

• SETEMBRO – OUTUBRO DE 2002 •

ISSN 0102-8413

REVISTA FORENSE

FUNDADA EM 1904

PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES

Mendes Pimentel
Estêvão Pinto

IN MEMORIAM

Bilac Pinto
Antonio Pereira Pinto
J. de Magalhães Pinto
José Monteiro de Castro
José de Almeida Paiva
José de Aguiar Dias
Miguel Seabra Fagundes

DIRETORES

Regina Bilac Pinto
José Carlos Barbosa Moreira
Francisco Bilac M. Pinto Filho
Guilherme Pinto Zingoni

COLABORADOR SÊNIOR

Caio Mário da Silva Pereira



Da intervenção da União Federal, como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos de decisão jurisdicional. Leis nº 8.437/92, art. 4º e nº 9.469/97, art. 5º

Fui consultado pelas empresas (*omissis*), através seus ilustres advogados Drs. Marcelo Avancini Neto e Henrique Di Yorio Benedito, integrantes de Pinheiro Neto Advogados, a respeito de lide que as consulentes mantêm com a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, principalmente no alusivo à natureza e prerrogativas processuais da União Federal, como interveniente no processo judicial.

Passemos, pois, a uma resumida análise dos fatos e das questões de direito.

I – SINOPSE DOS FATOS PROCESSUAIS RELEVANTES

1. A Cia. Hidro Elétrica do São Francisco, *sociedade de economia mista federal*, empresa do sistema Eletrobrás, ingressou, em abril de 1994, contra as empresas ora consulentes, com ação declaratória e de repetição de indébito, ajuizando-a perante a 5ª Vara Federal da cidade de Recife-PE.

Alegou a autora, então, que as demandadas, integradas no “Consórcio Xingó” e vencedoras na licitação para a construção da Usina Hidrelétrica de Xingó, no Rio São Francisco, conseguiram, através cláusula aditiva ao contrato originário, fosse aceito um *reajustamento de preços* com base no denominado “Fator K”. Posteriormente, invocando parecer de eminente jurista e em face de denúncias de superfaturamento, resolveu a demandante *sustar* o pagamento de parcelas desse reajustamento.

Em preliminar, como as ações nominativas da autora pertencem, no percentual

de 99,985%, à União, sustentou a *competência da Justiça Federal*, forte no asserto de que as sociedades de economia mista federais deverão ser equiparadas às empresas públicas federais, tendo resultado de “equivoco” os Enunciados nºs 517 e 556 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

De mérito, argúi a “nulidade absoluta” do “Fator K”, fruto da malícia das ora consulentes – as quais se teriam aproveitado da “ignorância” da autora sobre as consequências de tal cláusula (inciso 52 da inicial) –, e pretende a *declaração* dessa nulidade e a *condenação* das demandadas à repetição, em dobro (art. 1.531, Código Civil), do que lhes teria sido pago indevidamente pela CHESF.

Deu à causa o valor de CR\$ 4.400.000.000,00 (quatro bilhões e quatrocentos milhões de cruzeiros reais).

A União Federal, logo após, *requereu sua intervenção na causa*, com invocação ao art. 50, CPC, e ao art. 2º, Lei 8.197/91.

2. *Contestam as demandadas*. Prefacialmente, negam o interesse jurídico da União para intervir como “assistente” de uma concessionária de serviços públicos, eis que o contrato e seus aditivos foram assinados pela CHESF em nome próprio, sem que a União deles fosse partícipe; além disso, a intervenção fundada no art. 2º da Lei 8.197/91 não resulta em “deslocamento de competência” da Justiça Estadual para a Federal. Lembram, a respeito, que o STJ já explicitou, em sua Súmula nº 42, a competência da Justiça comum para processar as

causas em que são partes sociedades de economia mista (*RSTJ*, 22/58).

Sustentam as ora consulentes a plena validade do fator de reajuste (não de revisão!) de preços, resultante de demoradas e livres negociações entre os contratantes, efetuadas em época marcada pelo infausto Plano Cruzado e o reinício da espiral inflacionária, impondo-se, pois, providência capaz de assegurar a manutenção do “equilíbrio econômico-financeiro” inicial do ajuste.

E vieram com *reconvenção*, rogando a *condenação da reconvida ao pagamento das parcelas em atraso do fator de reajuste*.

3. Havendo as rés interposto *agravo de instrumento* no alusivo à questão da *competência*, o Eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por sua 1ª Turma e em v. aresto datado de 23.5.1995, veio a decidir *pelo cabimento da intervenção da União*, independente da prova de interesse jurídico, mas *sem a eficácia de transferir a competência para a Justiça Federal*, “posto que a lei ordinária não pode ampliar o alcance da norma do art. 109, inciso I, da Constituição”; da ementa ainda consta que “o interesse que, extrajudicialmente, é exercitado por intermédio da sociedade de economia mista, não atribui à União a condição de assistente nas causas em que aquela é parte”. *Dessa decisão a União não recorreu*.

O recurso especial da CHESF, pertinente a este tema da competência, *não foi conhecido pela Eg. 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça*, por “absoluta ausência de prequestionamento” das questões federais suscitadas.

4. Remetido o processo à Justiça do Estado, o MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível de Recife, por sentença de dezembro de 1997, julgou *improcedentes os pedidos formulados pela CHESF* e deu pela *procedência da reconvenção*, com determinação à A., como reconvida, para que pague às reconvincentes os “valores pendentes, concernentes às faturas do Fator K, devidamente corrigidos, até a data do efetivo pagamento”.

Além disso, *na sentença (decisum, item d)* o magistrado deferiu o pedido de *antecipação de tutela* formulado pelas ora

consulentes, “para determinar que a CHESF promova o pagamento, imediato, dos valores concernentes às faturas do Fator K, de imediato, corrigidos monetariamente” (sic).

As ora consulentes iniciaram, assim, aos 10.11.1998, a *execução provisória* da condenação imposta na reconvenção, pelo valor de *R\$ 245.175.041,63*.

5. Contra a sentença *dois* recursos foram interpostos (aliás em desacordo com a posição da doutrina majoritária, que considera cabível apenas a apelação, nela sendo incluída a contradita à tutela “antecipada”). No alusivo à “antecipação” dos efeitos da tutela, tanto a CHESF como a União manifestaram *agravos de instrumento*. Quanto ao mérito propriamente dito, *apelaram* as partes e igualmente *apelou* a União Federal.

5.1. A Eg. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, à unanimidade, *negou provimento aos agravos, a uma* pela existência de pleno “juízo de certeza”, que superou o de verossimilhança máxime diante da procedência da reconvenção, e *a duas* porque a execução da decisão antecipatória far-se-á sob as cautelas do art. 588, inciso II, CPC, exigente de caução idônea para o levantamento de depósito em dinheiro.

A União interpôs recurso especial e recurso extraordinário.

5.2. No alusivo às *apelações*, o colegiado recursal *negou provimento aos recursos da União e da CHESF*, e deu parcial provimento à apelação das rés, quanto à verba honorária.

O ponto fulcral de mérito ficou assim resumido na ementa:

“O chamado Fator K, utilizado como critério de reajustamento do valor dos contratos administrativos, é reconhecido como legítimo pelo Tribunal de Contas da União e tem por objetivo manter o seu equilíbrio econômico-financeiro, o que decorre da própria garantia constitucional (art. 37, XXI, CF). Ademais, não pode ser considerado nulo o aditivo contratual celebrado sem qualquer ranhura nos princípios básicos do direito contratual, mas precisamente os da autonomia da vontade, da supremacia da or-

dem pública, da obrigatoriedade dos pactos e da boa-fé.”

Do v. acórdão a União interpôs recurso especial e recurso extraordinário.

6. Neste passo a União Federal, em dezembro do ano transacto e por intermédio de seu il. Advogado-Geral, dirigiu-se ao eminente Min. Presidente do Superior Tribunal de Justiça requerendo a “suspensão da decisão antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional”.

Invoca, para tanto, a qualidade de “assistente da Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, sociedade de economia mista federal, a legitimar o presente pedido”, e busca arrimo no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 e no art. 4º e parágrafos da Lei nº 8.437/1992 – com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, permissivo do pedido de suspensão quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a “liminar” referida no dito artigo.

O pagamento imediato do crédito das empresas reconvintes, no montante de R\$ 700 milhões, seria capaz de inviabilizar pagamentos e investimentos que a CHESF deverá cumprir, cumprindo neste passo ponderar os problemas trazidos pela “grave crise de energia elétrica” que assola todo o País, “especialmente aquela região, pobre e destituída de um mínimo de recursos”. Sustenta a União que o caso não autoriza a tutela antecipatória, por ausência de seus requisitos legais. Daí, segundo a peticionária, o perigo de “grave lesão à ordem jurídica, à ordem administrativa e à economia pública”.

7. O eminente Min. Paulo Costa Leite, então na Presidência do Col. Superior Tribunal de Justiça, conhecendo da Petição nº 1.621 – PE, *deferiu o pedido*, como formulado, “não só pela magnitude da expressão econômica cujo desembolso imediato se persegue”, mas, conforme o il. Presidente, “muito mais pela repercussão imediata dos seus efeitos em região que convive com a dificuldade gerada pelo racionamento de energia” (dec. de 18.12.2001).

8. Neste ínterim, haviam as empresas *oferecido petição* alertando o eminente Pre-

sidente do STJ de que a União agia de má-fé, inclusive ao tergiversar sobre sua posição na relação jurídica processual e no afirmar que o crédito contra a União seria de R\$ 700.000.000,00, quando em realidade *era de R\$ 245.175.024,63 o valor da execução provisória*. A quantia de R\$ 700.000.000,00 representa, isto sim, o valor atribuído por decisão judicial à ação ajuizada pela CHESF contra as empresas construtoras, demanda aliás já julgada improcedente em ambos os graus de jurisdição.

Além do mais, referiram as consulentes que à União só assiste legitimidade para o pedido de suspensão nas causas em que o Poder Público figura como *parte* na demanda e haja sido condenado, “e não naquelas em que for mera interveniente *adjuvandum*, sem interesse jurídico e sem sequer o *status* de assistente”. A CHESF, todavia, é sociedade de economia mista, com personalidade jurídica e patrimônio próprios. Lembram as peticionárias que o levantamento de qualquer importância pelas postulantes, na execução provisória, estará sujeita, em qualquer caso, à prestação de caução idônea.

9. Esta petição foi recebida como *agravo regimental (rectius, agravo interno)* e impugnada pela agravada, inclusive com a afirmativa de que ela, a União, “também integra o pólo ativo da demanda como assistente, ainda que seja como coadjuvante e, nessa qualidade, cuidou de demonstrar o prejuízo do erário público com a manutenção da r. decisão atacada, o que, por si só, autorizou a concessão da suspensão liminar”.

10. Note-se desde logo que a União, por *duas vezes distintas*, já tentara obter decisão impeditiva da execução provisória. Um primeiro pedido, intentado perante a Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, foi pela Corte Especial (em 17.12.2001) tido por prejudicado ante o julgamento dos agravos de instrumento manifestados contra a concessão da tutela antecipada. E em 11.12.2001 a Eg. 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça *negou liminar* na Medida Cautelar nº 4.489-PE, requerida pela União, em caráter incidental ao

REsp. nº 251.353-PE, visando à suspensão da eficácia de toda e qualquer ordem de pagamento pela CHESF.

II – DA NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

11. Convém, antes do mais, lembrar que a CHESF, em sua inicial (itens 23 e ss.), afirmou que o Supremo Tribunal Federal teria cometido grave “equivoco”, fruto de exacerbado “simplismo”, no editar as Súmulas nºs 517 e 556, *verbis*:

“Súmula 517 – As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente.”

“Súmula 556 – É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.”

Sustenta, em decorrência, ser competente a Justiça Federal para conhecer e julgar a demanda, arguindo que o art. 109, I, CF, dever-se-ia aplicar, por “analogia”, às sociedades de economia mista federais, tais como a CHESF, esta como concessionária de serviço público federal de energia elétrica e da qual as ações ordinárias pertencem, em sua totalidade, à Eletrobrás.

Interessante aqui notar que, se “equivoco” houvesse – e não houve equivoco algum – teria sido cometido também pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja Corte Especial editou, em 14.5.1992, o seguinte enunciado:

“Súmula 42 – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.”

12. Destarte, não será a circunstância de ser a CHESF uma empresa de economia mista que irá atribuir competência à Justiça Federal, mesmo porque o patrimônio da sociedade de economia mista não se confunde com o patrimônio da entidade de direito público sua maior acionista; o patrimônio da sociedade de economia mista é patrimônio privado, disponível, alienável, penhorável.

Na lição do consagrado e saudoso Hely Lopes Meirelles, “como pessoa jurídica privada, a sociedade de economia mista

deve realizar, em seu nome, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, mas de natureza técnica industrial ou econômica, suscetíveis de produzir renda e lucro, que o Estado tem interesse na sua execução mas reputa inconveniente ou inoportuno ele próprio realizar, e por isso, outorga ou delega a uma organização empresarial privada, com sua participação no capital e na direção da empresa, tornando-a mista e fomentando-a na sua criação e desenvolvimento” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed., Malheiros, 1997, p. 333).

Diogenes Gasparini refere que o patrimônio da sociedade de economia mista “pode ser utilizado, onerado e alienado nos termos de seus atos constitutivos, independentemente de prévia autorização legislativa, desde que para alcançar seus objetivos. Destarte, o patrimônio dessas entidades garante as obrigações assumidas, dado que no plano obrigacional equiparam-se às entidades privadas, conforme consignado no art. 173, § 1º, da Lei Maior. Ademais, dito patrimônio não é prestigiado pelas cláusulas da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade” (*Direito Administrativo*, 4ª ed., Saraiva, 1995, p. 274).

13. O legislador constituinte, seguindo aliás sistemática já anteriormente adotada, resolveu, ao estabelecer a competência da Justiça Federal, dispor, no art. 109, I, serem de sua competência “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, forem interessadas na condições de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto (...)”.

O legislador constituinte não incluiu em tal rol as sociedades de economia mista, certamente tendo em consideração suas características em confronto com as características das autarquias (nestas incluídas as “fundações de direito público” – RE. nº 101.126, Rel. Min. Moreira Alves, RDA 160/85) e das empresas públicas.

Se a entidade paraestatal é sociedade de economia mista e como tal conceituada em seu ato constitutivo, pouco importará, para excluí-la da competência *ratione personae* (que é absoluta) da Justiça Federal, qual seja o percentual de participação do Poder Público em sua composição acionária.

Firmada destarte a competência, para o julgamento da demanda, da Justiça Estadual, passemos adiante.

III – DA “INTERVENÇÃO” DA UNIÃO FEDERAL NA CAUSA PENDENTE

14. A União Federal, imediatamente após ajuizada a demanda, requereu sua inclusão na relação jurídica processual na qualidade de *assistente*, arguindo que tal intervenção sustentaria a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, CF.

A respeito da natureza processual dessa intervenção, revela-se preciso o aresto proferido pela Eg. 1ª Turma do TRF da 5ª Região, do qual foi relator o il. Des. Federal Hugo Machado. No voto condutor é feita remissão a v. aresto do Col. Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, acórdão relatado pelo eminente Min. Aldir Passarinho (RE. nº 119.429, j. 29.5.1990, RTJ 132/910) sob a ementa seguinte:

“Competência – Justiça Estadual – Justiça Federal – Concessionária de Serviço Público – Exclusão da União.

Em se tratando de demanda entre companhia concessionária de serviço público, no caso a CESP – Companhia Energética de São Paulo, e particular, justificável a decisão do Juiz Federal que não considerou a União como parte e, em conseqüência, declinou de sua competência para a Justiça estadual.

A União apenas participa da empresa de eletricidade como acionista e esta não integra nem mesmo a Administração indireta. Não havendo interesse daquela senão remoto, indireto, não há como fixar-se a competência da Justiça Federal.”

15. No caso assim invocado o Supremo Tribunal Federal não conhecera do apelo extremo intentado pela União contra aresto do antigo Tribunal Federal de Recursos, cujo relator, o eminente Min. Garcia Vieira, havia afastado a competência da Justiça Federal sob o argumento, inclusive, de que o interesse remoto ou mediato que a União teria, na qualidade de acionista da CESP, “não transfere da Justiça comum para a Federal a competência para julgar as ações relativas a essa empresa. O âmbito de

atuação da Justiça Federal é excepcional de acordo com o art. 125 da Constituição Federal, que não abrange todos os interesses da União e sim apenas aqueles lá especificados”.

Referiu o eminente Min. Aldir Passarinho, no Pretório Excelso, que a CESP “é empresa concessionária de serviço público e dela participa a União como acionista. Não integra ela, deste modo, nem a Administração direta federal, nem a indireta, e seu interesse na causa é remoto, sendo apenas sua integração na lide como assistente simples, e não qualificado, e por isso mesmo é que a União não recorreu. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em hipóteses similares, é absolutamente tranqüila, pois não é da competência da Justiça Federal processar demandas em que o interesse da União seja apenas remoto, indireto, não justificando sua assistência qualificada, mas tão-somente ad adiuvandum*” (g.n.).

16. Já no caso ora sob consulta, lê-se no pronunciamento do Rel. Des. Federal Hugo Machado (Ag. Inst. nº 4.176-PE) que o alegado fato de serem aplicadas verbas federais nas obras realizadas pela CHESF “não quer dizer que exista um interesse jurídico, direto, da União, nem quer dizer que os atos da CHESF sejam atos de gestão orçamentária da União. De interesse direto não se cuida porque as relações jurídicas no caso postas em questão ligam as agravantes à agravada, unicamente. Não vinculam a União. Nem são os atos da CHESF atos de gestão orçamentária da União, porque a gestão orçamentária desta se realiza no momento da destinação de suas verbas à CHESF, que tem patrimônio próprio (*omissis*). Não atribui, portanto, à União a condição de assistente nas causas em que aquela é parte”.

Absolutamente jurídica tal conclusão. Já o disse o Superior Tribunal de Justiça, no CC. nº 2.834: “A circunstância de ser uma das partes empresa concessionária de serviços públicos de energia elétrica não define a competência da Justiça Federal para a causa.” (STJ, 2ª Seção, j. 9.9.1992, Rel. Min. Fontes de Alencar)

17. A intervenção por *assistência*, mencionamos em sede doutrinária, é uma

forma de intervenção espontânea, e que ocorre não por via de “ação” mas sim por “inserção” do terceiro na relação processual pendente (*Intervenção de Terceiros*, 13ª ed., Saraiva, 2001, p. 139, n. 66.1).

Não é qualquer interesse que autoriza um terceiro a intervir no processo em favor de uma das partes, mas sim apenas o interesse jurídico. O interesse, v.g., meramente afetivo, ou meramente econômico, ou de ordem política ou administrativa, não faculta a assistência: “O interesse em intervir é o que resulta do nexo de interdependência entre a relação jurídica de que seja titular o terceiro, e a relação jurídica deduzida no processo, por força da qual, precisamente, a decisão se torna capaz de causar prejuízo àquele.” (TJRS, 1ª Câmara Cível, Ag. Inst. nº 27.064, Rel. Des. Túlio Medina Martins, j. 23.11.1976)

18. Com efeito, “defendendo o interesse alheio, o assistente também defende o seu próprio interesse, pois sua situação jurídica é suscetível de ser influenciada, para melhor ou para pior, pela decisão” (*Intervenção de Terceiros*, cit., n. 67.3).

Vale aqui explicitar que a distinção entre a assistência “simples”, meramente adesiva, e a litisconsorcial reflete-se no âmbito dos poderes processuais concedidos ao assistente. Nos casos de assistência adesiva, o assistente atua sempre “complementando” a atividade processual do assistido e de conformidade com a orientação traçada pelo assistido, ou, pelo menos, nunca em antagonismo com o posicionamento do assistido. Ubiratã de Couto Maurício alude a que o assistente simples “não pode praticar nenhum ato processual que esteja em oposição com a atividade processual do assistido. Porém, se chegar a efetivá-lo, deve ser tido como inválido” (*Assistência simples no direito processual civil*, RT, 1983, p. 124).

A existência do jurídico interesse na intervenção não torna o assistente, a rigor, “parte” no processo, pois não formula pedido algum, nem pedido algum é formulado contra ele. É um “sujeito” do processo, um “coadjuvante” do litigante a quem assiste. Não é menos verdade, no entanto, que em defendendo o interesse alheio, isto é, o interesse do assistido, o assistente indireta e me-

diatamente age com vistas a defender um seu (invocado) direito; e é exatamente essa defesa mediata de um seu direito que lhe confere o interesse “jurídico” na intervenção (*Intervenção de Terceiros*, cit., n. 67.3)

19. Quanto à União Federal, impende sublinhar que pode intervir em processo pendente nos mesmos termos em que pode fazê-lo qualquer pessoa jurídica de direito público ou de direito privado. Exigível, destarte, o “interesse jurídico” a possibilitar a intervenção do terceiro.

No entanto, a *Lei nº 5.010/66*, que organizou a Justiça Federal, em seu art. 70 dispôs sobre a intervenção obrigatória da União nas causas em que figurassem, como autores ou réus, os partidos políticos, bem como “as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal”.

Esta disposição veio a ser *modificada* pela *Lei nº 6.825/80*, art. 7º, a cujo respeito considerou o STJ, por sua 2ª Seção, cuidar-se de “modalidade especialíssima de assistência”, *adjuvandum tantum*, que não exigia tivesse a União interesse estritamente jurídico na causa; em consequência, em tais hipóteses não se daria o deslocamento de competência para a Justiça Federal (CC. nº 1.755, ac. de 8.5.1991, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *RSTJ* 22/58).

A seguir, a *Lei nº 8.197*, de 27.6.1991, por seu art. 2º, assim tratou a matéria:

“Art. 2º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou réus as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais.”

20. A *Lei nº 8.197* foi *revogada* pela Medida Provisória nº 1.561, finalmente convertida na *Lei nº 9.469*, de 10.7.1997, cujo art. 5º assim passou a dispor:

“Art. 5º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou réus, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja

decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”

Como se verifica, de conformidade com o *caput*, resultou mantida a possibilidade (não a obrigatoriedade) de a União intervir nas causas em que seja parte entidade da Administração indireta, sem necessidade de demonstrar interesse estritamente jurídico em que a sentença venha a ser favorável à entidade assistida. Com efeito, se existente o interesse jurídico, o caso estaria já subsumido nas previsões do Código de Processo Civil.

21. Novidade maior está no parágrafo, segundo o qual a pessoa jurídica de direito público (portanto, a Administração centralizada, as autarquias, as fundações de direito público) poderá intervir em qualquer demanda se a sentença, a ser proferida na causa, puder influir, ainda que de forma indireta e reflexa, no âmbito patrimonial da aludida pessoa jurídica. Mais ainda, nos casos em que ocorra essa intervenção atípica, a competência não se desloca para o foro privativo, salvo se a entidade de direito público interpuser recurso; apenas nesta hipótese, segundo está na lei, será considerada como “assistente” e, pois, haverá o “deslocamento de competência”.

Constata-se, d.v., uma profunda incongruência no dispositivo do parágrafo único. Não se concebe, em raciocínio lógico, como o simples exercício da faculdade de recorrer venha a mudar a “natureza processual” da intervenção da pessoa jurídica de direito público: tal pessoa não figurava como “assistente”, tanto assim que a causa corria na Justiça estadual; mas subitamente, pelo simples exercício da faculdade de recorrer, vem a tornar-se assistente (o interesse “de fato” transmuda-se em “interesse jurídico”?), dando então motivo ao deslocamento de competência.

A deferir tais efeitos processuais à intervenção do atípico “assistente”, es-

tar-se-ia criando a situação aberrante de permitir à pessoa jurídica de direito público, que sequer teria interesse jurídico para intervir como assistente, fixar a competência para a causa pelo mero exercício da faculdade de recorrer, com ofensa à regra basilar do respeito ao “juiz natural”.

É claro que o deslocamento de competência pressupõe necessariamente, *porque está na Constituição Federal*, que a pessoa de direito público haja assumido uma das posições previstas no art. 109, I. Assim, é incompreensível a locução final: “(...) hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”. E antes, não eram partes? O mero interveniente é convertido em “parte” pelo só fato de recorrer? Onde ficam a lógica, os princípios processuais?

IV – A INTERVENÇÃO DO TERCEIRO COMO *AMICUS CURIAE*

22. Diga-se que a intervenção de terceiro como *amicus curiae* passou a ser prevista, no direito positivo brasileiro, pela Lei nº 6.385/76, art. 31, que passou a permitir a intervenção, nessa qualidade, da Comissão de Valores Mobiliários em processos judiciais de caráter individual, nos quais devam ser apreciadas questões de direito societário sujeitas, no plano administrativo, à competência fiscalizadora dessa autarquia federal.

Também nas ações de controle abstrato de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, com embasamento na Lei nº 9.868/99, não se admite a intervenção de terceiros, mas é cabível, a teor do art. 7º, § 2º, da dita Lei, o ingresso de entidades dotadas de representatividade adequada, não lhes assistindo, no entanto, direito à sustentação oral – ADIn. nº 2.223, Questão de Ordem, j. 18.10.2001 (quanto à instituição do *amicus curiae* em suas origens, no direito norte-americano, lembro interessante artigo do il. Min. Adhemar Ferreira Maciel, “*Amicus curiae* – um instituto democrático”, ainda inédito).

23. Vê-se, assim, que a atípica “intervenção de terceiro”, prevista no art. 5º, parágrafo único, Lei nº 9.469/97, apresenta-se em verdade como uma peculiar modalidade

de ingresso do *amicus curiae* na relação processual, ao qual é facultado, por mero interesse mediato e de natureza econômica, apresentar alegações em favor do “assistido” – autarquias, fundações públicas, empresas públicas federais, sociedades de economia mista federais –, e juntar documentos e memoriais.

Cremos, no entanto, que o exercício da faculdade, pelo *amicus curiae* de recorrer de decisão desfavorável, não implicará a assunção (a seu nuto!) da posição de “parte” e o “deslocamento de competência” para a Justiça Federal, ante a enumeração taxativa, não ampliável, constante do art. 109, I, da Lei Maior.

Como igualmente tivemos oportunidade de expor em sede doutrinária, e é de geral sabinça, a competência das “jurisdições especiais” não ultrapassará aquela prevista taxativamente na Constituição da República; por exclusão, as demais causas são processadas e julgadas perante a Justiça comum, integrada pelos juízes e tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Lei ordinária, ou mesmo lei complementar, não poderá ampliar nem restringir a competência das “jurisdições especiais” (*Jurisdição e Competência*, 11ª ed., nº 109, Saraiva, 2001, p. 148).

V – DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA

24. A União Federal, tendo ingressado no processo com base em mero interesse *de fato*, como assistente “atípica” – aliás, que transitou em julgado a decisão do TRF da 5ª Região que afirmou competente a Justiça do Estado de Pernambuco para processar e julgar a causa movida pelas consulentes contra a CHESF –, resolveu novamente, em petição subscrita por seu douto Advogado-Geral, tentar sustar a eficácia da sentença e do acórdão condenatórios da sociedade de economia mista, e o fez mediante um pedido de “Suspensão da decisão antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional”, promovido com invocação ao art. 4º e §§ 4º, 5º e 9º, Lei nº 8.437/92.

Cabem aqui ponderações críticas, que iremos expor com a possível sumariedade.

25. De início, é interessante bem examinar o teor do art. 4º, *caput*, e seu § 1º, da mencionada lei, *verbis*:

“Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a *execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes*, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à *economia públicas*.”

1º Aplica-se o disposto neste artigo à *sentença* proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.” (*g.n.*)

Como vemos, a teor da norma legal, ao Presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso – no caso, do Superior Tribunal de Justiça – compete, em decisão (e não mero “despacho”) fundamentada, suspender a execução de provimento *liminar*, isso na generalidade das ações movidas contra o Poder Público, e ainda suspender a execução da sentença naquelas ações especificamente mencionadas no parágrafo primeiro, e dentre as quais não se compreende a demanda sob exame.

Ora, como já anteriormente observamos, a impropriamente designada “antecipação de tutela” foi deferida pelo magistrado *não em decisão liminar*, proferida face cognição sumária e sem as garantias inerentes à plenitude do contraditório, mas sim *na própria sentença*, como um de seus capítulos.

26. Nestes casos, evitando subterfúgios, cumpre afirmar que a concessão da antecipação na própria sentença “nada significará senão autorização para execução provisória” (Teori Zavascki, *Antecipação da Tutela*, Saraiva, 1997, p. 81). Assim também no magistério de José Roberto Bedaque: “Aliás, a antecipação concedida na própria sentença tem como consequência exatamente retirar o efeito suspensivo da apelação. No que se refere aos efeitos antecipados, o julgamento é imediatamente eficaz, ainda que dependente de apelação”

(*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, 2ª ed., 2001, p. 367).

Devemos sublinhar: quando a antecipação é deferida na própria sentença, como um de seus capítulos, o recurso único cabível é o de apelação; todavia tal recurso somente suspende o cumprimento da sentença (art. 520) quanto ao capítulo principal. *O capítulo relativo à efetivação de tutela merecerá cumprimento imediato, sem o que a própria “antecipação” perderia sua razão de ser.*

27. Interessante referir, no azo, o magistério de Cândido Rangel Dinamarco:

“Quando ocorrer uma situação extraordinária que clame por uma medida urgente, é perfeitamente legítimo incluir na sentença de mérito um capítulo impondo a providência adequada a evitar que o direito pereça. Sistemáticamente, é até mais seguro conceder a tutela antecipada nesse momento, quando, superadas pela instrução completa e exauriente as dúvidas do julgador sobre os fatos e as teses jurídicas pertinentes, ele terá chegado ao convencimento de que o autor tem razão: se houver a urgência que a legitime, a antecipação deve ser concedida ainda nesse momento final do procedimento em 1º grau de jurisdição. Em casos assim, não se trata de uma sentença de mérito e de uma decisão interlocutória acoplada a ela, como às vezes se afirma. O ato proferido pelo juiz é um só, é sentença; esse é o ato com que o procedimento em 1º grau tem fim, pouco importando o conteúdo.” (“Tutela de Urgência”, in *Revista Jurídica*, vol. 286, ago./2001, p. 18)

Com esta opinião está de acordo J. E. Carreira Alvim: “Assim, em princípio, uma mesma sentença, ainda que contenha a tutela antecipada embutida, não pode ser impugnada por dois recursos ordinários: um agravo de instrumento e uma apelação. E não pode porque, ainda que embutida na sentença, a tutela antecipada é um capítulo dela, e não uma interlocutória, e apenas as verdadeiras e próprias interlocutórias são impugnáveis por meio de agravo (art. 522 do CPC).” (*Tutela antecipada antes da sentença e tutela antecipada na sentença de mérito*, artigo ainda não publicado) (g.n.)

28. Concluiremos, pois, que *não se cuida, no caso ora em exame, de suspensão da execução de uma “liminar”, pois a antecipação de tutela (rectius, a retirada do efeito suspensivo da apelação) foi deferida na própria sentença, como um de seus “capítulos”, após cognição exauriente e sob pleno contraditório, portanto com base em “juízo de certeza” e não de mera “verossimilhança”.*

Ora, como vimos e como está no § 1º, art. 4º, o Presidente do Tribunal *não dispõe de poderes para suspender a execução de “sentença” senão nos estritos casos previstos no parágrafo primeiro do art. 4º, Lei 8.437/92.*

29. E nem se invoque o tema de eventual *perigo de “irreversibilidade”* dos efeitos do provimento dito antecipatório, pois em execução provisória o *levantamento de depósito em dinheiro somente poderá ser efetuado após prestada caução idônea* (art. 588, item II, em texto confirmado na redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, ainda em *vacatio legis*).

Não será demasia desde logo observar que as demonstrações financeiras da CHESF relativas ao exercício findo em 31.12.2000 já continham provisão superior a R\$ 180.000.000,00 – cento e oitenta milhões de reais – para liquidação da dívida oriunda dessa demanda. Com isso, é evidente, terá o orçamento da empresa condições de suportar a condenação, sem que isso signifique deva a CHESF abrir mão de outros projetos ou de investimentos planejados.

30. Em segundo lugar, a norma legal em exame permite a suspensão da execução da liminar (e no caso, como foi dito, de “liminar” não se cuida) apenas “nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada”.

Ora, a demanda condenatória promovida pelas consulentes através a via reconventional *tem como ré apenas e tão-somente a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF*, sociedade de economia mista criada para a exploração de atividade econômica, com personalidade de direito

privado e sob “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, nos exatos termos do art. 173, § 1º, II, CF.

Desempenhando atividade de natureza econômica sob regime de empresa privada, por certo que à CHESF não se poderá, outrossim, atribuir a qualidade de “agente” do Poder Público, pois ao contratar com as consulentes a construção das obras civis da Usina Hidrelétrica do Xingó, e ao ajustar e aditar as cláusulas contratuais, praticou a CHESF atos jurídicos tipicamente de natureza privada, alheios aos fins essenciais e inerentes ao Estado.

Não se tratando, assim, de demanda promovida contra o Poder Público ou agente delegado do Poder Público, não ocorre a incidência, sequer em tese, da excepcional competência deferida ao Presidente do Tribunal pelo art. 4º, Lei 8.437/92, sendo esta mais uma razão pela qual não poderia ter sido deferida a pretensão da Advocacia-Geral da União.

31. Em terceiro lugar, o requerimento de suspensão da execução de *liminar* deve necessariamente ser formulado pelo Ministério Público ou pela “pessoa jurídica de direito público interessada”. Assim consta expressamente da norma da lei.

Ora, no caso em consulta não existe, simplesmente não existe “pessoa jurídica de direito público interessada”. A pessoa “interessada”, porque autora da ação e condenada em reconvenção, é uma *pessoa jurídica de direito privado*, a CHESF.

Neste ponto façamos breve referência ao aresto do Superior Tribunal de Justiça, citado (em “negrito”) pela União na impugnação ao “agravo regimental” (f. 603), onde é dito que “equipara-se a entidade de direito público, quanto à legitimidade para requerer suspensão de segurança, empresa pública sempre e quando investida na defesa de interesse público decorrente de delegação”.

Ora, esse aresto (Ag. Reg. na SS nº 632-DF, Corte Especial, Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 6.5.98) apreciou demanda com características de todo diversas: nele foi parte uma *empresa pública*, a INFRAERO, e não uma *sociedade de economia mista*

como a CHESF; a lide disse respeito à construção de uma segunda pista no Aeroporto de Brasília e de sistema de detecção e alarme de incêndio, e não à validade de cláusula contratual relativa ao preço de uma empreitada para construção de usina hidroelétrica; e, finalmente, no caso presente não é a CHESF quem requer a suspensão de segurança, mas sim a União, aliás simples *amicus curiae*. A remissão, destarte, apresenta-se impertinente.

32. Já a União Federal, esta *não estava e não está legitimada a requerer a suspensão da execução da sentença condenatória*. Ao referir à “pessoa jurídica de direito público interessada”, a norma legal refere-se, por óbvio, à *pessoa de direito público que se supõe esteja no pólo passivo da ação*, e cuja condenação possa resultar nos efeitos maléficos referidos *in fine*.

Ora, não só no pólo passivo da reconvenção está uma pessoa jurídica de direito privado, como – e aqui o ponto nodal da questão – a União Federal não é parte na demanda. Nem sequer como “assistente”, porque se assistente fosse o processo deveria necessariamente correr perante a Justiça Federal – competência absoluta – e decisão judicial transitada em julgado afirmou a competência da Justiça Estadual de Pernambuco.

33. A União, neste feito, não sendo juridicamente “interessada” na causa – pois a decisão não repercute em nenhum *direito seu* que possa ser “conexo” com os direitos e obrigações contratuais da CHESF –, ingressou nos autos, como foi visto, tão somente como uma *interveniente atípica*, não interessada, intervenção esta a ser enquadrada como de *amicus curiae*, conforme já exposto.

Ora, ao *amicus curiae* previsto no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 – *norma legal esta invocada no requerimento formulado pela UNIÃO*, poderá assistir (não obstante a quebra de princípios) o direito de recorrer (embora inconstitucional, como dissemos, o previsto “deslocamento de competência”), mas *não dispõe da faculdade, realmente excepcional, deferida no art. 4º da Lei nº 8.437/92*.

Esta faculdade é apenas do Ministério Público e da pessoa jurídica de direito públi-

co “interessada”, e este interesse só pode ser o interesse jurídico no objeto da demanda, que a União não tem. Se tivesse, *seria verdadeiramente uma “assistente” da CHESF, com a decorrente competência da Justiça Federal!*

Por figurar como simples interveniente *adjuvandum*, a União não detém legitimação para requerer algo que a própria parte na ação não poderia postular. Aliás, *até ao verdadeiro assistente, em princípio, não é dado exercitar direitos ou faculdades processuais de que o assistido não dispõe.*

VI – DA REFORMA DA DECISÃO SUSPENSIVA DOS EFEITOS DA SENTENÇA

34. Na r. decisão concessiva da suspensão dos efeitos da condenação da reconvinida CHESF ao pagamento, às construtoras ora consulentes, das parcelas em atraso decorrentes do reajuste pelo “Fator K”, o eminente Presidente do Superior Tribunal de Justiça, após mencionar a alegação da União de que o pagamento atingiria o montante de “setecentos milhões de reais”, concedeu a providência excepcional sob os seguintes fundamentos:

“Afigura-se-me presente, na espécie, pressuposto autorizativo da concessão da medida, não só pela magnitude da expressão econômica cujo desembolso imediato se persegue, mas, a meu sentir, muito mais pela repercussão imediata dos seus efeitos em região que convive com a dificuldade gerada pelo racionamento de energia. Tal circunstância se agrava, de imediato, com a iminente paralisação da usina térmica, e, de modo imediato, aprofunda o quadro geral quando contribui para inviabilizar empreendimentos voltados para a superação da crise.”

Tais argumentos, todavia, decorrem de uma equivocada apreensão do conjunto da demanda, motivada inclusive pela argumentação *ad terrorem* formulada pela União.

Vejamos, pois:

A) O pagamento a ser feito às empresas construtoras, decorrente do descumprimento da cláusula de reajuste dos preços, está arbitrado na execução provisória em

R\$ 245.175.024,63 e não em R\$ 700.000.000,00.

O valor é alto? É. Mas também a obra, a construção da Usina Xingó, é grandiosa, é gigantesca. Vale repetir: o valor de R\$ 700.000.000,00 refere-se ao atribuído, por decisão judicial, à ação promovida pela CHESF contra as consulentes, aliás julgada improcedente em ambas as instâncias estaduais.

B) As referências ao *racionamento de energia elétrica perderam atualidade*, graças às abundantes chuvas em todo o território nacional, inclusive no Nordeste. Não mais existe racionamento. As barragens, como notório, contêm satisfatórias reservas de água.

C) Ficaria a CHESF, se feito o pagamento às consulentes, sem recursos para honrar seus compromissos para com os fornecedores de óleo diesel e para o adimplemento de outras dívidas e realização de novos empreendimentos, como alegado pelo seu Diretor Presidente?

Neste passo, impende sublinhar que o crédito das empresas que construíram a Usina do Xingó *é tão respeitável quando os demais*, e que tal crédito não decorre de uma mera decisão *liminar*, proferida sob cognição sumária e Juízo de mera verossimilhança, mas sim *é resultante da sentença e do acórdão relativos ao mérito da lide.*

D) A Justiça estadual, em ambas as instâncias, após aprofundada análise do contrato, julgou legítima e plenamente válida a cláusula de reajuste de preços vinculada ao “Fator K” (como aliás também o fez o Tribunal de Contas da União, fs. 7.793-7.794), *em decisões de mérito, após cognição exauriente sob a garantia do contraditório pleno.*

Ou a CHESF não pretende pagar a dívida, embora condenada? Lembremos que as instâncias locais são “soberanas” no pertinente à apreciação dos fatos e à interpretação dos contratos, temas que não se constituem em “questão federal” capaz de exame pelas Cortes Superiores.

E) A União não fez prova alguma de risco de grave lesão à *economia pública*,

como o exige o art. 4º, *caput, in fine*, da Lei nº 8.437/92. E, por certo, a economia “pública” não se pode equiparar, confundir com a economia de uma sociedade concessionária de serviços públicos.

Não será demasia reafirmar, além disso, que a CHESF é empresa saudável, e assim sempre se tem afirmado: “(...) a CHESF é empresa idônea, financeira e economicamente, com situação patrimonial e receitas que suportarão, em qualquer tempo, a eventual execução de uma sentença condenatória” (Anexo 5 ao Agravo Interno).

Esta situação financeira não se alterou ao longo do tempo. No exercício findo em 31.12.2000, a empresa apresentou receita operacional de aproximadamente R\$ 2,3 bilhões (www.chesf.gov.br), em incremento de receita resultante das atividades desenvolvidas na própria Usina do Xingó, hoje um de seus principais ativos. Como já mencionado, as demonstrações financeiras da CHESF relativas ao exercício findo em 31.12.2000 já continham provisão superior a R\$ 180 milhões para liquidação da dívida oriunda do processo em causa.

F) A possibilidade de “grave lesão” aos cofres da sociedade de economia mista igualmente é afastada pela consideração de que, em *execução provisória*, como também já foi mencionado neste parecer, não é admissível o levantamento de dinheiro sem a prestação, pelo credor, de caução idônea.

G) É certo que, no estreito âmbito do pedido de suspensão de decisão proferida contra o Poder Público (no caso dos autos, a decisão é contra sociedade de direito privado), é vedado o exame do mérito da controvérsia principal, bastando a verificação da ocorrência dos pressupostos ao risco de “grave lesão”.

Todavia, parece bastante claro, mesmo assim, que não se poderá deferir a suspensão naqueles casos em que ao Poder Público, *com suficiente evidência*, não assiste razão. Seria tutelar ao ostensivamente inadimplente, em prejuízo daquele a quem o direito ampara.

H) Por fim, como exposto ao *amicus curiae* – e nesta qualidade apresentou-se a União ao longo do processo – *não assiste legitimidade* para postular a suspensão dos efeitos do acórdão de mérito.

Mesmo se fosse considerada “assistente” da autora, à União não pertenceria uma faculdade processual da qual a parte assistida, a CHESF, porque empresa de direito privado, não poderia dispor. *Ao assistente não pertencem direitos e faculdades processuais senão aqueles que o assistido pode exercer.*

Por todo o exposto, entendemos que o agravo regimental (*rectius*, Agravo Interno) manifestado pelas consulentes *merece ser provido*, com a afirmação, pela Col. Corte Especial do STJ, da *ilegitimidade da União*, como *amicus curiae*, ou mesmo como “assistente”, para postular a suspensão dos efeitos da condenação imposta a uma sociedade de economia mista; de outra parte, o instituto processual da suspensão de efeitos *somente pode atingir decisão liminar*, interlocutória, e não condenação imposta em sentença de mérito (salvo nos estritos casos do § 1º, art. 4º, Lei nº 8.437/92); por fim, e em suma, *não ocorrem os pressupostos de concessão* da suspensão de efeitos, tal como disposto no art. 4º, *caput*, da citada lei.

É meu parecer, *sub censura*.

Porto Alegre, 27 de maio de 2002 –
Athos Gusmão Carneiro