidade, visto que os atos por ele praticados ocorreram em benefício da entidade pública, já que os serviços foram efetivamente prestados, não se comprovando a má-fé. Que a cidade por ser de pequeno porte, a maioria dos estabelecimentos comerciais não tem a documentação em ordem ou as mercadorias a serem compradas. Que a proprietária do supermercado com vínculo de parentesco com o réu, a legislação pertinente não veda a sua participação, de modo a ser inócua a alegação de ilicitude simplesmente por tal situação. Que o preço dos produtos foram pagos pelo custo do mercado, não havendo cogitação na inicial ou no relatório da CGU de super-faturamento. Que quanto ao aditamento contratual no que tange ao contrato do transporte de alunos, os serviços foram prestados e não houve nenhuma mácula ao patrimônio público. Que a motivação ocorreu pela necessidade premente e inesperada de aumentar as linhas. Hipótese prevista na Lei nº 8666/93. Que o Município é detentor de vários acampamento do MST, o que traz uma população flutuante variável. Que quanto à prorrogação de prazo de empresa laboratorial, a falta de termo final trata-se de mera irregularidade formal, não gerando prejuízos ao erário e ofensa ao art. 37 da Constituição Federal.

Em decisão proferida às fls. 46 a 48, o juízo recebeu a petição inicial, determinando a citação do réu, a fim de que o mesmo pudesse apresentar resposta, facultando, ainda, ao MPF a comunicação à União acerca da propositura da presente demanda, de modo a que pudesse, se considerasse conveniente, integrar-se ao pólo ativo da ação.

Requerida vista dos autos fora de cartório, pela União, conforme petição de fls. 59 a58, foi lhe deferido o requerimento ante o teor da decisão exarada à fl. 61.

Regularmente citado (fl. 64), o réu apresentou contestação às fls. 63 a 101, oportunidade em que juntou a documentação constante das fls. 102 a 643.

Em tal peça contestatória, o réu alegou preliminarmente, a carência da ação, postulando pela inaplicabilidade da Lei nº 8429/92 aos agentes públicos. Como questão prejudicial aduziu a prescrição. No mérito, o réu aduziu, em suma, pela não configuração do ato de improbidade, na medida em que não houve a conjugação de seus elementos fundamentais, quais sejam, a ilegalidade, a desonestidade e o dolo ou a culpa do agente. Que a inicial não veio com a prova dos danos sofridos pelo erário público, visto que o réu contratou com aqueles que menor preço apresentaram. Que a aquisição de gêneros alimentícios e transporte, ocorreu em caráter de emergência, para atender as necessidades na educação, merenda escolar e transporte.

A União manifestou seu interesse em integrar o pólo ativo da presente demanda na condição de assistente litisconsorcial do MPF, conforme petição de fl. 646. A mesma foi deferida conforme o teor da decisão exarada à fl. 649.

O MPF manifestou-se às fls. 653 a 658, da contestação e documentos apresentados.

Nesse sentido, o MPF, em seu arazoado, aduziu que, preliminarmente, no conceito de agente público inclui-se o de agente político, incluindo-se, portanto, o detentor de mandato eletivo. Que não ocorreu o lapso prescricional, na medida em que o art. 23, I, da Lei nº 8429/92, determina que ações de improbidade podem ser propostas até cinco anos após o fim do exercício do mandato, não tendo transcorrido o prazo referido, visto que o réu ocupa o cargo de Prefeito até a presente data. Que, no mérito, os autos apontam a participação ativa do réu nas irregularidades que lhe são imputadas, uma vez que autorizou e homologou a prática dos atos ali questionados, como autoridade máxima do Município. Que com relação a dois convites referidos na petição inicial foram adjudicados à sociedade empresarial Supermercado Dias e Moraes Ltda., em cujo quadro societário figura Maria Aparecida de Moraes, irmã do réu. Que a ausência de dano ao erário não é causa determinante para a qualificação do ato de improbidade administrativa.

Da mesma forma, a União manifestou-se às fls 661 e 662. Nesse sentido, aduziu que que a legislação de regência não exclui o réu, visto que o julgamento proferido pelo STF referido por aquele, refere-se à Ministro de Estado, sob a guarda da Lei nº 1079/50. Que o autor está no exercício de mandato político, não se aplicando a ele, portanto, o prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei nº 8429/92.

Foi deferido pelo juízo a extração de cópias dos autos pelo réu, às fls. 649-verso e 664.

Determinado pelo juízo a especificação e justificação pelas partes das provas, à fls. 664, o MPF, conforme cota, à fl. 664- verso, manifestou-se no sentido da não realização de novas provas. Do mesmo modo a União, em petição de fl. 666.

Os presentes autos foram remetidos à Subseção de Avaré, conforme o teor da decisão de fls. 667 e 668.

Por meio da decisão de fl. 674, foi firmada competência dessa Subseção, determinando ao réu a regularização de representação processual, no prazo de 10 dias, além de lhe dar ciência das decisões de fls. 649, 664 e 667 a 668. O referido prazo decorreu “in albis”, conforme certidão de fl.676, não havendo, o réu, manifestado-se no sentido da produção de novas provas.

É o relatório do essencial. Decido.

II - Fundamentação:

Preliminarmente: não há prescrição na medida em que a continuidade do mandato, ainda que em razão de reeleição, obsta o início do curso do prazo prescricional na forma do art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429/92).

No mérito, a imputação de descumprimento de dever jurídico no desempenho da função pública, mais especificamente de Prefeito, foi feita tendo por escopo a incidência do art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa para que haja a aplicação da reprimenda na forma do art. 12, III, do mesmo diploma legal. Disso decorre a inexorável necessidade de demonstração efetiva de intenção de frustrar a finalidade consagrada pelo princípio jurídico violado, atentando-se contra a ordem jurídica e o interesse público. Se por um lado, uma vez que se trata de atuação repressiva estatal da qual emerge autêntico juízo de censura, impondo-se, portanto, a necessidade de cognição do elemento subjetivo, vedando-se pela própria natureza do tipo de manifestação da potestade estatal o regime de responsabilidade objetiva que é estranho ao mister punitivo, de outro lado cumpre ter em vista que a forma culposa somente enseja a reprimenda na hipótese do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, de modo

que impõe-se o dolo para que haja a incursão nas sanções decorrentes da aplicação dos arts. 9º e 11, sendo que é tendo em vista apenas a cabeça deste último dispositivo legal que foi formulada a acusação no caso em tela, sem apontar-se a incursão em qualquer das *fattispecies* previstas em seus incisos, o que torna a necessidade de demonstração da violação a qualquer dos princípios que regem a Administração Pública de forma muito mais robusta, impondo-se a recusa manifesta e cabal do quanto exigido pela norma-fim. No mesmo sentido, veja-se a precisa lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (Improbidade Administrativa, 7ª ed, 2013, p. 402-405):

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exigem o dolo do agente; b) a tipologia jurídica inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a mens legis é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

Da jurisprudência do Egrégio STJ colhe-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR QUE SE UTILIZOU DE IMPRESSORA DA CÂMARA DO MUNICÍPIO PARA IMPRIMIR CONVITES EM QUE DIVULGAVA PALESTRAS CONTENDO O SEU NOME E O DE SEU PARTIDO. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO E DO DOLO DO AGENTE. DISTINÇÃO ENTRE ILEGALIDADE E IMPROBIDADE. ERESP. 479.812/SP, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASKI, DJE 27.09.10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DECLARAR IMPROCEDENTE A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CONSEQUENTEMENTE AFASTAR A PENALIDADE IMPOSTA AO RECORRENTE. 1. A Corte de origem não assinalou o dolo ou a má-fé na conduta imputada ao recorrente. Em face dessa situação, não se deve condenar o Servidor ou Administrador por improbidade administrativa, com base no art. 11 da LIA, porquanto tal conduta só é admissível, em tese, nas hipóteses do art. 10 da mesma Lei. 2. A negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade administrativa. 3. Recurso Especial provido para declarar improcedente a Ação de Improbidade Administrativa e, conseqüentemente, afastar as penalidades imposta ao recorrente. (STJ, RECURSO ESPECIAL – 1200273, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27.08.2013)

De igual modo entende o TRF3:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ. Não era exigível da ré ou de seus administradores conduta diversa para resolver emergencialmente, e por prazo exíguo, a falta de pessoal para a continuação da prestação dos serviços. Diante da omissão do órgão responsável por autorizar

a abertura de concurso público para as diversas áreas da ré, procedeu-se à licitação na modalidade convite, para que as empresas prestadoras de serviços pudessem fornecer a mão de obra necessária para suprir as deficiências, por curto espaço de tempo. A lei é regra de conduta geral e deve ser observada como norma de convivência social, mas não pode ser interpretada de forma a macular a honra das autoridades investidas, ainda que temporariamente, de uma parcela de poder político, como no caso dos autos. Evidente que a manifestação de vontade da Codesp através de seus dirigentes, não teve como finalidade causar dano, quer patrimonial, quer moral, à empresa. Apelações improvidas. (TRF3, APELAÇÃO CÍVEL – 1778000, Relatora Des. Fed. Marli Ferreira, julgamento em 07.11.2013)

E na mesma linha posiciona-se o TRF1:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇU/GO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS. SUPERFATURAMENTO. NÃO CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ. APELO NÃO PROVIDO. 1. O contexto fático-probatório não é suficiente para comprovar que a aquisição de dois veículos automotores VW Kombi Escolar 1.6 pela prefeitura de Araçu/GO deu-se em valor superior ao aplicado no mercado, competindo o ônus da prova ao Ministério Público Federal, porquanto não pode haver condenação com base em mera presunção ou ilação. 2. O procedimento licitatório, na modalidade carta convite, foi realizado em consonância com as exigências legais, tendo havido a participação de 03 empresas, na qual a Belcar Veículos S/A apresentou a proposta de menor valor, sagrando-se vencedora do certame. 3. Inexistindo prova de dolo ou má-fé na conduta imputada ao demandado, não pode este ser apenado de forma objetiva. 4. Apelo não provido. (TRF1, APELAÇÃO CIVEL – 200935000245233, Relatora Des. Fed. Mônica Sifuentes, julgamento em 27.05.2014)

Posta a necessidade do elemento subjetivo, mais precisamente do dolo, cumpre apontar outro aspecto que se revela essencial ao deslinde da *quaestio*.

Se toda atuação ilegal caracterizar improbidade e toda improbidade for uma ilegalidade, então, os dois conceitos são, na verdade e por decorrência lógica, um só, havendo a diversidade de signos para um mesmo significado apenas por conveniência linguística, pois nada mais são do que sinônimos. Por outro lado, parece melhor entendimento aquele que compreende que nem toda ilegalidade representa uma improbidade, ainda que toda improbidade seja a concretização de um ilícito, de modo que o conjunto de atos ilegais é maior e engloba o mais restrito círculo no qual estão contidos os atos de improbidade. Uma diferenciação lógico-linguística preliminar que se revela fundamental para o que passa a ser exposto.

A caracterização de algo como ímprobo sujeita quem o comete à repressão estatal e para tanto é exigido o dolo no caso dos arts. 9º e 11, bem como admite-se a caracterização na modalidade culposa quando tem-se em vista o art. 10. Sujeito ao juízo de censura, ensejando a punição, revela-se hialino ser a improbidade não apenas coisa diversa, mas mais grave e repulsiva, do que a ilegalidade. No mesmo sentido, José Antonio Lisboa Neiva (*Improbidade Administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*, 2005, p. 17) ao comentar a possibilidade de cometimento de improbidade por violação do princípio da legalidade:

A interpretação literal chegaria ao absurdo e poderia caracterizar como ímproba – com todas as graves sanções impostas pelo constituinte e legislador ordinário – a simples violação das normas de trânsito por um servidor público, condutor de uma viatura oficial. Poder-se-ia

cogitar, outrossim, da hipótese em que o agente público viesse a anotar um recado pessoal em papel da repartição pública, com afronta em tese à Lei e com prejuízo ao erário. Não resta dúvida de que este último exemplo, pela sua insignificância afastaria qualquer responsabilidade do agente, mas é de fundamental importância delimitar um conceito de improbidade administrativa que evitasse confusão com outras figuras jurídicas (v.g. ilegalidade), distorções e injustiças.

Na medida em que a improbidade é diversa e mais grave do que a ilegalidade, não se admite que em casos nos quais há apenas um defeito formal na formação ou continuidade de contratos administrativos, sem que haja efetiva restrição à igualdade de competição, ocorra a incidência da censura emanada do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Isso sem sequer entrar no mérito da absoluta ausência de prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, vez que sequer há tais imputações no caso em tela, presumindo-se a idoneidade da prestação de serviços e fornecimento de bens na ausência de notícia de superfaturamento ou descompasso entre patrimônio e renda.

A contratação de fornecimento de bens com sociedade empresarial na qual a irmã do réu figura como sócia minoritária, por sua vez, deve ser compreendida tendo em vista o diminuto tamanho do município de Iaras/SP, cuja população apurada pelo IBGE¹ no Censo de 2010 era de apenas 6.376 habitantes. Realmente seria estranho que em Bauru, Sorocaba ou São José dos Campos ocorresse tal fato, mas tratando-se de urbe minúscula não deve surpreender que haja uma relação entre parente do Prefeito e o município, mormente quando nenhum elemento fáctico surgiu a indicar enriquecimento ilícito de qualquer um dos irmãos, sendo o preço praticado aquele normal na espécie, ausente sequer indício de superfaturamento, bem como não tendo sido sequer ventilado ganho extravagante a incrivelmente ampliar o patrimônio de qualquer um dos envolvidos. Aliás, fosse o caso de lucro indevido, então seria de rigor o direcionamento da ação de improbidade em face dos terceiros beneficiados, não podendo sequer figurar isolado no pólo passivo apenas o agente público.

Cumprir notar que a combinação dos parágrafos 3º e 7º do art. 22 da Lei de Licitações não exige, ao contrário do quanto sustentam CGU e MPF, que tenha havido três propostas válidas, mas três convites e até mesmo possibilita a contratação sem que seja alcançado tal número quando houver veemente limitação mercadológica, o que se observa no caso em tela quando vista a diminuta dimensão da urbe. Também em vista do tamanho e da estrutura do município não é difícil concluir que, dada a ausência de qualquer alegação de fraude, enriquecimento ilícito ou má-fé, erros jurídicos na contratação derivam da falta de planejamento e de assessoria adequada - e não de um proceder desonesto.

Por fim, cumprir notar que a caracterização da improbidade administrativa não se confunde com a mera irregularidade, sendo que até mesmo esta última poderia eventualmente ser debatida em demanda na qual poderia o Município ser compelido a atuar de modo diverso, mas isso em sede de juízo de adequação às melhores práticas administrativas, algo absolutamente diverso da hipótese em tela na qual almeja-se a punição do administrador da coisa pública que, aliás, não se pode esquecer estar submetido naturalmente ao juízo eleitoral que responde nas urnas ao gestor a respeito de como foi seu mandato.

Assim, o caso é de improcedência.

A respeito da necessidade de condenação em honorários em virtude da sucumbência,

¹ Consulta ao site do IBGE em 12.09.2014: <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=351925&search=sao-paulo|jaras>.

não há como admitir que haja condenação no caso de procedência e não exista na improcedência, sob pena de consagrar-se modelo assimétrico, violador da igualdade e que coloca o cidadão em permanente estado de sujeição moral e patrimonial decorrente de grave imputação que tem em seu desfavor. Note-se que MPF e União não são hipossuficientes e nem precisam de benesses extraordinárias para cumprir seus compromissos institucionais, devendo estar submetidos aos mesmos riscos que o cidadão comum – este sim vulnerável perante o poderio estatal. Uma benesse processual que prestigia a atuação das associações em juízo e que tem em vista a parca disponibilidade de recursos normal a tal espécie de agrupamento saído do seio da sociedade civil não pode, *tout court*, ser estendido ao Estado, a não ser que se queira consagrar um Leviatã e como tal o homem servir ao Estado quando o aceitável é apenas o inverso. Pertinente, portanto, a advertência de Nagib Slaibi Filho e Romar Navarro de Sá (*Sentença cível: fundamentos e técnica*, 7ª ed., 2010, p. 134):

Desnecessário observar que todas as normas que estabeleçam prerrogativas processuais devem ter interpretação restrita e não incidem se não tiverem, na aplicação, a eficácia de suprirem deficiências das partes, visando a lhes assegurar real tratamento igualitário.

Outra não é a conclusão alcançada por Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 25ª ed, 2012, p. 630-634):

Qual é a situação dos demais colegitimados, em face dos encargos da sucumbência?

Os legitimados desprovidos de personalidade jurídica (como o Ministério Público e órgãos estatais de defesa de interesses transindividuais, sem personalidade jurídica própria) responsabilizam a entidade a que pertencem; os demais legitimados (pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), arcam com os encargos da sucumbência, ressalva feita à situação especial das associações civis, já examinada acima.

[...]

Em caso de improcedência, não tendo o Ministério Público personalidade jurídica, não poderá ser condenado a pagar custas, honorários advocatícios ou outras despesas processuais: a responsabilidade pelos encargos da sucumbência será do Estado, quando se trate de atuação do Ministério Público estadual, ou da União, no tocante à atuação de qualquer dos ramos do Ministério Público da União. Nesse sentido, corretamente o Estatuto do Idoso aduz que, nas ações civis públicas, não se imporá sucumbência ao Ministério Público.

[...] Quanto ao mais, já anotamos que o art. 18 da LACP não isenta os autores de ação civil pública dos encargos da sucumbência salvo tenham agido de má-fé, mas sim só isenta a associação autora que não agiu de má-fé.

No mesmo sentido, veja-se o abalizado vaticínio de José Maria Rosa Tesheiner (*Ações Coletivas Pró-Consumidor*. Ajuris, Porto Alegre, (54): 75-106, mar. 1992):

Há que se distinguir adiantamento de despesas processuais e pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios. Qualquer que seja o autor da ação coletiva, não se exige que adiante numerário correspondente a despesas processuais (custas, emolumentos, honorários periciais, etc.). Julgada improcedente a ação, há condenação do autor nas despesas processuais e em honorários advocatícios, sendo ele o Ministério Público, a União, Estado, Município, o Distrito Federal, entidade ou órgão da administração pública, direta ou indireta. A sucumbência do Ministério Público ou de outro órgão da administração pública, sem personalidade jurídica, acarreta a condenação da pessoa jurídica em que se integra (União, Estado, Município, Distrito Federal). Julgada improcedente ação proposta por associação, não há condenação dela

no pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, salvo no caso de litigância de má-fé, tal como ocorria no sistema do CPC de 1939, por força do seu art. 63.

O Código do Consumidor não cogita da eventual má-fé do agente do Ministério Público ou de outro órgão da administração pública. A condenação somente é imponível, e *ex officio*, à associação autora e aos diretores responsáveis.

Com a mesma fundamentação e alcançando o mesmo entendimento tem-se, ainda, o vaticínio de Cassio Scarpinella Bueno (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol.2, tomo III, 2010, p. 239 e 240):

Da leitura do dispositivo é correta a conclusão de que “as ações civis públicas”, isto é, os processos em que os legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 pretenderem a tutela jurisdicional dos bens jurídicos referidos em seu art. 1º, afastam-se do regime de custas do Código de Processo Civil (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Diferentemente não há adiantamento de custas nem das despesas processuais em geral. Isto, contudo, não significa que os referidos arts. 17 e 18 tenham tornado gratuita a “ação civil pública”. O que há é a desnecessidade de adiantamento das custas e não a desnecessidade de seu pagamento a final, uma vez fixados os responsável pela “sucumbência”.

Apenas as associações (art. 5º, V, da Lei nº 7.347/85) é correto sustentar a regra da gratuidade: nem adiantamento nem responsabilização final pelas custas e despesas processuais. Mesmo com relação a elas, contudo, deve ser observada a diretriz do art. 17 da Lei nº 7.347/1985, segundo a qual “em caso de litigância de má-fé”, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Afinal, mesmo o art. 18 da Lei da Ação Civil Pública que prevê a isenção dos honorários sucumbenciais prevê tal excepcionalidade apenas e expressamente em relação às associações – e não em favor da União e do MPF. Como a União responde financeiramente pelo MPF, é ela que deverá arcar com os honorários advocatícios que são fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

III – Dispositivo:

Julgo improcedente o pedido.

Condene os autores ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de honorários advocatícios aos patronos do réu com divisão por igual entre os profissionais que atuaram em sede defensiva.

Ao SEDI para as regularizações necessárias, visto que o Advogado Tiony Aparecido de Barros, um dos advogados responsáveis pela defesa do réu, foi cadastrado como Advogado da União.

Remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região para reexame necessário.

Como o réu não atendeu ao comando jurisdicional que determinou o esclarecimento a respeito de qual seria o causídico que estaria agora incumbido de sua defesa, de forma que a intimação na pessoa de qualquer dos Advogados com procuração às fls. 102 (Saulo de Oliveira Baldani – OAB/SP nº 75.727) e 648 (Tiony Aparecido de Barros – OAB/SP nº 223.223) será considerada válida para fins de ciência do réu que não pode aproveitar-se de confusão a qual deu causa. Considera-se revogada tacitamente a procuração de fl. 45, sem prejuízo da parti-

cipação do rateio dos honorários sucumbenciais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se atentando ao aduzido supra a respeito da revogação tácita de um dos mandatos.

Avaré, 16 de setembro de 2014.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

EMBARGOS DE TERCEIROS

0000877-64.2014.4.03.6131

Embargantes: BIANCA FANTASIA CORREA E JULIA FANTASIA CORREA

Embargada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/08/2014

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de embargos de terceiros, distribuídos por dependência em autos de execução por título extrajudicial, movimentados por BIANCA FANTASIA CORREA e JÚLIA FANTASIA CORREA, menores absolutamente incapazes (representadas, para o ato, pela mãe CAROLINA LUCIANA FANTASIA), contra a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. Sustentam preliminar de irregularidade na representação processual, nulidade do título executivo, e, quanto ao mérito, pretendem a desconstituição do crédito pretendido pela embargada. Juntaram documentos às fls. 11/62.

A embargada apresenta contestação, às fls. 69/72 arguindo, em preliminar, a inépcia da petição inicial, contestando as preliminares opostas à execução, bem como, quanto ao mérito, pugnano pela improcedência da demanda.

É o relatório.

Decido.

A questão versada revolve condições da ação, tema que pode ser conhecido diretamente pelo Juízo, *ex officio*, sendo por tais razões, dispensada a intercessão prévia do DD. *Parquet* Federal, até mesmo porque as conclusões que ora se adotam são coerentes com a objetividade jurídica tutelada pela intervenção, nos autos, deste importante Órgão da República. Entretanto, e em reverência à atuação funcional do MPF, delibero no sentido de se dar vista dessa sentença ao Douto Representante Ministerial, oportunamente.

Está presente hipótese de ilegitimidade passiva *ad causam* das executadas indicadas na petição inicial da execução que ora vem a talho.

A inicial da demanda satisfativa foi dirigida contra ESPÓLIO DE MISAEL RICARDO CORREA. Ocorre que, como informa a própria exequente, *não há* registro de abertura de processo de inventário, demonstração efetivada pela documentação acostada à inicial da execução às fls. 45/46 desses autos.

Nesta circunstância, não há como admitir o redirecionamento da execução, sem mais, àquele quem, supostamente, seria o administrador provisório da deixa, nem mesmo com base no que dispõe o *art. 1.797, II do CCivil*.

Por evidente, que não se desconhecem os precedentes jurisprudenciais que admitem, até a assinatura do termo de compromisso e posse do inventariante, a *legitimatío ad causam* do administrador provisório (cf. nesse sentido, *v.g.*: TAPR, 8ª Câmara Cível, Ap. nº 0220519-4, Rel. Juiz Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, ac. 29.04.2003, DJPR 09.05.2003).

Mas isto – bem compreendido – desde que *haja processo judicial de inventário já instaurado, ou em vias sê-lo*, e que, por qualquer motivo, ainda não nomeou inventariante definitivo. Somente nesses casos, e com esta remarcada característica de *transitoriedade* é que se admite (nos termos dos arts. 985 e 986, ambos do CPC), a representação processual – pre-

cária e transitória – desse administrador que, como o próprio nome diz, há de ser *provisório*.

Digo isto porque essa possibilidade de ajuizamento da ação em face do administrador provisório *passa a não mais existir, nas hipóteses em que não há notícia de inventário instaurado ou em vias disso ocorrer*.

Nesses casos, bem obtempera a jurisprudência dos Tribunais, que não se admite, de forma alguma, o redirecionamento, puro e simples, da execução em face dos herdeiros. É do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA o precedente que indico na sequência:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO FORMULADO CONTRA OS HERDEIROS DO SÓCIO-GERENTE.

1. Conforme orientação desta Corte, é viável o redirecionamento da execução fiscal na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pois tal circunstância acarreta, em tese, a responsabilidade subsidiária dos sócios, que poderá eventualmente ser afastada em sede de embargos à execução.

2. *Contudo, no caso dos autos, a Fazenda Nacional requer o redirecionamento do processo executivo fiscal para os herdeiros do representante legal da empresa executada.*

3. Nos termos do art. 4º, III, da Lei 6.830/80, “a execução fiscal poderá ser promovida contra o espólio”. “O termo espólio pode ser usado como sinônimo de herança. Na prática, porém, utiliza-se no sentido de herança inventariada, ou seja, herança em processo de inventário” (FIUZA, Cesar. “Direito civil: curso completo”, 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pág. 1.003). *Na hipótese, a própria recorrente admite que inexistente inventário. Ressalte-se que, nos termos do art. 985 do CPC, “até que o inventariante preste o compromisso (art. 990, parágrafo único), continuará o espólio na posse do administrador provisório”, de modo que este “representa ativa e passivamente o espólio” (art. 986).*

4. Por tais razões, *é imperioso concluir que: 1) antes de se efetuar a partilha, é viável o pedido de redirecionamento do processo executivo fiscal para o espólio, que será representado pelo administrador provisório, caso não iniciado o inventário, ou pelo inventariante, caso contrário; 2) efetuada a partilha, por força do disposto no art. 4º, VI, da Lei 6.830/80 (“a execução fiscal poderá ser promovida contra sucessores a qualquer título”), é possível redirecionar a execução para o herdeiro, que responde nos limites da herança (art. 1.792 do CC/2002), “cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube” (art. 1.997 do CC/2002).*

5. *Assim, como bem ressaltou o Tribunal a quo, inexistindo inventário, mostra-se inviável, desde logo, incluir os herdeiros no pólo passivo do processo executivo fiscal. Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de novo pedido de redirecionamento, dentro das circunstâncias supramencionadas.*

6. Recurso especial desprovido (g.n.). (REsp 200601840124, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 12/05/2008).

Até porque, convenha-se que admitir, em casos que tais, o simples e raso ajuizamento da execução em face dos herdeiros (ou o redirecionamento de ação já ajuizada, o que dá no mesmo) implicaria vulneração frontal e imediata dos dispositivos legais constantes dos arts. 1.792 e 1.997, ambos do CC.

Isso porque, como cediço, os herdeiros respondem pela dívida do falecido nos limites das forças da herança recebida, e, como diz a lei, *verbis* “cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube” (art. 1.997 do CC/2002).

Ora, é justamente essa *delimitação de responsabilidade dos herdeiros* que se prejudica na hipótese aqui adversada, porquanto ela *somente é possível a partir do momento em que se torna conhecida a universalidade de bens que compõe a herança, e, via de consequência, a*

extensão dos quinhões individuais de cada um dos sucessores. E esse conhecimento somente tem lugar a partir da instauração do competente processo de inventário ou, pelo menos, de um arrolamento de bens.

Sem esse cuidado, incide-se no risco, não irrelevante, de que as partes executadas acabem respondendo pelo débito como um todo, de forma integral, e sem qualquer limite, decerto para muito além das forças da herança.

Justamente por esta razão é que, pelo cuidado que a tanto deve dispensar o Juiz da execução, não há como acatar o ajuizamento da execução forçada em face das pessoas aqui indicadas, nem mesmo na condição de administradoras provisórias da herança (que elas não são porque não existe processo de inventário em curso), porque presente possibilidade concreta de que a execução extrapole aos limites das responsabilidades dos sucessores, aqui acionados diretamente.

Bem por esta razão, é que os Tribunais Regionais Federais do País, sensíveis a esta vicissitude têm obstado, nestas hipóteses, o ajuizamento direto da execução, ou seu redirecionamento em face dos sócios.

Arrolo, na sequência, precedente do C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CÔNJUGE SUPERSTÍTE. SUPOSTO ADMINISTRADOR PROVISÓRIO DO ESPÓLIO. FALTA DE PROVA DE EXISTÊNCIA DE INVENTÁRIO. REJEIÇÃO DO PEDIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A indicação do cônjuge supérstite pelo Fisco é baseada unicamente na ordem preferencial de nomeação de administrador de herança explicitada no art. 1.797 do Código Civil Brasileiro em vigor, *quando paira relevante dúvida objetiva em relação ao próprio curso de qualquer inventário*, considerando-se o fato de o óbito de NICOMEDES ALVES GUEDES ter ocorrido em 20 de maio de 2003.

2. Diante de tão largo transcurso de tempo, cumpre à Fazenda Nacional diligenciar para obter informações mais concretas quanto à situação patrimonial da empresa devedora e possíveis corresponsáveis.

3. Fundamentos do decisório de primeiro grau: “A documentação acostada às fls. 93/98 não comprova a qualidade de representante legal do espólio da pessoa indicada, inviabilizando o pedido da exequente. Ademais, decorridos 10 (dez) anos do óbito, é possível supor que tenha ocorrido partilha de bens do ‘de cujus’. Neste caso, caberia a seu(s) herdeiro(s) responder(em) pela dívida, na medida de seu quinhão, a teor do art. 597 do Código de Processo Civil”. Agravo de instrumento desprovido (g.n.). (AG 00051087720134050000, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data:10/10/2013 - Página: 170.)

É exatamente a situação que se prenuncia em causa, já que o óbito do devedor deu-se aos 07/03/2010, quase quatro anos antes de ajuizada a execução, conforme certidão de óbito de fls. 44. O que permite supor que não vá mesmo se realizar qualquer inventário, e já até tenha ocorrido a partilha dos bens entre os herdeiros.

Sucedo que, da forma como veio ao protocolo judiciário, a execução não pode ser aceita, porque, pura e simplesmente, *substitui o de cujus, diretamente* por seus herdeiros (e não por seu espólio, transitoriamente representado pelo administrador provisório), que, a partir desse momento, passam a responder de forma *peçoal e ilimitada pelo valor total do débito*. O que, como visto, contraria o disposto nos arts. 1792 e 1997 do CCivil.

Bem por isso, aliás, é que a situação não retrata irregularidade ou ausência de *representação processual* (falta de pressupostos). A hipótese é de *carência de ação* por ausência

de *legitimidade passiva das executadas*, que não ostentam legitimação para responder, em nome próprio, por débitos do *de cujus*. Quem responde pelos débitos do autor da herança é o seu espólio, e não seus sucessores, diretamente.

Em remate, pondere-se que, com a superveniência da morte do devedor, deve se seguir, *necessariamente*, a abertura de inventário (ou qualquer um dos sucedâneos admissíveis) no prazo máximo de 30 dias, conforme determinação do art. 1.796 do CC (art. 983 do CPC). É claro que, por isso mesmo, *a situação denunciada nos autos é obviamente irregular*.

Irregularidade, entretanto, que *não impede a credora de prosseguir no intento se satisfazer o seu crédito, porque detém legitimidade concorrente para a abertura do inventário o credor do autor da herança (art. 988, VI do CPC)*. Daí porque, em ordem a satisfazer o direito que advém do título, deve a aqui exequente, seguindo os recortes legais aplicáveis, requerer ao *Juízo competente* a abertura do inventário do *de cujus*, como forma de exigir o seu crédito, aí sim, em face de um *espólio* regularmente constituído.

Da forma como consta dos autos, outra solução não resta senão o indeferimento da petição inicial da execução (parte manifestamente ilegítima: *CPC, art. 295, II*), com a consequente extinção do processo, sem apreciação do mérito.

Sendo esta a solução, que se adota de ofício (*art. 267, § 3º do CPC*), restam prejudicados os embargos de terceiros aqui aviados. Não há necessidade para o processo de embargos, se a execução de que este é dependente foi, embora por outro motivo, extinta.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta:

(1) Reconheço, *ex officio*, a ilegitimidade passiva *ad causam* das ora embargantes, executadas nos autos do apenso, e o faço para, com fundamento nos arts. 1792 c.c. 1997, ambos do CC, c/c art. 295, II e 267, VI, c.c. art. 591, do CPC, JULGAR EXTINTA, sem resolução do mérito da lide, a execução que tramita no apenso (*Processo nº 0000087-80.2014.403.6131*), determinando-se, o levantamento de todas as eventuais medidas constritivas ali porventura existentes; e,

(2) *Em consequência*, reputo a prejudicados os presentes embargos de terceiros, e o faço para JULGAR EXTINTO o processo, sem apreciação do mérito, por ausência de interesse de agir, modalidade necessidade, tudo com fundamento no art. 295, III c.c. art. 267, VI, ambos do CPC.

Tendo em vista que a exequente deu causa ao ajuizamento da presente demanda, deverá responder pela sucumbência. Arcará a embargada/ exequente, vencida, com o reembolso das custas e despesas processuais eventualmente adiantadas pela parte contrária, e mais honorários advocatícios, que estabeleço, com fundamento no artigo 20, § 3º do CPC, em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito.

Traslade-se esta sentença, por cópias simples, para os autos da execução em apenso, procedendo-se às devidas certificações.

Ad cautelam, ciência ao MPF.

P.R.I.

Botucatu, 12 de agosto de 2014.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE