

EXMA. SRA. MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 00.719.575/0001-69, com sede no Setor de Administração Federal Sul (SAFS), quadra 02, lote 03, CEP 70.042-900, Brasília/DF, vem, por seus advogados devidamente constituídos, com endereço profissional na Avenida Serzedelo Correa, n. 1.240, sala 201, Bairro de Batista Campos, CEP 66.035-350, Belém/PA, onde receberão todas as intimações e notificações de estilo, e endereço eletrônico *luizalbertorochoa@hotmail.com*, oferecer a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**, com fulcro nos arts. 102, inciso I, alíneas ‘a’ e ‘p’, e 103, inciso VIII, da CF/88 e na Lei n. 9.868/99, objetivando que se declare a inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro de 2017 (publicada no DOU n. 249, Seção 1, p. 3, de 29 de dezembro de 2017) que revoga o art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, que dispunha da seguinte maneira, *in verbis*: “§ 1º Ficam excluídas do Programa Nacional de Desestatização - PND a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S/A - ELETROBRÁS e suas controladas: Furnas Centrais Elétricas S/A, Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A - ELETRONORTE e Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL e a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE”, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. DA LEGITIMIDADE ATIVA.

Não há quaisquer dúvidas, posto tranquila a legitimidade ativa do autor para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, uma vez que é Partido Político devidamente constituído perante o Tribunal Superior Eleitoral e com representação no Congresso Nacional, nos termos do art. 103, inciso VIII, CF/88 e seu correspondente na Lei n. 9.868/99, artigo 2º, inciso VIII, inclusive sobre ele não se aplicando a obrigatoriedade de demonstração da pertinência temática eis que legitimado universal.

2. DO HISTÓRICO DO PROCESSO LEGISLATIVO DE APROVAÇÃO DO ART. 31, § 1º, DA LEI N. 10.848, DE 15 DE MARÇO DE 2004. DA PLURAL, REPUBLICANA E DEMOCRÁTICA CONSTRUÇÃO DA LEI COM PROTAGONISMO DO PODER LEGISLATIVO.

Pelo menos desde a década de 1950 com o forte crescimento urbano nacional, o governo brasileiro vem enfrentando o desafio de estruturar um sistema elétrico confiável atendendo concomitantemente às dimensões da adequabilidade, firmeza, e segurança. Mesmo com os altos índices inflacionários da década de 1980, empresas como Furnas, Chesf, Cesp e Copel eram autossuficientes e o sistema elétrico nacional conseguia atender aos requisitos de demanda.

A partir dos anos 1990, não obstante, houve a mudança do papel do governo com a implantação do Programa Nacional de Desestatização (PND) que passou de executor direto do serviço público de energia elétrica para mero fiscalizador da regulação ao mercado tendo sido editados diversos atos normativos e criados a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), o Operador Nacional do Sistema (ONS), e o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) – substituído posteriormente pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Pretendia-se deixar o setor elétrico mais receptível ao investimento privado, inclusive com a desverticalização da produção de energia e a privatização de diversas companhias de transmissão e distribuição.

Fator importante para um sistema elétrico cuja matriz é fortemente composta por energia hidroelétrica foi a questão do licenciamento ambiental das usinas hidroelétricas do modelo de grandes lagos para um novo padrão de licenciamento com lagos mínimos e turbinas a fio d'água (movidas basicamente pela hidrodinâmica dos rios) havendo enorme redução do potencial de geração dos novos projetos como é o caso de Belo Monte, além de processos administrativos de licenciamento ambiental de longo prazo.

O conjunto de fatores somados à drástica redução da capacidade de planejamento de demandas futuras do sistema de geração e transmissão pressionou o aumento tarifário e culminou com a crise energética (“apagão”) dos anos de 2001 e 2002.

O mais novo modelo de operação em *pool* desenvolveu-se entre 2003 e 2012 com as Medidas Provisórias n. 144 e 145/2003, convertidas, após longo debate nacional intermediado pelo pluralismo republicano e democrático presente no Congresso Nacional, nas Leis n. 10.847 e 10.848/2004. A primeira criou a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) com o restabelecimento da capacidade governamental de planejamento, e a segunda veio tentar garantir o fornecimento de energia e incentivar a modicidade tarifária buscando a promoção da inclusão social e a universalização do acesso à energia em todo o território brasileiro.

Criaram-se o Ambiente de Contratação Regulado e Livre (ACR e ACL, respectivamente) e determinou-se que o mercado de energia elétrica garantisse o atendimento da totalidade do mercado com a contratação de 100% da demanda de energia elétrica

nacional por meio de Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR) financiando-se, por meio dos leilões de CCEAR, a expansão do sistema.

Justamente para resgatar o ambiente político democrático sobre o qual se implementou o novo marco regulatório no sistema elétrico nacional entre 2003 e 2004 é que pretende-se resgatar a tramitação da Medida Provisória 144/03, convertida na Lei n. 10.848/04. Vejamos.

Ao final de um ciclo governamental e início do novo em 2003, o Ministério de Minas e de Energia precisava propor ao Brasil solução ***capaz de enfrentar a urgência nacional do combate ao “apagão”*** que importava em desestabilização de toda a economia nacional e do modo de vida do brasileiro com reflexos diretos e concretos no exercício de direitos humanos.

Foi então que o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 144/03 com o encaminhamento ao Congresso Nacional da Mensagem n. 720/03 (168/03-CN) com longa Exposição de Motivos de 37 (trinta e sete) parágrafos em que o Ministério de Minas e de Energia detalhava a proposta de alteração dos marcos institucional e regulatório do setor elétrico brasileiro.

A Comissão Mista foi formada com indicação das Lideranças com parlamentares do ***PFL, PSDB, PMDB, PP, PT, PSB, PTB, PL e PC do B***. E dentro do prazo regimental foram oferecidas ***766 (setecentos e sessenta e seis) Emendas Parlamentares*** dos ***Deputados Federais ALBERTO FRAGA, ANTÔNIO CAMBRAIA, ANTÔNIO C. PANUNZZIO, ANTÔNIO C. MENDES THAME, CARLOS ALBERTO LERÉIA, CUSTÓDIO MATTOS, DELFIM NETTO, EDUARDO GOMES, EDUARDO SCIARRA, ELISEU RESENDE, INOCÊNCIO OLIVEIRA, ISAIAS SILVESTRE, JOÃO PIZZOLATTI, JONIVAL LUCAS JÚNIOR, JORGE BITTAR, JOSÉ CARLOS ALELUIA, JOSÉ JANENE, JOSÉ ROBERTO ARRUDA, JOSÉ THOMAZ NONÔ, LOBBE NETO, LUCIANO ZICA, LUIZ ANTÔNIO FLEURY, LUIZ BASSUMA, LUIZ CARLOS HAULY, LUIZ CARLOS SANTOS, LUIZ SÉRGIO, MARCELLO SIQUEIRA, MARCELO GUIMARÃES FILHO, MAURO PASSOS, MENDES RIBEIRO FILHO, MIGUEL DE SOUZA, NELSON MEURER, ONYX LORENZONI, OSÓRIO ADRIANO, PAULO BAUER, PAULO ROCHA, RICARDO BARROS, RONALDO DIMAS, RONALDO VASCONCELLOS, TADEU FILIPPELLI e VILMAR ROCHA;*** e dos ***Senadores da República ÁLVARO DIAS, ANTERO PAES DE BARROS, ARTHUR VIRGÍLIO, CÉSAR BORGES, DEMÓSTENES TORRES, EDUARDO AZEREDO, EDUARDO SIQUEIRA CAMPOS, HÉLIO COSTA, HERÁCLITO FORTES, JOÃO RIBEIRO, JOSÉ JORGE, LEONEL PAVAN, LÚCIA VÂNIA, PAULO OCTÁVIO, PEDRO SIMON, REGINALDO DUARTE, RODOLPHO TOURINHO, SÉRGIO GUERRA, SÉRGIO ZAMBIASI e VALDIR RAUPP.***

A presidência da Câmara dos Deputados designou como Relator do Projeto de Lei de Conversão n. 01/04 o Deputado Fernando Ferro (PT/PE) que apresentou Parecer de Admissibilidade a favor da constitucionalidade do PLC em termos de relevância e urgência, ***esta última justificando-se plenamente em razão dos problemas ocasionados com o suprimento de energia elétrica de passado recente.***

Relativamente à consolidação das Emendas Parlamentares, o Relator trabalhou no sentido de harmonizar os objetivos da proposta do Executivo com a visão republicana, democrática e plural do Legislativo com destaque, para os objetivos da presente ação de controle concentrado, para as Emendas Aditivas n. 728 (Dep. Luciano Zica – PT/SP)

e 755 (Dep. Mauro Passos – PT/SC) que, respectivamente, propunham (A) **revogar** o artigo 5º da Lei n. 9.648/98 que determinava ao Poder Executivo que promovesse, “com vistas à privatização, a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras S/A - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias Centrais Elétricas Sul do Brasil S/A - ELETROSUL, Centrais Elétricas Norte do Brasil S/A - ELETRONORTE, Cia. Hidroelétrica do São Francisco - CHESF e Furnas Centrais Elétricas S/A, mediante operações de cisão, fusão, incorporação, redução de capital, ou constituição de subsidiárias integrais”, e (B) **excluir** “do Programa Nacional de Desestatização (PND) a empresa ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S/A, e suas controladas: Furnas Centrais Elétricas S/A, CHESF – Centrais Elétricas do São Francisco S/A, ELETRONORTE – Centrais Elétricas do Norte S/A, e ELETROSUL – Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A”.

A Emenda Aditiva n. 755 apresentou Justificação cujo teor sustenta a retirada da ELETROBRÁS e suas controladas do PND como fator “imperioso no combate à ameaça de novos racionamentos”, pois são empresas de alto padrão tecnológico capazes de garantir ao governo a retomada da capacidade de planejamento dos sistemas de geração e de transmissão assegurando a todos os cidadãos os direitos constitucionalmente garantidos exercitáveis a partir de um fornecimento de energia elétrica com acesso universal e modicidade tarifária.

Apesar do Relatório do Dep. Fernando Ferro (PT/PE) referir-se apenas às Emendas Aditivas n. 728 e 755, pelos menos outras 05 (cinco) Emendas Parlamentares tratavam da questão sob o mesmo enfoque, são elas as Emendas Parlamentares n. 719, 720, 721, 724 e 736.

Após intensos debates com os diversos partidos políticos representados na Casa, o Parecer com reformulação do PLC e os destaques foram aprovados em 28/01/2004 com remessa ao Senado Federal (Ofício PS-GSE/142/04).

No Senado Federal, os debates culminaram na Sessão Plenária de 04/03/2004 com a apresentação do relatório do Senador Delcídio Amaral (PT/MS), relator revisor, que, da mesma forma, justificou a urgência constitucional “**porquanto urge criar condições para a retomada dos investimentos no setor elétrico, sob pena de voltarmos a experimentar uma grave crise de energia em poucos anos**”, já que as condições para atendimento do mercado futuro de 2008 e 2009 precisavam ser tomadas já naquele ano de 2004.

No mérito, opinou que a Medida Provisória n. 144/03 foi aperfeiçoada com o trabalho da Câmara dos Deputados como também seria no Senado Federal e que aprovava o trabalho oferecido àquela Casa Legislativa com o acréscimo de novas Emendas, dentre elas, para os fins a que se propõe a presente ação, destaca-se a Emenda n. 800 que propunha a seguinte redação, com destaque para a inclusão da CGTEE ao texto vindo da Câmara dos Deputados: “Ficam excluídas do Programa Nacional de Desestatização – PND a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, e suas controladas: Furnas Centrais Elétricas S/A, Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, e Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A – Eletrosul e a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE”.

Seguiu-se amplo debate com todas as correntes político partidárias apresentando seus pontos de vista como se vê no registro do Diário do Senado

Federal de 05 de março de 2004, pp. 5.709/5.804 (doc. anexo), que culminaram com a aprovação plenária do texto principal do PLC n. 01/04 com os Destaques a serem aprovados na sessão deliberativa seguinte, dentre eles registre-se o Requerimento n. 240/2004 para destaque de disposição para votação em separado da Emenda n. 800.

Em 09/03/04, foi realizada nova sessão plenária para continuidade da apreciação da PLC n. 01/04 com a votação dos Destaques. Naquela oportunidade manifestou-se a Senadora Heloisa Helena (Sem partido/AL) para que fosse incluído na redação de vedação de privatização da Emenda n. 800 também as cinco pequenas distribuidoras de energia elétrica que não tinham sido privatizadas, por falta de interesse do mercado, na rodada de privatizações da década de 1990 e, por esta razão, tinham sido federalizadas.

Assim, pretendia a Senadora Heloisa Helena (Sem partido/AL) que se oferecesse garantia legal adicional que aquelas cinco pequenas distribuidoras federalizadas também não seriam privatizadas.

O relator de revisão, Senador Delcídio Amaral (PT/MS), defendeu a manutenção da redação da Emenda n. 800 sem a inclusão expressa das cinco pequenas distribuidoras federalizadas sob o argumento de que **“o Governo não fará a privatização das companhias que são estruturantes no mercado de energia elétrica, principalmente as grandes geradoras e transmissoras do País”**¹. Com isto seguiu-se a votação com a aprovação da Emenda n. 800, com voto contrário da Senadora Heloisa Helena (Sem partido/AL), mantendo-se o espírito do texto do projeto vindo da Câmara dos Deputados, mas com a inclusão expressa da Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE entre as controladas da Eletrobras que não poderiam ser privatizadas.

O Projeto de Lei de Conversão, após a votação, retornou a Câmara dos Deputados para votação das Emendas oferecidas pelo Senado Federal (Ofício n. 95/004).

As Emendas do Senado Federal foram todas discutidas em turno único na sessão plenária de 11/03/04 proferindo, o Dep. Fernando Ferro (PT/PE), novo parecer manifestando-se pelo aprimoramento redacional oferecido pela Emenda n. 800 tendo naquela mesma sessão legislativa se aprovado a redação final do PLC n. 01/04, convertido na Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004.

Foi então do pluralismo político e da participação republicana e democrática dos diversos segmentos sociais, representados na Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que a relevante e urgente proposta legislativa, instrumentalizada por meio de Medida Provisória, foi trabalhada, discutida e aperfeiçoada pelo Poder Legislativo transformando-se no novo marco regulatório do setor elétrico brasileiro.

Destaque é dado ao art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848, que, **atendendo ao consenso parlamentar**, estabeleceu vedação específica ao Poder Executivo para a preservação do serviço público oferecido pela ELETROBRÁS e suas controladas. Estabelecendo, por

¹ Diário do Senado Federal, 10 de março de 2004, p. 6.336.

outro contorno, verdadeira reserva de lei formal para que tal vedação somente pudesse ser dissipada por atividade legislativa equivalente, ou seja, decorrente do mesmo procedimento legislativo no qual se implementou o republicando debate parlamentar.

Mesmo que o nodal caminho ordinário da atividade legislativa tenha sido inicialmente turbado pela urgência constitucional ante a indispensabilidade das exigências do caso concreto (“apagão”), o fato inescusável é que a reserva legal estabelecida parlamentarmente foi resultado da concretização dos princípios republicano, democrático e da separação de poderes em que se estipulou garantia de preservação do patrimônio público em vista da adequada prestação do serviço público e preservação dos princípios e objetivos da política energética nacional como via de concretização de direitos humanos.

Construiu-se um marco legal que preservou o legislador ordinário como essencial para disciplinar matérias fundamentais relativas à legislação sobre o setor elétrico nacional, impedindo que os efeitos de eventual Medida Provisória futura versasse sobre o mesmo tema e fraudasse a atividade legislativa exaustivamente levada à efeito naquela virada de 2003 para 2004.

Todos são elementos fáticos e de direito que concluem pela inconstitucionalidade instrumental da Medida Provisória n. 814/17 e que serão detalhadamente apresentados alhures.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE INSTRUMENTAL DA MEDIDA PROVISÓRIA

3.1. DA AUSÊNCIA DO REQUISITO CONSTITUCIONAL DA URGÊNCIA QUALIFICADA PARA A EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO CONCRETA QUE EXIJA AÇÃO IMEDIATA DO EXECUTIVO DURANTE O PERÍODO DE RECESSO LEGISLATIVO. PROXIMIDADE DO RETORNO DA SESSÃO LEGISLATIVA ORDINÁRIA (ART. 57, CAPUT, CF/88) E POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ABREVIADO DE PROJETO DE INICIATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (ART. 64, § 1º, CF/88)

A Constituição de 1988 inovou no processo legislativo ao introduzir a Medida Provisória como um novo ato normativo em substituição ao Decreto-Lei que houvera sido contaminado com os estorvos antidemocráticos do regime militar instalado em 1964.

Pretendia-se adotar, em um sistema presidencialista, a mesma experiência histórica da Constituição parlamentarista italiana do *provvedimenti provvisori con forza di legge* (art. 77) que pudesse garantir a iniciativa legislativa ao Presidente da República de ato normativo com força de lei para casos de notável relevância e urgência sem, no entanto, que a responsabilidade sobre sua edição fosse da mesma forma apurada no presidencialismo brasileiro como o é no parlamentarismo italiano.

Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 demonstraram o uso desmedido e pouco republicano da Medida Provisória como mecanismo

de instituição de políticas públicas do governo executivo sem o desgaste político – mas democraticamente indispensável – do debate público com o Congresso Nacional em prejuízo do pluralismo político (art. 1º, inciso V, CF/88).

Somente em 1995 o Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995, assumiu papel ativo para refrear a sanha normativa do Executivo e retomar a plenitude de suas competências legislativas ao incluir o art. 246 nas Disposições Constitucionais Gerais (art. 2º da EC n. 06/95) com expressa vedação de regulamentação via Medida Provisória de qualquer artigo da Constituição cuja redação que tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995,

A medida buscava preservar plenamente a função constitucional do Poder Legislativo na elaboração de atos normativos infraconstitucionais necessários para conferir efetividade às normas constitucionais.

Em evidente falha de técnica legislativa – mas como expressão forte da vontade de poder constituinte reformador – o art. 2º da EC n. 07, promulgada no mesmo dia 15 de agosto de 1995, repetiu a redação do novel art. 246.

Seguiu-se na mesma *mens legislatoris* a Emenda Constitucional n. 08, do mesmo 15 de agosto de 1995, que alterou a redação do art. 21, inciso XI, e estabeleceu vedação para “adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com redação dada por esta emenda constitucional” (art. 2º, EC n. 08/95).

Mesmo diante daqueles esforços legislativos, a atividade legiferante do Poder Executivo continuou a produzir um número ainda maior de Medidas Provisórias culminando com a reformulação completa da previsão constitucional do instituto com o advento da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, que dentre suas inúmeras inovações trouxe a possibilidade de reedição única da Medida Provisória, inúmeras vedações materiais expressas para a edição de Medida Provisória, e um controle maior da competência legiferante do Presidente da República para reforçar a autorização constitucional somente para casos de relevância e urgência.

Desta forma, a experiência constitucional desabonadora das Medidas Provisórias no Brasil fez com que fosse necessário que o Tribunal Constitucional tivesse, e continue a ter, especial cuidado no controle dos requisitos constitucionais essenciais que qualificam o caso concreto a ponto de permitir que seja alterado o ortodoxo fluxo democrático do processo legislativo: a relevância e a urgência.

Em termos de teoria do direito constitucional, a relevância é tida como elemento referente ao trato político com possibilidade de crivo no âmbito relacional entre Executivo e Legislativo, campo no qual o Supremo Tribunal Federal tem pouca – senão nenhuma – contribuição a oferecer na linha do tradicionalismo da Corte de preservar as deliberações *interna corporis*.

Por outro lado, a urgência é campo no qual a atividade da jurisdicional constitucional tem relevante contribuição a oferecer na defesa da

Constituição. Em primeiro lugar, a partir de solução oferecida pela própria interpretação sistemática do texto constitucional relacionado à Seção VIII - Do Processo Legislativo (arts. 59 a 69), na qual se atribui competência ao Presidente da República para a iniciativa de leis ordinárias (art. 61, *caput*) que são o resultado fausto das Medidas Provisórias convertidas em ato normativo pela chancela do Congresso Nacional.

Desta maneira, se o objetivo do Presidente da República é promover alteração ou inovação normativa que requeira posicionamento do Poder Legislativo com maior celeridade que aquela que pode ser obtida pelo procedimento legislativo normal do Projeto de Lei Ordinária (art. 64 e seguintes, CF/88), **então o chefe do Executivo poderá lançar mão do procedimento legislativo abreviado previsto no art. 64, §§ 1º a 4º, CF/88.** Tal procedimento prevê que a manifestação do Congresso Nacional se dê no prazo de 90 (noventa) dias com mais 10 (dez) dias para caso de Emenda Parlamentar do Senado Federal a ser apreciada pela Câmara dos Deputados.

O prazo máximo de 100 (cem) dias do procedimento abreviado de projeto de lei ordinária é menor que o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias do procedimento da Medida Provisória, considerando a eficácia de 60 (sessenta) dias com apenas uma reedição (art. 62, § 3º, CF/88). E ainda detém a grande vantagem de adotar procedimento padrão de análise, discussão e melhorias parlamentares antes que a proposta do Executivo comece a produzir seus efeitos jurídicos. Porém, quando vier a produzi-los, produzi-los-á com a segurança jurídica da estabilidade normativa da Lei Ordinária.

Por outra banda, a Medida Provisória, **mesmo não sendo Lei Ordinária**, empresta dela a força impositiva (força de lei) e passa a produzir efeitos jurídicos imediatos em razão da relevância e da urgência que a via interpretativa oferecida nesta ação passa a designar como **urgência urgentíssima**, da qual a solução constitucional do procedimento legislativo abreviado dos 100 (cem) dias não é adequada ao caso concreto.

Daí que a Constituição oferece chancela constitucional para tais casos de urgência urgentíssima para que o Presidente da República possa exercer atividade legislativa heterodoxa para atender republicano interesse público urgente urgentíssimo. **Caso contrário não se justificaria subverter a função legislativa própria do Poder Legislativo e recursar-se a utilizar a alternativa constitucional do procedimento legislativo abreviado (art. 64, §§ 1º a 4º, CF/88).**

Ante as lições oferecidas pelo texto magno de 1988 resta definir se no caso concreto sob crivo de constitucionalidade, o artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro de 2017, atende ao requisito constitucional qualificado de urgência urgentíssima que o torne constitucionalmente válido?

Outra forma de colocar a *quaestio juris* é pesquisar se a alternativa de apresentação de projeto de Lei Ordinária com solicitação de apreciação urgente (art. 64, § 1º, CF/88) atende equitativamente aos interesses governamentais do Executivo que a edição de Medida Provisória. **Caso a resposta seja afirmativa, então não estará preenchido o requisito constitucional qualificado da urgência urgentíssima requerido pelo caput do art. 62, CF/88, posto**

que a via alternativa do art. 64, § 1º, CF/88 é menos onerosa para os princípios republicano, democrática e da separação dos poderes.

Sendo a Medida Provisória n. 814, editada em **28 de dezembro de 2017**, mas somente publicada no Diário Oficial da União do dia seguinte, temos que o prazo máximo de eficácia normativa de 120 (cento e vinte) dias terá como *dies ad quo* o **28 de abril de 2018**. Isto posto, como o artigo maculado de inconstitucionalidade trata da revogação por Medida Provisória da vedação legal para que a ELETROBRÁS e suas controladas sejam transferidas para a iniciativa privada, então temos que a maior companhia de energia elétrica da América Latina terá todo o processo de privatização realizado no curto espaço de tempo entre o 28 de dezembro de 2017 e o 28 de abril de 2018 não sendo crível, pois, que faticamente prazo tão curto seja suficiente para levar a cabo tarefa hercúlea e que ainda preserve todos os padrões de normalidade normativa e de legítima igualdade de condições entre prováveis interessados na aquisição.

Por outro lado, mesmo sem a força obrigatória imediata (força de lei) que detém a Medida Provisória, o procedimento abreviado de legislação ordinária não poderia ser encaminhado naquele 28 de dezembro de 2017 já que o Congresso Nacional estava de recesso parlamentar e como o Presidente da República não o havia feito até 22 de dezembro, preferindo fazê-lo **apenas 06 (seis) dias depois de iniciado o recesso parlamentar**, só é possível, **no caso concreto e mantendo-se os parâmetros de comparação**, que o projeto fosse apresentado em 02 de fevereiro de 2018 com o início de nova sessão legislativa ordinária.

Mesmo postergando-se o início da tramitação do projeto de Lei Ordinária com solicitação de urgência (art. 61, § 1º, CF/88), o mesmo teria seu *dies ad quo* em **12 de maio de 2018**. Teríamos, portanto, no caso concreto uma diferença de **exatos 14 (catorze) dias** com a insubstituível vantagem de que não haveria quebra do fluxo ordinário e democrático do exercício da função legislativa pelo Poder que foi ontologicamente constituído para tanto: o Legislativo.

Ademais, sendo a natureza da Medida Provisória aquela de **ato normativo precário**, o caso de sua não conversão em Lei Ordinária demandaria do Congresso Nacional novo esforço legislativo para editar Decreto Legislativo para regular as relações jurídicas decorrentes do período de vigência precária da Medida Provisória rejeitada ou que teve seu prazo de vigência exaurido (art. 62, § 3º, segunda parte, CF/88). Criando-se em um setor econômico estratégico para qualquer estado soberano, elevado nível de insegurança jurídica contra-regulatório e danoso para um ambiente econômico saudável. Ao passo que a tramitação do projeto de Lei Ordinária com procedimento abreviado traria a imensa vantagem de dar posição inequívoca ao setor (sinal de mercado), seja qual fosse o resultado da tramitação legislativa: aprovação ou rejeição da proposta trazida pelo atual art. 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814/17.

Com a segura posição legislativa sobre o tema, o setor elétrico brasileiro não construiria suas análises de planejamento estratégico sobre cenários incertos como o da Medida Provisória, mas a partir da certeza jurídica, qualificada pela segurança jurídica da Lei Ordinária, de vigência ou não do projeto de lei proposto pelo Executivo.

Veja, em abono ao exposto acima, que inexistente situação concreta que exija ação imediata do Executivo durante o período de recesso legislativo à

constitucionalizar a urgência urgentíssima como requisito essencial da Medida Provisória n. 184, de 28 de dezembro de 2017.

Não há, em conclusão, justificativa constitucionalmente adequada para não se aguardar o retorno da sessão legislativa ordinária e instaurar o procedimento abreviado de projeto de Lei Ordinária de iniciativa do Presidente da República (art. 64, § 1º, CF/88), o que retira-lhe o sustentáculo de constitucionalidade. Impõe-se o exercício da guarda do texto constitucional contra qualquer estratégia que impropriamente venha a restringir à Constituição de sua capacidade normativa de estabelecer o processo legislativo democraticamente assentado no pluralismo político, sob pena de convalidar a redução da esfera de exercício das funções próprias do Poder Legislativo e oferecer espaço aos riscos institucionais descritos no Capítulo VII – Da Constituição da Inglaterra do Livro Décimo Primeiro d’O Espírito da Leis:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

3.2. DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL COMO CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANO, DEMOCRÁTICO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO EM VISTA DA ADEQUADA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. DO EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO DO PODER EXECUTIVO E LEGISLATIVO. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA POLÍTICA ENERGÉTICA NACIONAL COMO CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. ESSENCIALIDADE DO LEGISLADOR ORDINÁRIO PARA DISCIPLINAR MATERIAS FUNDAMENTAIS, ESPECIALMENTE NO ÂMBITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A contextualização do momento político institucional em que foram elaborados os novos marcos regulatórios para o sistema elétrico nacional em 2003/2004 permite entender a vedação expressa que foi resultado do largo debate parlamentar na elaboração do art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848/04.

Estabeleceu-se para o tema da privatização da ELETROBRÁS e de suas controladas uma verdadeira reserva legal que, a par de não engessar o assunto a novos contextos institucionais e econômicos futuros, garantia que o mesmo processo legislativo realizado no seio do Congresso Nacional para estabelecer o consenso político de não privatização do setor elétrico a partir da experiência havida na década de 1990 somente fosse revisto pelo mesmo *modus operandi* do procedimento legislativo de lei ordinária.

Assim entendido, temos que o plexo constitucional tem permitido a especialização do princípio da legalidade na forma do estabelecimento de uma reserva legal absoluta a designar que a alteração de um marco normativo somente possa ser realizado por outra norma de mesma natureza legislativa, estabelecendo-se que a regulamentação

por lei ordinária somente possa ser substituída ou suprimida por outra lei ordinária (***lei em sentido formal***) possibilitando a preservação do conteúdo da matéria disciplinada pela norma de origem ante procedimentos legislativos menos democráticos como é o caso daquele da Medida Provisória.

O princípio da reserva legal está, portanto, ligado visceralmente aos princípios da República e da Democracia, posto que reserva à representatividade popular do Congresso Nacional a atribuição irrecusável de estabelecer os parâmetros do exercício da defesa de direitos, principalmente quando se tratam de direitos fundamentais.

A experiência democrática dos estados constitucionais modernos tem resultado em reservar a atividade legislativa em sentido formal ao órgão estatal que detenha competência constitucional para legislar e esteja revestido da legitimidade necessária para pluralmente representar os interesses de seu povo, *in casu* o Congresso Nacional como órgão mãe do Poder Legislativo nacional.

Ainda que com hierarquia diversa, a mesma reserva legislativa que foi estabelecida ao art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848/04 foi também estabelecida pelos incisos do § 4º do art. 60 ao garantir cláusulas imodificáveis ao constituinte reformador. Veja-se que a mesma lógica é aplicável aos dois contextos.

O fundamento da reserva normativa estabelecida em ambos os casos é o fato de que o poder competente para exercício das atribuições constitucionais colocou-se diante da possibilidade de delegar as atribuições que houvera recebido, ou não as delegar.

O caso das cláusula péticas responde negativamente à possibilidade de delegação de competência ao constituinte reformador, o que é reforçado pela possibilidade de, em outros temas diversos daqueles indicados nas cláusulas péticas, o mesmo órgão delegado (Congresso Nacional) poder exercer competências delegadas seja para revisar (art. 3º, ADCT) seja para reformar (art. 60, CF/88) a norma constitucional.

Não obstante, fica claro que a imposição de reserva normativa ao poder delegado para que não aja segundo interesses subjetivos e insubordinados ao poder delegante. A reserva estabelecida pelas cláusulas péticas garante que a delegação ao poder de revisão e reforma constitucional seja realizado segundo conteúdo e procedimentos pré-definidos.

No caso da reserva legal especificada no art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848/04, a sensibilidade do tema discutido à exaustão naqueles primeiros meses de 2004, a partir da experiência negativa do processo de privatização da década de 1990, impôs que houvesse garantia própria para que a ***cautela*** sobre uma nova rodada de privatizações do setor elétrico fosse o adjetivo de destaque em um novo debate político institucional sobre o tema.

Assim, optou o legislador em não estabelecer uma reserva legal de matriz constitucional sob pena de engessar em demasia o tema, posto ser então necessária a via da Emenda Constitucional. Entendeu o legislador que bastava haver um novo debate no seio legítimo do Congresso Nacional para que qualquer novo processo de privatização do setor

elétrico pudesse ganhar a legitimidade republicana e democrática necessária para que o Brasil pudesse seguir firme no seu caminho de desenvolvimento.

Desta forma, não se quis que o tema fosse vedado ao debate nacional, mas preservou-se que seu debate ressoasse a todo Brasil a partir da caixa de reverberação parlamentar caracterizada pelo pluralismo político. **Reverbera-se de modo pré-especificado com o exercício da função legislativa sob a forma de lei em sentido formal, vedando-se por consequência que ato normativo excepcional, tal qual a Medida Provisória, pudesse substituir o modelo de processo legislativo parlamentarmente adequado.**

A bem que poder-se-ia argumentar que a Medida Provisória não exclui o debate legislativo porque o Projeto de Lei de Conversão se oferece ao debate parlamentar que, caso não ocorra a tempo, ocasionará em perda de sua eficácia.

Entretanto, veja-se que a Medida Provisória, no caso concreto, encontra a mesma *ratio* de vedação que as matérias trazidas pela Emenda Constitucional n. 32/01 que vedou expressamente o tratamento de diversos assuntos pela via da Medida Provisória. Tanto no caso dos temas abordados na Emenda Constitucional n. 32/01 quanto no art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848/04, eventuais Medidas Provisórias seriam submetidas da mesma maneira ao escrutínio do Congresso Nacional. Qual, então, a razão de ser de tais vedações à Medida Provisória?

Explicam-se tais vedações expressas na semente antidemocrática e da excepcionalidade da Medida Provisória, pois ela inverte o processo legislativo dando poder extraordinário ao Presidente da República para editar ato normativo com imediata força de lei, mesmo não sendo lei, e obrigando ao Poder Legislativo sobre ele deliberar em caráter de urgência urgentíssima.

O caminho da Medida Provisória estreita excepcionalmente a via republicana e democrática do debate parlamentar porque delega poderes a quem não o recebeu ordinariamente como alerta John Locke, em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil:

O Legislativo não pode transferir o Poder de Fazer Leis para outras mãos. Por ser um Poder delegado do Povo, eles, que o têm, não podem passar para outros ... E quando as pessoas disseram, Nós nos submeteremos a regras, e seremos governados pelas Leis feitas por tais Homens, e Em tais formas, nenhum outro corpo pode dizer que outros homens devem fazer leis para eles; nem as pessoas podem ser vinculadas por nenhuma lei, mas as que são promulgadas por aqueles que escolheram e autorizadas a fazer leis para elas. O Poder do Poder Legislativo derivado do Povo por uma Subvenção e Instituição voluntária positiva, não pode ser outro, do que o que o Subvenção positiva transmitiu, que é apenas fazer Leis, e não fazer Legisladores, o Legislativo não pode ter poder para transferir sua Autoridade para fazer leis e colocá-la em outras mãos.

Por conclusão, percebe-se que a vedação da regulamentação de determinados assuntos por meio de Medida Provisória, como é o caso do art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848/04, encontra agasalho constitucional, posto ser o procedimento legislativo da Medida Provisória um *minus* republicano e democrático que não é constitucionalmente viável nos casos em que a melhor hermenêutica constitucional inviabilize seu uso.

O caso, ressalte-se, não é de inflexibilidade restritiva da reserva legal, mas da adoção do procedimento legislativo da Lei Ordinária em que as decisões políticas fundamentais são reservadas ao legislador ordinário e não monocraticamente ao chefe do Executivo, especialmente no âmbito de direitos fundamentais.

Aliás, pequena digressão pontual é importante para deixar firmes e claros os vínculos entre o sistema energético e o exercício de direitos fundamentais sociais sob a ótica da justiça socioambiental como justiça distributiva em defesa da vulnerabilidade social das populações pobres.

Em primeira aproximação, tem-se que a energia elétrica não é um produto econômico *tradeable*, como os demais itens energéticos (petróleo e derivados ou carvão), não podendo ser simplesmente importada e que também para ela não existe substituto perfeito. Tornando, por suas próprias características, sua disponibilidade condição estratégica para o desenvolvimento das sociedades contemporâneas posto ser um “macrovetor técnico determinante da produtividade média do trabalho humano”, desta maneira “a disponibilidade de energia tem o poder de veto ao crescimento de investimentos produtivos e à ampliação dos suportes materiais do bem-estar”².

Em termos da realização de políticas públicas que pretendam “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (art. 3º, inciso III, CF/88), a formação de um sistema elétrico confiável é recurso essencial para que as famílias possam atender suas necessidades mínimas de vida com dignidade. A tanto de viabilizar ao físico José Goldemberg, professor honorário do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, **utilizar o consumo de energia per capita como indicador para o nível de desenvolvimento dos países, correlacionando-o às taxas de analfabetismo, mortalidade infantil e fertilidade total e à expectativa de vida.** Tudo levando-o a concluir que, em países em que o consumo de energia *per capita* é baixo, há uma tendência identificável de alta das referidas taxas e baixa expectativa de vida³.

Desta forma, no que tange à universalização de direitos fundamentais vinculados ao setor elétrico é preciso ter claro que ele se alicerça sobre três pilares fundamentais: a segurança do suprimento de energia elétrica, a modicidade tarifária e a universalização do acesso à energia elétrica. Tratar, portanto, do setor elétrico equivale à garantia de bem-estar existencial em condições mínimas para o desenvolvimento humano sob pena de afetar

² LESSA, CARLOS. **Energia, vetor fundamental do desenvolvimento.** Artigo. Jornal Valor Econômico, 28/09/2005.

³ GOLDEMBERG, JOSÉ. **Energia e desenvolvimento.** Dossiê Recursos Naturais. Estudos Avançados, vol. 12, n. 33, São Paulo, maio/agosto 1998. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.

diretamente a dignidade humana com impactos, também diretos, ao meio ambiente⁴. O que qualifica-o ao patamar de direito social cujo oferecimento é um serviço público indispensável.

O serviço de energia elétrica está ligado à prestação do serviço de geração, transmissão e distribuição prestado pelo Poder Público, cujo acesso é condicionante para a determinação da qualidade de vida da população e da salubridade ambiental. Logo, sua oferta insuficiente – tanto em termos de adequabilidade, firmeza e segurança – configura grave problema socioambiental.

É, por conseguinte, de se considerar que o fornecimento adequado de energia elétrica tem grande atuação no combate à pobreza e à redução das desigualdades sociais e regionais com a ressalva de que a exploração de potenciais hidráulicos, por exemplo, deve estar aliada a preocupações com a manutenção do equilíbrio ambiental e sociocultural das populações tradicionais. Assim, a prestação adequada do serviço público de fornecimento de energia elétrica compõe defesa eficiente dos direitos fundamentais sociais. Pois, caracteriza-se como princípio de justiça que se garanta a distribuição equitativa de bens primários, básicos para todas as pessoas, independentemente de seus projetos de vida ou concepções existenciais.

Logo, aquém de um mínimo existencial, cuja falta de acesso a bens materiais e sociais essenciais ao desenvolvimento da condição humana, não se pode falar em indivíduos em exercício igualitário da cidadania na sociedade.

Finalizada a pequena, mas necessária, digressão para estabelecer os vínculos materiais entre o sistema elétrico nacional e o exercício de direitos humanos fundamentais é que se pode entender a essencialidade da manifestação do legislador ordinário a disciplinar matérias fundamentais para o desenvolvimento estratégico do estado brasileiro e de seu povo.

A reserva de lei formal estabelecida no art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848/04 vincula-se, portanto, à concretização da democracia e da separação de poderes, pois ao atribuir especificamente ao legislador ordinário a capacidade de sobrelevar a vedação legal, ela desempenha o papel de dar ao tema a publicidade social, via Parlamento, para que a sociedade em conjunto debata o assunto com o claro objetivo de equacionar tema estratégico para a vida da comunidade. Logo, atribuir exclusivamente ao legislador ordinário o monopólio da atividade legislativa não é contrário ao Estado Democrático de Direito, ou ainda ao Estado Constitucional; muito pelo contrário, atribui ao pluralismo político da composição parlamentar e à ressonância que seus debates detêm perante o corpo social, que o resultado legislativo seja a síntese do interesse público.

Em resumo, o mecanismo normativo da Medida Provisória utilizado para revogar a vedação expressa por lei ordinária viola a sistemática social por reduzir a amplitude republicana e democrática com restrição do campo de atribuições funcionais do

⁴ Os impactos ao meio ambiente são considerados quando analisadas as técnicas de acesso às fontes de energia extraíndo-a da natureza sob pena de degradação dos meios físicos, bióticos e socioculturais, mormente quando o saber antropológico e tradicional é silenciado diante do saber técnico dos planejamentos do setor elétrico.

Poder Legislativo. A reserva expressa de lei ordinária formal para ultrapassar a vedação de privatização da Eletrobrás e suas controladas conversa à perfeição com a garantia da preservação do patrimônio público em vista da adequada prestação do serviço público preservando princípios e objetivos da Política Energética Nacional resultando em concretização de Direitos Humanos. Tudo a impor a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro de 2017.

3.3. IMPOSSIBILIDADE DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA DO SETOR ELÉTRICO SER OBJETO DE MEDIDA PROVISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 246 DA CF/88. PRECEDENTES NO STF.

O tema trazido neste capítulo da ação de controle concentrado já foi debatido em algumas oportunidades em sede desta Eg. Corte Constitucional e remonta à edição da Emenda Constitucional n. 06/95 que realizou modificação no conceito de empresa nacional possibilitando que a privatização do sistema elétrico, naquela oportunidade, também atraísse o capital internacional.

Após sua edição, seguiram-se uma série de atos normativos reguladores que ora suspendiam entraves para a realização da privatização do setor elétrico, ora realizavam modelagem jurídica que transformasse os ativos patrimoniais da União mais interessantes ao setor privado da economia.

Todos os referidos atos normativos, de que são exemplos as Leis Ordinárias n. 9.074/95, 9.427/96, 9.478/97 e 9.648/98, foram promulgados respeitando-se a vedação constitucional expressa nas Emendas Constitucionais n. 06 e 07/95 que, ao incluírem o art. 246 no Título IX - "Das Disposições Constitucionais Gerais" estabeleceu proibição que tal regulamentação fosse instrumentalmente realizada pela via normativa da Medida Provisória.

A *mens legislatoris* expressou, por um lado, que a mudança do marco regulatório do setor elétrico nacional, que seria logo adiante privatizado, fosse feita por força da maioria parlamentar qualificada via Emenda Constitucional, mas que, por outro lado, a magnitude estratégica do assunto não poderia fraudar a função legislativa exercida constitucionalmente pela pluralidade política, republicana e democrática do Poder Legislativo.

Assim, entendia-se que a regulamentação do setor elétrico nacional decorrente da mudança paradigmática promovida pela Emenda Constitucional n. 06/95 **não poderia conferir competência monocrática, pessoal e subjetiva do Presidente da República sob o peso da redução do espectro democrático da república brasileira.**

Mutatis mutante, mas com a mesma *ratio*, as alterações do marco regulatório do setor elétrico promovidas após a década de 1990 preservaram o mesmo respeito à vedação constitucional de regulamentação do setor elétrico nacional por meio de Medida Provisória.

Neste sentido são exemplos as Leis Ordinárias n. 9.991/00, 10.433/02, 10.438/02, 10.847/04 e 10.848/04, os dois últimos exemplos se destacam das demais por representarem a última grande reestruturação do sistema elétrico nacional.

A última em especial, Lei n. 10.848/04, promoveu a positivação de uma segunda garantia democrática, pois expressamente manifestou o interesse público nacional vedando que se fizesse a privatização da Eletrobras e de suas controladoras. O que pode ser chamada de ***segunda garantia democrática*** porque, na melhor leitura constitucional e de teoria do direito, não impede que tal barreira legal seja superada por outra norma de igual grau normativo: a Lei Ordinária; sob a técnica de solução de conflito normativo segundo a qual lei posterior revoga lei anterior. Mas, oferece um segundo grau de garantia democrática que se a privatização representar, em algum momento futuro, o legítimo interesse público, então que tal decisão fique ao crivo da pluralidade política presente no Poder Legislativo.

Outrossim, não fosse bastante indicativo da opção constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro pela vedação do uso da Medida Provisória para regulamentar temas sensíveis a seu povo, mormente que envolvem o exercício legítimo de direitos humanos fundamentais como é o caso da regulamentação do setor elétrico, surgira, pouco antes da Lei n. 10848/04, no mundo jurídico nacional novas restrições constitucionais expressas ao uso da Medida Provisória para regulamentar diversos matérias: a Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001.

A EC n. 32/01 não só trouxe vedações expressas de regulamentação por Medida Provisória de vários temas constitucionais como também reescreveu o art. 62 CF/88 para garantir que o desempenho da atividade legislativa pelo Poder Legislativo não sofresse derrogações fáticas por abuso da prerrogativa da Presidência da República em editar Medidas Provisórias, mesmo em claros e diversos casos em que não estavam presentes os requisitos constitucionais qualificados da relevância e urgência urgentíssima (nomenclatura aqui utilizada, *concessa venia*, em alinhamento ao exposto ao norte).

Sobre o art. 246, CF/88, a EC n. 32/01 promoveu ligeira modificação mantendo a vedação de regulamentação de artigo da Constituição cuja alteração tenha ocorrido “entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”. Sendo, não obstante, indiferente aos fins da presente ação eis que a vedação decorre da alteração promovida sobre o art. 176, § 1º, da Constituição Federal que foi realizada dentro do intervalo temporal fixado pela nova redação do art. 246, CF/88. Vedação, não obstante, não respeitada pelo art. 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro de 2017, ora objeto de impugnação de constitucionalidade.

Como referido no início do capítulo, a questão não é nova no Eg. Supremo Tribunal Federal tendo seu plenário se reunido em algumas oportunidades para deliberar sobre a questão remanescendo o precedente mais próximo a Medida Cautelar na ADI 3.090/DF em que o caso concreto levou à interpretação negativa ao pedido do autor. Mas que daquele debate restam ainda, no exercício de sua função jurisdicional, os Ministros Gilmar Mendes, relator da ADI, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e o atual decano Celso de Mello. Destes, aliás, somente o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu por negar o pedido de medida cautelar naquele

caso concreto, sendo que os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello acompanharam o voto do relator, Min. Gilmar Mendes.

Mas o fato é que a jurisdição constitucional não pôde ser plenamente oferecida à interpretação inequívoca dos limites da vedação do art. 246, CF/88 ante a ausência de julgamento de mérito da ADI 3.090/DF que até hoje persiste inconclusa. Restando-se o apoio de marcos jurisprudências anteriores coletados na relatoria pelo próprio Min. Gilmar Mendes, são eles: ADI 1.518-MC/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti; ADI 1.597-MC/DF, rel. para o Acórdão Min. Maurício Correa; ADI 2.005-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira; ADI 2.125-MC/DF, rel. Min. Maurício Correa; ADI 2.473-MC/DF, rel. Min. Néri da Silveira.

Assim, nem mesmo se pode falar de *overruling* à decisão tomada na ADI 3.090-MC/DF eis que não se tratou de decisão de mérito, mas decisão apenas vinculada às circunstâncias do fato concreto outrora analisado, mas que tem o bônus de oferecer à jurisdição constitucional as memórias dos debates havidos naquela composição plenária, mas que ainda remanesçam vivos nas pessoas dos Min. Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e o atual decano Celso de Mello.

De toda sorte, a súmula da jurisprudência ao norte citada enseja dizer, a par de reconhecer-se não ser pacífica, que **a Emenda Constitucional n. 06/95 promoveu alteração no arcabouço normativo que ordenava o setor elétrico brasileiro ao alterar o conceito de empresa nacional permitindo que o contexto do projeto governamental de privatização do setor elétrico fosse receptível a investidores estrangeiros.**

O que se confirmou com as privatizações realizadas ao longo de toda aquela década de 1990, marcada pela venda de diversas distribuidoras de energia.

A sequência da atividade legiferante, **sempre por meio de Lei Ordinária (lei em sentido formal)**, corrobora que a decisão constituinte positivada no art. 246, CF/88 determinava que o ambiente legislativo que passou a reger o setor elétrico nacional desenvolver-se-ia com eventuais alterações normativas realizadas, exclusivamente, por meio de procedimento legislativo de Lei Ordinária com ampla participação do Poder Legislativo em sua discussão, aperfeiçoamento e aprovação.

A questão ganha maior claridade por que a Medida Provisória n. 814/17 vem alterar, regulamentando portanto, 03 (três) Lei Ordinárias (10.438/02, 10.848/04 e 12.111/09) que estruturam o setor elétrico nacional em campo que é justamente vedado à atividade regulatória da Medida Provisória. E que, claramente, pretende fraudar o estatuto constitucional para implementar um novo modelo de exploração do sistema elétrico nacional pela via monocrática da Medida Provisória.

Tal intenção de dar ao Brasil um novo marco regulatório ao sistema elétrico nacional pode ser melhor examinado a partir do **Parecer Jurídico** em anexo, elaborado pelo Prof. Dr. Luiz Alberto G. S. Rocha, que avalia com vantajado fôlego a “proposta de aprimoramento do marco legal do setor elétrico. Nota Técnica nº 5/2017/AEREG/SE do Ministério de Minas e Energia”, cujo conteúdo descortina detalhadamente todo o projeto de alteração do marco regulatório do setor elétrico nacional, inclusive acerca da proposta de

privatização de ativos da União do setor elétrico com outorga de concessões às empresas privadas com prazo de 30 (trinta) anos⁵.

O mesmo Parecer Jurídico é esclarecedor sobre a proposta do novo gabinete do Ministério de Minas e Energia, empossado em maio de 2016, de colocar em Consultas Públicas (n. 21, 32 e 33) para os agentes de mercado uma série de propostas de alteração de estruturas regulatórias tendo como princípio central aquele do mercado livre no sentido de promover a atratividade de investimento privados, e aumentar a concorrência na formação de preço.

Neste diapasão é importante o esclarecimento oferecido pelo Parecer Jurídico quanto ao fato de que o novo MME diagnosticou que a estrutura regulatória atual não oferece segurança nem previsibilidade ao ambiente de negócios com claro desencorajamento a que novos investidores privados façam aportes no setor. As medidas propostas se propõem a diminuir a intervenção externa do governo no setor elétrico com, entre outras medidas, realizar a privatização dos ativos do setor elétrico pertencentes à União.

Para colocar o planejamento em prática é que o MME vem adotando medidas de apressamento de seu calendário ante o curto espaço que o Governo atual tem para findar seu mandato, já que a privatização foi planejada para acontecer já neste primeiro semestre de 2018.

Porém, deve-se ser peremptório ao afirmar que a regulamentação do setor elétrico por Medida Provisória como proposta pelo ato impugnado pelo vício da inconstitucionalidade revela-se como revogação essencial, estrutural, medular da forma como o setor elétrico nacional está hoje estruturado.

Veja-se que a Lei n. 10.848/04 não impede que faça a privatização das distribuidoras, nem mesmo das federalizadas, mas impediu que o núcleo do sistema elétrico nacional estruturado sob o comando e controle da Eletrobras e suas controladas fosse privatizado, sob pena que o modelo em marcha fosse completamente desfeito – sem qualquer previsão mínima de como um setor estratégico para a vida nacional viria a ser construído – por meio de simples e monocrática Medida Provisória.

Desta forma, reunindo-se as questões jurídicas com aquelas presentes no mundo dos fatos – e largamente noticiadas pela mídia nacional – vemos que a regulamentação do setor elétrico por Medida Provisória – *in casu*, a inconstitucional retirada da vedação do art. 31, § 1º, da Lei n. 10.848/04 – viola frontalmente, por mais esta razão, a Constituição da República agora no conteúdo específico de seu art. 246. Isto porque a matéria trazida pelo dispositivo impugnado tem o mesmo quilate material da alteração realizada pela Emenda Constitucional n. 06/95 e a partir da qual se estabeleceu a vedação que ainda hoje resta presente no art. 246, CF/88.

⁵ Nota Técnica nº 5/2017/AREG/SE do Ministério de Minas e Energia, item 3.130 e seguintes.

4. DA MEDIDA CAUTELAR (ART. 10 A 12, LEI N. 9.868/99)

A concessão da medida cautelar a que se refere o art. 10 da Lei n. 9.868/99 é medida que se impõe ante a presença dos requisitos legais para seu deferimento.

Com efeito, o *fumus boni iuris* ficou evidenciado nas razões acima ventiladas acentuadas pelo desrespeito que a edição da Medida Provisória, quase ao final do ano calendário de 2017 e apenas poucos dias depois do início do recesso legislativo, promoveu na ordem jurídica brasileira. Some-se às informações de que havia negociações estabelecidas entre a Presidência da República e as Presidências das duas Casas Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) de que os assuntos referentes à privatização da Eletrobras e suas controladas seriam remetidas ao Congresso Nacional via Projeto de Lei Ordinária. Veja neste sentido a notícia vinculada no Jornal Valor Econômico de 29 de dezembro de 2017 às 18:32:

 **Valor**
ECONÔMICO

 Imprimir ()

29/12/2017 - 16:32

Rodrigo Maia diz que não vai votar MP de privatização da Eletrobras

Por Bruno Boghossian

BRASÍLIA - O presidente da Câmara, Rodrigo Maia (DEM-RJ), criticou o governo pela publicação de uma Medida Provisória (MP) que abre caminho para a privatização da Eletrobras e afirmou que não colocará o texto em votação no plenário. "Sou a favor da privatização, mas via projeto de lei. Esta medida provisória não será votada."

Maia disse à "Folha de S.Paulo" que havia um acordo com o Palácio do Planalto para que a elaboração das regras para a privatização da estatal de energia fosse feita em parceria com o Legislativo, com o envio de projetos de lei ao Congresso.

O presidente da Câmara travou uma série de confrontos com o Planalto neste ano ao defender que as principais medidas econômicas do governo fossem tomadas por meio de projetos de lei, o que daria maior protagonismo ao Congresso nesse processo.

Temer e a equipe econômica do governo, porém, preferiam a edição de medidas provisórias, que têm vigência imediata e costumam ser aprovadas pela Câmara e pelo Senado em um ritmo mais acelerado.

Maia afirmou que a Medida Provisória 814 permite a privatização da Eletrobras e de suas subsidiárias, incluindo a Chesf (Companhia Hidrelétrica do São Francisco) "sem a necessidade de concordância ou de discussão de sua modelagem com o Congresso Nacional".

A MP retira a Eletrobras, a Chesf e outras subsidiárias do Programa Nacional de Desestatização. Na prática, o texto revoga uma proibição de venda das estatais prevista em uma lei de 2004, o que abre caminho para a privatização das companhias.

"Com esse 'cheque em branco', o futuro da Chesf e do rio São Francisco ficará nas mãos de poucos técnicos ou 'da burocracia' do governo, a que certamente o presidente Temer não se atentou", disse. "Esse atropelo é completamente injustificável diante do grande interesse do povo nordestino em discutir o futuro do rio São Francisco."

Deputados e senadores do Nordeste resistem em apoiar o programa de privatização da Eletrobras devido à força da Chesf em seus redutos eleitorais. Alguns parlamentares chegaram a pedir a Maia a votação da proposta de realização de um referendo sobre a venda da subsidiária.

A MP 814 também modifica contratos para facilitar a venda da distribuidora de energia do Amazonas e estende para 2018 o prazo para que a União faça o ressarcimento de gastos de R\$ 3,5 bilhões de empresas locais que haviam sido cobertos pela Eletrobras.

Na mesma linha é a informação do site Poder360 publicada em 03 de janeiro de 2018 às 19:49 e atualizada em 04 de janeiro de 2018 às 13:41:



Eunício sugere que pode rejeitar MP que permite privatização da Eletrobras

Presidente do Congresso precisa aceitar MP

'Para receber precisa ter urgência e relevância'

Minas e Energia: tema já foi tratado com Planalto



Eunício Oliveira decide se aceita ou devolve medidas provisórias ao Planalto

PALOMA RODRIGUES ([HTTPS://WWW.PODER360.COM.BR/AUTHOR/PALOMA-RODRIGUES/](https://www.poder360.com.br/autor/paloma-rodrigues/)), GABRIEL HIRABAHASI ([HTTPS://WWW.PODER360.COM.BR/AUTHOR/GABRIEL-HIRABAHASI/](https://www.poder360.com.br/autor/gabriel-hirabahasi/)) e FERNANDO RODRIGUES ([HTTPS://WWW.PODER360.COM.BR/AUTHOR/FERNANDO-RODRIGUES/](https://www.poder360.com.br/autor/fernando-rodrigues/))

03.jan.2018 (quarta-feira) - 19h49

atualizado: 04.jan.2018 (quinta-feira) - 13h41

O presidente do Congresso, Eunício Oliveira (MDB-CE), indicou que pode devolver ao Planalto a medida provisória que permite a privatização da Eletrobras. “Primeiro, para receber precisa ter urgência e relevância”, disse Eunício ao **Poder360**. O senador criticou o envio da proposta de privatização da estatal ao Congresso na forma de medida provisória. Creditou o envio da medida ao ministro Moreira Franco (Secretaria Geral).

Eunício e Rodrigo Maia (DEM-RJ), presidente da Câmara, defendem que as pautas prioritárias do governo sejam enviadas como projetos de lei. Os 2 afirmam que os projetos podem ter tramitação com urgência e serem aprovados rapidamente.

Eunício afirmou ainda que Moreira Franco “não conversa com ninguém” antes de tomar decisões de interesse do Planalto.

Em resposta ao **Poder360**, Moreira Franco afirmou que “o procedimento adotado pelo Governo Federal foi acertado com o Presidente da Câmara Rodrigo Maia e com o Ministro de Minas e Energia Fernando Coelho, na minha presença e na presença do Presidente da República”.

Ainda segundo Moreira, a MP não trata da privatização da Eletrobras. “Esclareço que a MP não trata da privatização da Eletrobras, mas esse assunto será melhor elucidado nos próximos dias”, disse.

Deputados e senadores criticam o excesso de MPs enviadas pelo governo de Michel Temer. Medidas provisórias têm força de lei e são editadas pelo presidente da República. Elas passam valer no momento em que são assinadas, mas posteriormente precisam ser aprovadas pelo Congresso –em 1 tempo máximo de 4 meses.

É URGENTE, DIZ MINISTRO

Ao **Poder360**, o ministro Fernando Coelho Filho (Minas e Energia) disse que a urgência e relevância de uma MP para vender as distribuidoras da Eletrobras se dá porque a assembleia dos acionistas decidiu que a estatal não vai mais operar essas empresas. O sistema pode entrar em colapso.

“Sem a venda das distribuidoras até abril, a privatização da Eletrobras não sai. E o governo federal teria de injetar de R\$ 10 bilhões a R\$ 15 bilhões para que tudo continue a funcionar como está hoje”, falou Coelho Filho.

2 PLS E UMA MP

O ministro afirma que tratou todos os detalhes desse processo com o Planalto: “Serão 2 projetos de lei e uma medida provisória. Já está na Casa Civil o projeto sobre a privatização da Eletrobras. Pretendemos enviar ao Congresso antes do final de janeiro. O outro PL trata de aprimoramentos necessários no setor elétrico e vai para o Congresso em fevereiro”.

Autores

PALOMA RODRIGUES ([HTTPS://WWW.PODER360.COM.BR/AUTHOR/PALOMA-RODRIGUES/](https://www.poder360.com.br/author/paloma-rodrigues/))

✉ enviar e-mail para Paloma Rodrigues [palomarodrigues](https://twitter.com/palomarodrigues)
(<https://twitter.com/palomarodrigues>)

GABRIEL HIRABAHASI ([HTTPS://WWW.PODER360.COM.BR/AUTHOR/GABRIEL-HIRABAHASI/](https://www.poder360.com.br/author/gabriel-hirabahasi/))

✉ enviar e-mail para Gabriel Hirabahasi [@ghirabahasi](https://twitter.com/ghirabahasi)
(<https://twitter.com/ghirabahasi>)

FERNANDO RODRIGUES ([HTTPS://WWW.PODER360.COM.BR/AUTHOR/FERNANDO-RODRIGUES/](https://www.poder360.com.br/author/fernando-rodrigues/))

✉ enviar e-mail para Fernando Rodrigues [fr_bsb](https://twitter.com/fr_bsb)
(https://twitter.com/fr_bsb)

Tudo a caracterizar o relevante dano de difícil reparação que a permanência da Medida Provisória, maculada de inconstitucionalidade, pode oferecer à sociedade brasileira.

Isto porque a Medida Provisória que “libera” inconstitucional e antidemocraticamente a venda de ativos da União na Eletrobrás e suas controladas promove profunda mudança em um cenário conturbado de propostas reformistas do Governo atual com redução da participação plural do Congresso Nacional e insegurança em termos

de governança corporativa para a Bolsa de Valores de São Paulo, onde as ações do setor elétrico nacional são negociadas.

Destarte, a manutenção intempestiva do artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814/17 maculado de clara inconstitucionalidade implica em graves, concretos e imediatos prejuízos ao próprio setor elétrico e à economia nacional por consequência, pois o futuro julgamento de mérito pela inconstitucionalidade poderá não ser suficiente para extirpar todos os danos produzidos presentemente.

Outrossim, apesar de não ser lei formal, a Medida Provisória por ter força de lei tem implicações imediatas no mundo jurídico que se comunicam aos setores da economia nacional com o início de uma prematura modelagem jurídica para a realização da privatização que poderá, ao final e ao cabo, não acontecer tendo-se desperdiçado tempo e recursos públicos, além de causar turbulências irremediáveis na economia nacional por sinais econômicos inseguros e inconsistentes, além de atrasar planejamento de investimentos de geração de energia elétrica nova.

Ainda na mesma linha do demonstração do *perriculum in mora* é preciso assentar que a edição da Medida Provisória suspende todas as atividades de planejamento de curto, médio e longo prazo no setor elétrico nacional porque transfere para um momento posterior ao indicativo de privatização, acelerada e realizada à toque de caixa, para que cada agente econômico do setor possa identificar sua posição em um cenário completamente diverso do atual.

A alteração do paradigma do mercado promovido pelo art. 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814/17 não permite que o Poder Legislativo debata suficientemente o impacto no setor elétrico do novo modelo regulatório com a Eletrobrás e suas controladoras privatizadas, sem que se possa prever se o cenário de privatização é manejável e sustentável para os objetivos da política energética nacional.

Presentes, pois, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* decorre imperiosa a concessão da Medida Cautelar requerida para suspender imediatamente os efeitos jurídicos do art. 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro de 2017, até o julgamento final da presente ação com objetivo de evitarem-se os prejuízos à sociedade brasileira e sua Constituição e ao setor elétrico nacional como campo estratégico da economia a permitir a retomada do crescimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais.

5. DA CONCLUSÃO E PEDIDOS

Chega-se ao final da narrativa da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade com a certeza da inconsistência constitucional do art. 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro de 2017, pelos diversos vícios constatados nos itens ao norte.

Seja porque não está caracterizado ao caso concreto o requisito constitucional da urgente urgentíssima, diferindo apenas 14 (catorze) dias entre o uso inadequado da Medida Provisória ora impugnada e o procedimento abreviado de apreciação de Projeto de Lei Ordinária de iniciativa do Presidente da República (art. 64, § 1º, CF/88) a que sugeriu o próprio Presidente do Congresso Nacional, Senador Eunício de Oliveira (MDB/CE), em reunião realizada com o Presidente da República, conforme registro da reportagem acima inserida.

Seja porque o princípio da reserva legal criado pelo art. 31, § 1º, da Lei n. 1.848/04 impede que sua revogação seja feita sem o respeito a Lei Ordinária em sentido formal, do qual a essencialidade do legislador ordinário para disciplinar materiais fundamentais, especialmente no âmbito de direitos fundamentais, não pode ser desprezada sob o pálio de violar os princípios republicano, democrático e da separação dos poderes na garantia de preservação do patrimônio público em vista da adequada prestação do serviço público. Eis que a via monocrática da Medida Provisória restringe a atividade democrática legislativa do Congresso Nacional.

Seja ainda porque os precedentes do STF apontam para impossibilidade de legislação regulamentadora do setor elétrico nacional ser objeto de Medida Provisória em razão da proibição expressa prevista no art. 246, CF/88.

Quaisquer, portanto, das teses levantadas ao norte, e todas elas em conjunto, direcionam a atividade legislativa heterodoxa e extravagante da Medida Provisória n. 814/17, em seu art. 3º, inciso I, como violadora do sistema constitucional brasileiro a merecer suspensão cautelar imediata de seus efeitos jurídicos e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc*.

Isto posto, requer-se:

A) A **concessão de Medida Cautelar**, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.868/99, para que seja suspenso o artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro e 2017, e todos os seus efeitos jurídicos até o julgamento final da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como a aplicação do **rito abreviado** do art. 12 da Lei n. 9.868/99;

B) Requer seja oficiado o Presidente da República para prestar informações no prazo legal, na forma do art. 6º da Lei n. 9.868/99;

C) Depois de colhidas as informações necessárias seja citada a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, CF/88, e ouvida a Procuradoria-Geral da República para oferecer d. parecer;

D) Dadas a relevância e a repercussão nacional da matéria, após a apreciação do pedido de medida cautelar e de colhidas as informações, caso seja da conveniência, que sejam adotadas as providências do art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/99;

E) Ao final, requer seja confirmada expressamente a Medida Cautelar, e julgada **PROCEDENTE** a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade com a

declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro e 2017, com efeitos *ex tunc*.

para efeitos meramente fiscais.

Dá-se a causa o valor de R\$-5.000,00 (cinco mil reais)

Nesses termos,

Pede deferimento.

De Belém para Brasília, 25 de janeiro de 2018.

p. p.

Luiz Alberto G. S. Rocha

OAB/PA 11.404

Jarbas Vasconcelos do Carmo

OAB/PA 5.206

Alexandre Simões Lindoso

OAB/DF 12.067

Anexos:

1. Procuração *ad judicium*;
2. Atos constitutivos do partido;
3. Certidão da Câmara dos Deputados atestando representação parlamentar
4. Ato normativo impugnado (Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro de 2017);
5. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, que teve seu artigo 31, § 1º, revogado pela Medida Provisória n. 814, de 28 de dezembro de 2017;
6. Emendas Parlamentares n. 719, 720, 721, 724, 728, 736, e 755;
7. Parecer do Deputado Federal Fernando Ferro (PT/PE);

8. Diário do Senado Federal registrando a sessão deliberativa sobre o corpo principal do Projeto de Conversão n. 1, de 2004 (MP n. 144/2003);
9. Diário do Senado Federal registrando a sessão deliberativa sobre os destaques do Projeto de Conversão n. 1, de 2004 (MP n. 144/2003);
10. Parecer do Deputado Federal Fernando Ferro (PT/PE) ao retorno do Projeto de Conversão n. 1, de 2004 (MP n. 144/2003) do Senado Federal;
11. Redação Final da Medida Provisória n. 144, de 2003 e Projeto de Conversão n. 1, de 2004;
12. Artigo: Energia, vetor fundamental do desenvolvimento por Carlos Lessa. Jornal Valor Econômico, 28/09/2005;
13. Dossiê Recursos Naturais: Energia e desenvolvimento por José Goldemberg. Estudos Avançados, vol. 12, n. 33, São Paulo, maio/agosto 1998. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo; e
14. Parecer Jurídico (Luiz Alberto G. S. Rocha) - Nota Técnica nº 5/2017/AREG/SE do Ministério de Minas e Energia - aprimoramento do marco legal do setor elétrico e privatização.