



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5005040-59.2019.4.04.0000/PR

AGRAVANTE: RAFAEL EVANDRO FACHINELLO

ADVOGADO: RAFAEL EVANDRO FACHINELLO

AGRAVADO: CARLOS EDUARDO XAVIER MARUN

AGRAVADO: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

DESPACHO/DECISÃO

Decisão Conjunta nos Agravos 50068039520194040000 e 50050405920194040000;

Trata-se de agravos de instrumento interpostos por RAFAEL EVANDRO FACHINELLO (50050405920194040000) e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF (50068039520194040000) contra decisão que indeferiu pedido de tutela de urgência nos autos de ação popular nº 50142380320184047002, pretendendo a nulidade imediata do ato de nomeação de *Carlos Eduardo Xavier Marun* para o cargo de *Conselheiro de Itaipú Binacional*.

Assevera-se que na tutela de urgência antecipada antecedente buscava-se anular decreto presidencial de nomeação, *"por critérios políticos e imorais, de integrante de estrutura decisória de partido político para posto no Conselho de Administração da empresa pública supramencionada. Em nenhum momento a ação popular questiona a empresa pública em si"*.

Defende-se que a indicação de *Carlos Eduardo Xavier Marun*, então Ministro de Estado, pelo então Presidente da República Michel Temer, para um cargo em uma empresa pública - *Itaipú Binacional*- afronta à Lei 13.303/16 (Lei das Estatais), em especial o disposto no art. 17, § 2º. Os agravantes seguem apontando que, além de não preencher o requisito supracitado, o agravado não possui a experiência profissional prevista pela referida Lei das Estatais, consoante exigido em ser art. 17 e incisos.

Quanto à empresa pública *Itaipú Binacional*, entendem ser desnecessária a sua citação, porquanto a ação popular busca anular decreto presidencial de nomeação de Conselheiro, e não ato do Conselho de Administração de Itaipú a exigir a sua presença na demanda.

Alega-se, ainda: *considerando que a indicação é ilegal e está trazendo prejuízos financeiros aos cofres públicos – pagamento de salários e outras benesses de um ocupante de Conselho de Administração a partir de 1º de Janeiro/2019 – o perigo de dano ao erário é presente e concreto, demandando a concessão da antecipação de tutela para o fim de preservar a lei, a moralidade e eficiências buscadas pelo arcabouço constitucional como um todo.*

Por fim, o MPF aponta risco ao resultado útil do processo, aduzindo o seguinte:

Entreve-se, dentre outras atribuições, que ao Conselho de Administração compete decidir sobre: as diretrizes fundamentais de administração da Itaipu; os atos de alienação do patrimônio da Itaipu; a proposta de orçamento, bem como, examinar o Relatório Anual, o



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Balanço Geral e a demonstração da Conta de Resultados, elaborada pela Diretoria Executiva.

Assim, resta evidente a relevância das atribuições do Conselho de Administração, que exerce amplas funções a nível normativo, deliberativo e de controle – este último de considerável importância, dada tendência de entendimento no sentido de que ao TCU não cabe o controle da Itaipu.

Nesse cenário, a efetiva nomeação de Carlos Marun ao Conselho de Administração da Itaipu, ao arrepio da norma, evidencia o perigo de dano ao interesse público, não o meramente secundário, mas o primário. Trata-se de função exercida em órgão de natureza de controle interno da empresa - que já carece da devida fiscalização, com a devida vênia aos que entendem de modo contrário - composta por patrimônio público e que exerce atividade estratégica e típica de Estado.

Postulam a reforma da decisão para o fim de conceder-se a tutela antecipada, bem como afastar-se a determinação de inclusão de *Itaipú Binacional* no polo passivo como litisconsorte necessária.

É o sucinto relatório.

Litisconsórcio passivo

O Código de Processo Civil vigente estabelece no art. 1.015 os casos em que a decisão interlocutória pode ser impugnada por meio de agravo de instrumento. São eles:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

No presente caso, a decisão que deferiu a inclusão de litisconsorte no polo passivo da demanda **não comporta impugnação por agravo de instrumento**, devendo a questão ser suscitada em preliminar de apelação eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões, conforme estabelece o art. 1009, § 1º, do Código de Processo Civil.

Destaque-se que a hipótese em apreço não trata de vício sanável ou de complementação de documentação a justificar a aplicação do procedimento previsto no parágrafo único do art. 932 do Código de Processo Civil.

Sinale-se, ainda, que o caso em concreto **não se trata de hipótese em que verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, a ensejar a mitigação do rol do art. 1.015 do CPC**, consoante entendimento exarado pela Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, na sessão de 05/12/2018, no Recurso Especial Representativo da controvérsia nº 1.696.396 (Tema nº 988).

Desse modo, **não conheço do agravo de instrumento quanto ao ponto**, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Tutela de urgência

A respeito da tutela de urgência, dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O Juízo da 6ª Vara Federal de Curitiba, MM. AUGUSTO CÉSAR PANSINI GONÇALVES, assim se pronunciou quanto o pedido liminar (EVENTO 19):

1. RAFAEL EVANDRO FACHINELLO postula a tutela jurisdicional contra os réus acima nominados, pretendendo a concessão de liminar, em sede de Ação Popular, nos seguintes termos:

(...)

4. A União pede que esta ação popular seja extinta sem resolução de mérito, uma vez que a nomeação de um conselheiro de uma empresa estatal "insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração Pública, amparada em um juízo de valor de conveniência e oportunidade, e, portanto, em cujo mérito não pode se imiscuir o Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao postulado da separação dos Poderes", e também porque "a situação posta nos autos pela parte Autora trata-se de uma simples suposição, insuficiente para caracterizar eventual ilegalidade e tampouco lesividade de qualquer ato, comissivo ou omissivo, praticado pelo Sr. Presidente da República".



Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

A ação popular está prevista na Constituição Federal, art. 5º, LXXIII, e na Lei nº 4.717/65, constituindo o meio "posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou a estes equiparados - ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos" (MEIRELES. Hely Lopes. Mandado de Segurança; São Paulo: Malheiros; 2003, pp.121/122).

Segundo leciona Alexandre de Moraes (Direito Constitucional 19ª edição, 2005, p. 167), o ajuizamento de ação popular exige, como requisito objetivo, que o ato a ser impugnado seja lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade. Segundo esse autor, e atual Ministro do STF, a ação popular é destinada "a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII)".

Nessas circunstâncias, não creio que o autor seja carecedor desta ação. Afinal, ele questiona um suposto ato lesivo ao patrimônio de uma entidade (binacional) da qual participa a União, em desacordo com a Lei n. 13.303/16, estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

5. Embora a Lei nº 13.303/16 tenha sido editada com a finalidade de corrigir as nomeações de caráter político - tipicamente "fisiológicas" - que ocorriam no seio de empresas públicas e sociedades de economia mista, a princípio não creio que ela seja aplicável a empresas binacionais como a ITAIPU, nas quais o capital social está repartido entre duas entidades de direito público internacional.

É preciso assinalar que a própria Lei nº 13.303/16, em seu artigo 3º, caput, define o que são empresas públicas para os fins dessa lei:

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Nessas circunstâncias, e levando-se em conta que a Itaipu é uma empresa binacional com igual participação de capital dos dois Estados Contratantes (Brasil e Paraguai), a conclusão que se tira, a princípio, é que a Lei nº 13.303/16 não lhe é aplicável.

6. Diante do exposto:

a) não acolho as preliminares de "incompetência do juízo" e "carência de ação" (itens 2 e 4, supra);

b) conforme item 3 desta decisão, determino a intimação da parte autora para, no prazo de 15 (quinze) dias, promover a citação da Itaipu Binacional, a fim de integrar a lide na condição de litisconsorte passivo necessário, pena de extinção do feito (art. 115, CPC); saliente-se desde logo que "promover a citação" não significa que a parte autora deve apenas requerê-la ao juízo; recai sobre si o ônus de indicar precisamente o réu que ainda não figura no polo passivo da demanda e a sua qualificação (endereço e demais dados do citando);

c) indefiro o pedido de tutela formulado na inicial (item 5 desta decisão);

d) retifique-se a autuação para incluir o réu Carlos Eduardo Xavier Marun no lugar de "Ministro de Estado", observando os dados que constam na fl. 17 da petição da União do evento 17, PETI, para a citação;



Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

e) cumprida a determinação da alínea "b", acima, citem-se os réus para que contestem o feito no prazo legal de 20 (vinte) dias, nos termos do inc. IV do § 2º do art. 7º da Lei nº 4.717/65, sob pena de revelia (art. 344 e seguintes do CPC);

f) desde logo, intime-se o Ministério Público Federal acerca desta ação, em conformidade com o art. 7º, I, "a", da Lei nº 4.717/65 (15 dias).

7. Intimem-se a parte autora e a União desta decisão.

Analisando a legislação aplicável ao caso concreto, tenho que há elementos suficientes para a concessão da medida antecipatória, sobretudo em razão do progressivo esgotamento do objeto da ação, mitigando o resultado útil do processo. Explico.

O pedido veiculado na ação popular originária tem por alicerce a vedação contida no inciso I do §2º do art. 17 da Lei n. 13.303/16, normativo que *dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*:

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

(...)

§ 2º *É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:*

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

(...)

A vedação é clara e a alegada incidência perante o agravado, réu da ação originária, é motivada principalmente por ter ocupado o cargo de Ministro-Chefe da Secretaria de Governo da Presidência da República entre 15 de dezembro de 2017 a 28 de dezembro de 2018.

Por sua vez, a controvérsia central reside em saber se o referido diploma legal (Lei n. 13.303/16) alcança os cargos da *Itaipú Binacional*, considerando a sua natureza de "entidade sui generis", cujo tratado, firmado entre Brasil e Paraguai, prevê a sua gestão por um Conselho de Administração e uma Diretoria Executiva integrados por igual número de nacionais de ambos os países.

Dito isso, já adentrando na discussão, estabeleço aqui uma diferenciação entre esta demanda e a controvérsia que atualmente está sendo travada no autos da ACO n. 1904 no STF, que discute a aplicação da Lei 8.666/1993 à Itaipu. Nessa última situação, eventual aplicação da lei de licitações traria reflexos econômicos diretos à empresa, sobretudo no regime de aquisição de bens e serviços necessários à sua manutenção, implicando, assim, ingerência de lei nacional. Ademais, quanto ao ponto, deve-se ater que já existe uma Norma



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Geral de Licitação própria para Itaipu Binacional, fruto da vontade dos dois Estados Partes, nos estreitos limites das regras previstas no Tratado Internacional e no Regimento Interno de Itaipu, por meio da Resolução do Conselho de Administração (RCA 002/01).

Diferente são leis efetivadoras dos princípios gerais da administração pública, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, como a Lei n. 13.303/16, que estatui normativas voltadas à probidade e moralidade administrativa. Portanto, restrições e limites na ocupação e exercício de cargos e funções públicas aplicam-se à toda administração federal, incluída a empresa pública Itaipu, mesmo que de conformação binacional.

O tratado constitutivo de Itaipu estabelece que a participação na contratação de empregados é igualitária (50% para cada um dos Países), cabendo a cada um dos Estados selecionar a sua metade, **em conformidade com a sua Constituição e leis internas**. Exemplificando essa idéia, trago a redação do art. 27 do Anexo "A" do Tratado de ITAIPU, que assim dispõe sobre a prestação de serviço por funcionários públicos:

ARTIGO 27º - Poderão prestar serviços à ITAIPU os funcionários públicos, empregados de autarquias e os de sociedades de economia mista, brasileiros ou paraguaios, sem perda do vínculo original e dos benefícios de aposentadoria e/ou previdência social, tendo-se em conta as respectivas legislações nacionais. - grifei

Veja-se que, a despeito do caráter binacional e da existência de um tratado internacional disciplinando a constituição e o regime de Itaipu, em alguns aspectos incidem as leis internas de cada um dos Estados contratantes.

Ressalvando especificamente o procedimento de seleção e contratação, com previsão própria, alguns requisitos de admissão dos trabalhadores e dirigentes são regidos pela lei nacional, a exemplo, das vedações legais internas ou requisitos de qualificação profissional. Ora, havendo um cargo de engenheiro destinado ao preenchimento pelo gestor brasileiro, serão vistos os requisitos de titulação prevista na lei nacional.

Seguindo essa idéia, diferente da lei de licitações, não vejo fundamento impedindo a incidência da Lei n. 13.303/16, sobretudo a vedação prevista no inciso I do §2º do art. 17. Trata-se de uma norma destinada a disciplinar o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. Mesmo presentes as condições "sui generis" de Itaipu, em destaque o seu caráter binacional, deve-se ter presente que a parcela do capital brasileiro nela empregado pertence à Eletrobras, que é uma sociedade de economia mista controlada pela União.

Em resumo do acima exposto, conclui-se que no tratado que disciplina a constituição de Itaipu não há previsão expressa impedindo a incidência da norma apontada (Lei n. 13.303/16). Ao contrário, existe sim disposição invocando as respectivas leis nacionais para a contratação de agentes públicos (art. 27 do Anexo "A" do Tratado de ITAIPU). Não vejo motivo para restringir a incidência da vedação em análise. E mais, milita em favor disso a idéia de que o referido diploma legal veio no intuito de emprestar moralidade e eficiência no preenchimento dos cargos presentes na administração indireta, sobretudo nas estatais, e sua aplicação merece a mais ampla interpretação.

Por essa razão, a vedação de ocupação de cargos de direção e conselhos de administração de empresas públicas ou sociedades de economia mista por pessoas que integram determinadas estruturas como a dirigentes de partidos políticos, detentores de



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

mandato legislativo ou cargos da estrutura federal, como de Ministro de Estado - ocupado pelo réu até a designação para o conselho da ITAIPU, objetiva não "contaminar" a gestão ou subjugar seus propósitos a comandos puramente políticos. Logo, não se trata de nomeação de natureza discricionária do Presidente da República, como entendido na decisão agravada, mas sim designação subordinada a determinados preceitos superiores, como os previstos na Lei nº 13.303/16, de ordem protetiva à probidade e moralidade administrativa.

Diante das razões acima, em sede de cognição sumária, tenho por presente a probabilidade do direito invocado suficiente aos deferimento da liminar pleiteada nos agravos. Outrossim, o risco ao resultado útil do processo está presente, por se tratar de mandato temporário, fazendo com que o objeto da demanda reduza-se a cada dia.

Assim, **deve ser deferida a liminar para suspender o ato de nomeação do réu Carlos Eduardo Xavier Marun** para o cargo de Conselheiro de Itaipú Binacional, não sendo conhecido o recurso quanto à inclusão de litisconsorte no polo passivo da demanda por não comportar impugnação por agravo de instrumento.

Ante o exposto, **defiro o pedido de antecipação da tutela recursal para suspender o ato de nomeação do réu Carlos Eduardo Xavier Marun** para o cargo de Conselheiro de *Itaipú Binacional*.

Intimem-se, sendo a parte agravada para os fins do disposto no art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Documento eletrônico assinado por **ROGERIO FAVRETO, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000919925v58** e do código CRC **74d44ae6**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ROGERIO FAVRETO
Data e Hora: 25/3/2019, às 15:41:36

5005040-59.2019.4.04.0000

40000919925.V58