

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 01.421.697/0001-37, com sede a CLN 304, Bloco A, Sobreloja, Brasília/DF, CEP: 70736-510, representado, na forma do seu Estatuto Social (doc. 1), por seu Presidente (ata da eleição anexa, doc. 2), vem, por meio de seus advogados devidamente constituídos, com endereço profissional a SHIS, QL 4, conj. 1, casa 11, Lago Sul, Brasília/DF, CEP 71.610-215, onde deverão receber qualquer comunicação do feito, e e-mail beatrizsena@souzanetosena.adv.br, propor a seguinte

<p>AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR</p>
--

objetivando pleitear ao Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do **Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018**.

I. ASPECTOS PROCESSUAIS, OBJETO E POSSIBILIDADE JURÍDICA DOS PEDIDOS

I. 1. LEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR

1. De acordo com o art. 103, VIII, da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 2º, VIII, da Lei nº 9.868, de 1999, os partidos políticos são legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, desde que tenham representação no Congresso Nacional. O PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO, atende a tal exigência, conforme se demonstra pela lista de congressistas anexa. Como se trata de legitimado universal, não há a necessidade de comprovação de liame de pertinência temática com o objeto da ação.

I.2. CABIMENTO E OBJETO DA ADI.

2. Por meio do Decreto ora impugnado, o Presidente da República determinou a inclusão da sociedade de economia mista *Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras*, no Programa Nacional de Desestatização. É o seguinte o teor do Decreto nº 9.351, de 19 de Abril de 2018, ora impugnado:

Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV e VI, alínea a, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, e na Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, e na Resoluções nº 13, de 23 de agosto de 2017, e na Resolução nº 30, de 19 de março de 2018, do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, DECRETA:

Art. 1º Fica qualificada, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, e incluída no Programa Nacional de Desestatização - PND, a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras, para início dos procedimentos necessários à

contratação dos estudos pertinentes, tão logo seja aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 9.463, de 2018.

Art. 2º Ficam aprovadas as recomendações estabelecidas na Resolução nº 30, de 19 de março de 2018, do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – CPPI, quanto às atribuições do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, para a realização dos estudos a que se refere o art. 1º.

Art. 3º Ficam aprovadas as recomendações estabelecidas na Resolução nº 30, de 2018, do CPPI, quanto às atribuições do Ministério de Minas e Energia, a quem caberá constituir e coordenar os grupos de trabalho referidos no § 1º do art. 4º da referida Resolução.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 19 de abril de 2018; 197º da Independência e 130º da República.

MICHEL TEMER

W. Moreira Franco

Joaquim Lima de Oliveira

3. Como se verifica, por meio desse Decreto, o Presidente da República buscou incluir “no Programa Nacional de Desestatização - PND, a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras”. Não foi outra a forma como o ato foi apresentado ao Mercado pela própria Eletrobras, em publicação de “*fato relevante*” datada de 20 de abril de 2018: “*Centrais Eletricas Brasileiras S/A (“Conpanhia” ou “Eletrobras”) informa aos seus acionistas e ao mercado em geral que foi assinado em 19 de abril de 2018 e publicado no Diário Oficial da União (DOU) de hoje o Decreto que inclui a Eletrobras no Plano Nacional de Desestatização (PND)*” (doc. anexo).

4. O Decreto nº 9.351, de 19 de Abril de 2018 é típico “**decreto autônomo**”, que não serve à regulamentação de qualquer preceito legal. Decretos autônomos podem ser impugnados por meio de ação direta de inconstitucionalidade, como reconhece, pacificamente, a jurisprudência do STF:

EMENTAS: 1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da Constituição Federal. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ.”¹.

5. O controle abstrato de constitucionalidade pode ser instaurado sempre que o ato normativo possuir (i) autonomia normativa e (ii) suficiente densidade normativa², fatores que qualificam o Decreto n. 9.351, de 19 de Abril de 2018 e o tornam suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata. A criação e posterior modificação do Plano Nacional de Desestatização sempre se fizeram por lei. O Decreto n. 9.351 tem a pretensão de substituir funcionalmente – ainda que de forma parcial – o lugar ocupado nos últimos 28 (vinte e oito) anos pela lei em sentido formal³. Isso demonstra, mais uma vez, a autonomia

¹ STF, ADI 3664, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 01/06/2011.

² STF, ADI 3345, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 25/08/2005.

³ No início da década de 1990 foi divulgado o Plano Nacional de Desestatização (PND), criado através da Medida Provisória no 155/90 convertida na Lei no 8.031/90, revogada em 10.09.1997 com a edição da Lei no 9.491/97, que alterava os procedimentos relativos ao estabelecia novas diretrizes para o processo de privatização (PND).

normativa desse Decreto e a possibilidade de instauração da fiscalização abstrata de constitucionalidade.

II. MÉRITO: A ALIENAÇÃO DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA EXIGE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

6. O *caput* do art. 173 da Constituição permite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado “*quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*”, “*conforme definidos em lei*”. Tendo em vista a natureza específica da intervenção fundada no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, impõe-se que sua autorização seja adequadamente avaliada e discutida pelo legislador, com base nos parâmetros normativos previstos na Constituição Federal. Para proceder à intervenção direta do Estado no domínio econômico, a Constituição Federal prevê a possibilidade de criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Exige, porém, que a criação se dê por meio de Lei. A exigência de autorização legal para a criação de sociedade de economia mista decorre diretamente do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

7. Se o Estado, por meio de lei formal, entendeu ser caso de intervenção para atender aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal, não pode o Poder Executivo, por decisão exclusiva, decidir que a intervenção não se justifica. Essa compreensão se baseia no consolidado *princípio do paralelismo*

das formas. Na dicção de PAULO BONAVIDES, o princípio do paralelismo das formas sugere que “*um ato jurídico só se modificar mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo*”⁴. A instituição de sociedade de economia mista, na forma expressamente preconizada pelo inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, só pode ser autorizada mediante a edição de lei. Da mesma forma, a desconstituição ou extinção das sociedades de economia mista deverá ser expressamente veiculada em lei, ficando defeso às normas infralegais disporem sobre matéria de estrita competência da legislação ordinária. O ato administrativo está situado em patamar hierárquico inferior à lei. Permitir que um ato administrativo desconstitua um ente criado por lei é subverter perigosamente a hierarquia que organiza as normas jurídicas em um Estado Democrático de Direito.

8. A reserva de lei em sentido formal prevista na Constituição para autorizar a criação de sociedades de economia mista (art. 37, XIX) é justificada pela necessidade de que o Poder Legislativo delibere sobre o atendimento dos requisitos que autorizam a intervenção do Estado no domínio econômico (*imperativos de segurança nacional* ou a *relevante interesse coletivo*), nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal. A reserva de lei a que se refere a Constituição, no inciso XIX do art. 37, qualifica-se como *absoluta* (ou reserva de lei em *sentido estrito*), não sendo possível, no que concerne a essa matéria, que a decisão parlamentar seja substituída por atos do Poder Executivo⁵. A necessidade de autorização legislativa para a desconstituição de sociedade de economia mista consubstancia *reserva legal qualificada*: se a Constituição Federal reservou à lei específica a criação da sociedade de economia mista, somente lei específica poderia desconstituí-la. O MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, no voto proferido no julgamento da ADI 234/RJ, esclarece o ponto:

Exatamente porque, concebido como instrumentos da política econômica do Estado agente econômico, devessem surgir do

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 18ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 206.

⁵ STF, HC 85060, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 12-02-2009.

juízo político sobre a concorrência dos pressupostos do art. 173, o art. 37, XIX, reclamou lei específica para a criação de empresa pública e da sociedade de economia mista.

Na interpretação de qualquer texto normativo, mormente do texto constitucional, é impossível admitir a hermenêutica que, de um lado afirma uma exigência e de outro permite que essa exigência seja fraudada: reservar à lei a criação da sociedade de economia mista ou da empresa pública e conseqüentemente exigir a participação do Legislativo no juízo da existência do interesse público, na intervenção ativa do Estado em determinado setor da economia e, não obstante, permitir que no dia seguinte, o Governador – imagine-se a hipótese do veto do governador à lei de criação de sociedade de economia mista, rejeitado pela Assembleia – possa o Governador, livremente, alienar o controle dessa sociedade de economia mista é absurdo que não ouse atribuir à Constituição.⁶

9. Somente o Poder Legislativo, na dicção da Constituição, está autorizado a deliberar sobre se estão presentes os requisitos que autorizam a entrada do Estado no campo das atividades econômicas. E quem é competente para deliberar se os requisitos estão presentes no momento da criação da sociedade de economia mista é também competente para decidir sobre se tais requisitos permanecem ou não presentes, determinando a permanência ou a retirada do Estado do setor da economia em que atua. A decisão sobre a desestatização da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias e controladas compreende deliberação que incide sobre o mesmo objeto da decisão que autorizou a criação dessas empresas. O respeito ao *princípio do paralelismo das formas* não se revela mera exigência formalista, mas constitui o meio necessário à preservação de competência privativamente reservada ao legislador pela Constituição Federal.

10. Essa compreensão foi acolhida pela jurisprudência do STF. No julgamento da ADI 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista

⁶ STF, ADI 234, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 22/06/1995.

estaduais, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição, para afirmar a possibilidade dessas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, quando importarem em *perda do controle acionário* por parte do Estado. O precedente recebeu a seguinte ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, de ações de sociedade de economia mista. 2. Segundo os dispositivos impugnados, as ações de sociedades de economia mista do Estado do Rio de Janeiro não poderão ser alienadas a qualquer título, sem autorização legislativa. Mesmo com autorização legislativa, as ações com direito a voto das sociedades aludidas só poderão ser alienadas, sem prejuízo de manter o Estado, o controle acionário de 51% (cinquenta e um por cento), competindo, em qualquer hipótese, privativamente, a Assembleia Legislativa, sem participação, portanto, do Governador, autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado. 3. O art. 69, "caput", da Constituição fluminense, ao exigir autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia mista, e constitucional, desde que se lhe confira interpretação conforme a qual não poderão ser alienadas, sem autorização legislativa, as ações de sociedades de economia mista que importem, para o Estado, a perda do controle do poder acionário. Isso significa que a autorização, por via de lei, há de ocorrer quando a alienação das ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. A referida alienação de ações deve ser, no caso, compreendida na perspectiva do controle acionário da sociedade de economia mista, pois é tal posição que garante a pessoa administrativa a preponderância nas de liberações sociais e marca a natureza da entidade. 4. Alienação de ações em sociedade de economia mista e o "processo de privatização de bens públicos". Lei federal n. 8031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Observa-se, pela norma do art. 2., parágrafo 1., da lei n. 8031/1990, a correlação entre as noções de "privatização" e de "alienação pelo Poder Público de direitos concernentes ao controle acionário das sociedades de economia

mista", que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. 5. Quando se pretende sujeitar a autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista. Importa ter presente que isto só se faz indispensável, se efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade. Nesses limites, de tal modo, é que cumpre ter a validade da exigência de autorização legislativa prevista no art. 69 "caput", da Constituição fluminense. 6. Julga-se, destarte, em parte, procedente, no ponto, a ação, para que se tenha como constitucional, apenas, essa interpretação do art. 69, "caput", não sendo de exigir-se autorização legislativa se a alienação de ações não importar perda do controle acionário da sociedade de economia mista, pelo Estado. 7. É inconstitucional o parágrafo único do art. 69 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ao estipular que " as ações com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas, desde que mantido o controle acionário, representado por 51% (cinquenta e um por cento) das ações". Constituição Federal, arts. 170,173 e parágrafos, e 174. Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e avista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será. Destarte, admissível, no sistema da Constituição Federal que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidas ou, desnecessariamente exploradas pelo setor público. 8. Não pode o constituinte estadual privar os Poderes Executivo e Legislativo do normal desempenho de suas atribuições institucionais, na linha do que estabelece a Constituição Federal, aplicável ao Estados-membros. 9. É também, inconstitucional o inciso XXXIII do art. 99 da Constituição fluminense, ao atribuir competência privativa a

Assembleia Legislativa "para autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado". Não cabe excluir o Governador do Estado do processo para a autorização legislativa destinada a alienar ações do Estado em sociedade de economia mista. Constituição Federal, arts. 37, XIX, 48, V, e 84, VI, combinados com os arts. 25 e 66. 10. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, declarando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 69 do inciso XXXIII do art. 99, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem assim para declarar parcialmente inconstitucional o art. 69, "caput", da mesma Constituição, quanto a todas as interpretações que não sejam a de considerar exigível a autorização legislativa somente quando a alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implique a perda de seu controle acionário.⁷

11. Ao julgar os embargos de declaração opostos contra o acórdão acima citado, o STF reafirmou a necessidade de edição de *lei formal* para a venda de ativos da sociedade que importe a perda do controle acionário pelo Estado. A ementa ficou assim redigida:

Ação direta de inconstitucionalidade. Questão de Ordem. 2. No julgamento da ADIN 234-1/600 - RJ, o STF, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação e declarou a inconstitucionalidade do inciso XXXIII do art. 99 e do parágrafo único do art. 69, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, ainda, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação, relativamente ao caput do art. 69 aludido, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por "lei formal específica", só sendo necessária, entretanto, quando se cuidar de alienar o controle acionário de sociedade de economia mista. 3. Publicada a decisão no Diário da Justiça da União, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requereu a exclusão da ata de julgamento do termo específica, sustentando que não corresponde essa expressão ao que foi decidido pela Corte, a qual apenas exigiu, na hipótese do caput do art. 69 da

⁷ STF, ADI 234, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 22/06/1995.

Carta fluminense, a existência de "lei formal genérica". 4. Petição conhecida como embargos de declaração, após ter sido publicado o acórdão. 5. Reconheceu-se não existir inteira coincidência entre o que foi objeto da análise dos votos do Relator e do Presidente com os termos segundo os quais ficou proclamada a decisão e, assim, constante da ata de julgamentos da sessão plenária respectiva. 6. Verificou-se, entretanto, que não constituiu objeto de expressa discussão, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o ponto referente a ser necessária autorização legislativa, por lei formal específica, quando se cuida de alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implicando a perda de seu controle acionário. 7. Em face disso, o Tribunal recebeu, em parte, os embargos de declaração para determinar seja retirada da ata de julgamento, na parte relativa ao feito, a expressão específica, passando a proclamação do resultado, neste ponto, a constar, nos seguintes termos: "E, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação com relação ao caput do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista."⁸

12. No julgamento da ADI 1.703, o STF confirmou, mais uma vez, esse entendimento. O Ministro Ilmar Galvão, a propósito, consignou:

A exigência de autorização, prévia e específica, do Poder Legislativo, para a alienação dos referidos bens, em princípio, não pode ser vista senão como uma interferência do Poder Legislativo na esfera de atribuições do Chefe do Poder Executivo (...). O mesmo não ocorre, entretanto, quando se trata de ações que asseguram o controle do Estado sobre as ditas entidades. Cuida-se de entes cuja criação a própria Constituição submeteu ao juízo de conveniência política do Poder Legislativo, ao condicioná-la à autorização contida em lei específica⁹.

13. No mesmo sentido, o voto do MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE:

⁸ STF, ADI 234 QO, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 04/10/1995.

⁹ STF, ADI 1584 MC, Relator Min. Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. em 23/04/1997.

O pressuposto da criação da empresa estatal é a sua necessidade, para os imperativos da segurança nacional ou para relevante interesse coletivo. Vale dizer na lei específica que autoriza a criação de uma empresa pública, há um juízo positivo da necessidade de intervenção estatal naquele setor da economia. E, se há exigência constitucional da lei afirmativa dessa necessidade pública, com todas as vênias, não consigo entender que, votada essa lei que pressupõe a necessidade de manter-se empresa pública nesse setor, possa o Executivo, no dia seguinte, valendo-se de uma norma geral reguladora de leilões de empresas estatais, simplesmente transformar em letra morta aquilo que ontem foi afirmado pelo órgão da representação popular, que, detém, conforme a Constituição, a competência para esse juízo positivo da necessidade de intervenção em cada caso.¹⁰

14. Mais recentemente, no ano de 2008, o Plenário do STF reafirmou esse entendimento ao julgar a ADI 1.348, de relatoria da MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 364, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. NORMA QUE IMPEDE A ALIENAÇÃO DAS AÇÕES ORDINÁRIAS DO BANCO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - BANERJ - E DETERMINA A ARRECADAÇÃO DE RECEITAS E OS PAGAMENTOS DE DÉBITOS DO ESTADO, EXCLUSIVAMENTE, PELO BANCO ESTADUAL. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento

¹⁰ STF, ADI 1703 MC, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. em 27/11/1997.

da administração estadual. 2. Conteúdo análogo das normas impugnadas nesta Ação; distinção apenas na vedação dirigida a uma sociedade de economia mista estadual específica, o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - Banerj. 3. Aperfeiçoado o processo de privatização do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, na forma da Lei fluminense n. 2.470/1995 e dos Decretos ns. 21.993/1996, 22.731/1997 e 23.191/1997. Condução do processo segundo o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar mantida. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.¹¹

15. A tese ora defendida, além de encontrar conforto na jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, corresponde, com precisão, à tradição legislativa brasileira. Não é demais lembrar que foi por meio de lei formal que o Congresso Nacional excluiu a Eletrobrás do Plano Nacional de Desestatização. Com efeito, a Lei n. 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, previa no §1º do art. 31 que estavam “*excluídas do Plano 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 - ELETRONORTE e Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul S/A - ELETROSUL e a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE*”. A decisão política em sentido contrário também deve ser tomada por meio de lei.

16. Não há dúvida de que deve ter aplicação, ao presente caso, o princípio do paralelismo das formas impõe a conclusão de que o ato jurídico de inclusão da Eletrobrás no PND só se pode materializar mediante o emprego da lei formal¹². Se a sociedade de economia mista teve sua criação autorizada por lei

¹¹ STF, ADI 1348, Relator Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 21/02/2008.

¹² A propósito da exigência da autorização legislativa prevista no artigo 37, incisos XIX e XX da Constituição Federal, Eros Roberto Grau anota: “*Os preceitos instrumentam o controle da expansão do Executivo pelo Legislativo. Não importam, em si, retenção dessa expansão; apenas impõem a participação do Legislativo no processo de decisão que se tome a respeito. Não se distinguem, neles, empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito – objeto específico de ordenação pelo art. 173 – daquelas que prestam serviço público. O controle que o Legislativo passa a exercer quanto à conformação do ‘tamanho’ do Executivo é bastante amplo*” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 248).

para cumprir determinada missão pública, surge como imperativo lógico que o mesmo requisito se mostre essencial no caso de alienação do respectivo controle acionário, sob pena de subtrair do “*órgão de representação popular o poder de julgar, soberanamente, da conformidade ou não desse ato com o interesse público*”¹³. No caso da Eletrobrás, é bom recordar que até mesmo as alterações no modo de realização do interesse público envolvendo o seu objeto de atuação sempre foram realizadas por meio de lei em sentido formal¹⁴.

17. Também não é demasiado recordar que a própria AGU reconheceu, nas informações prestadas no âmbito da ADI n. 5884, por meio da qual se ataca a constitucionalidade da MP n. 814 – que, a seu turno, revogou a regra da Lei n. 10.848/2004, que excluía a Eletrobrás do PND –, a necessidade de autorização legal para a desestatização da Eletrobrás, *in verbis*:

*Demais disso, no que concerne ao argumento do requerente no sentido de que seria imprescindível observar o **princípio da reserva legal** para desestatização da Eletrobras, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Minas e Energia registra que a Medida Provisória n. 814, de 2017, foi apenas um passo inicial no processo de desestatização da Eletrobras:*

Não obstante, verificou-se a possibilidade de existência de opções jurídicas conflitantes quanto a essa abordagem, que poderiam atrasar o procedimento de democratização da Eletrobras, motivo pelo qual se decidiu incluir a prorrogação do referido dispositivo no texto da Medida Provisória nº 814, de 2017.

Ressalte-se, porém, que a referida Medida Provisória não encerra, nem de longe, a consecução do planejamento de desestatização aqui tratado. O processo de democratização da

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Sociedade de economia mista transformada em sociedade anônima ordinária – inconstitucionalidade, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, jan./mar. 1999, p. 67.

¹⁴ Com o advento do novo marco regulatório do setor elétrico introduzido pela Lei no 10.848, de 7 de abril de 2004, que prevê a realização de leilões para precificar o fornecimento de energia elétrica no atacado, a atuação das empresas do grupo ELETROBRÁS nesses certames tornou-se decisiva para assegurar patamares de preços mais baixos. Mais recentemente, a Lei no 11.651, de 7 de abril de 2008, autorizou a ELETROBRÁS a participar de outras sociedades, no Brasil ou exterior, que tenham por objeto a geração ou transmissão de energia elétrica.

Eletrobrás é o objeto de Projeto de Lei próprio, registrado sob o n. 9.463, de 2018, o qual dispõe sobre a desestatização da referida companhia, altera as Leis n. 10.438, de 2002, n. 9.991, de 2000, n. 5.899, de 1973, e dá outras providências. (...)

Na casa legislativa, destarte, se desenvolverá toda a discussão democrática [sob] o tema em análise. Não se deu, com a edição da já referida Medida Provisória n. 814, de 2017, nenhum ato concreto de desestatização da Eletrobras.

18. O art. 1º do Projeto de Lei n. 9.463, apresentado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, coincide em tudo com o conteúdo do Decreto ora atacado, ao dispor que “*A desestatização da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras se dará na forma da Lei no 9.491, de 9 de setembro de 1997, e obedecerá às regras e condições estabelecidas nesta Lei*”¹⁵. Foi o próprio Presidente da República que, em 22.01.2018 – ao apresentar o mencionado Projeto de Lei –, reconheceu que a inclusão da Eletrobras no PND dependia de autorização legislativa.

19. A proposta de inclusão da Eletrobras no Plano Nacional de Desestatização se encontra atualmente em discussão na Comissão Especial criada na Câmara dos Deputados para discutir o tema. A edição do Decreto n. 9.351, de 19 de Abril de 2018, tem por objetivo explícito retirar do Congresso Nacional a decisão sobre incluir ou não a Eletrobras no PND. Além disso, contrariando a defesa que a própria AGU apresentou nos autos da ADI n. 5884, o Decreto n. 9.351 constitui “ato concreto de desestatização da Eletrobras”, indo muito além da já inconstitucional MP n. 814.

20. O princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. Pois bem, a postura da Administração, no

¹⁵ A íntegra do Projeto de Lei está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=665C935A08E26DDA60CF7502E095933A.proposicoesWebExterno1?codteor=1638088&filename=PL+9463/2018>. Acesso em: 21.04.2018.

caso concreto, deve ser analisada na perspectiva da teoria dos atos próprios, enquadrando-se nas fórmulas jurídicas *venire contra factum proprio* e *tu quoque*, como consectários do princípio da boa-fé objetiva. Judith Martins-Costa explica a teoria dos atos próprios e seus desdobramentos nos seguintes termos, *verbis*:

*Este vem amparado na teoria dos atos próprios, segundo o qual se entende que ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé. O seu feito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal. A teoria dos atos próprios desdobra-se em duas importantes vertentes. Numa direção vem particularizada doutrinariamente sob a denominação *tu quoque* - "pela natureza do sinalagma, surgindo como uma extensão da exceção de contrato não cumprido, uma vez traduzir a regra pela qual a pessoa que viola uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Na segunda direção, vem expressa pela máxima que proíbe *venire contra factum proprium*."¹⁶*

21. A proibição de ir contra atos próprios, portanto, revela a preocupação do direito com a proteção da confiança suscitada e da boa-fé do administrado, a demonstrar a vinculação da Administração não apenas à lei mas também a seus próprios atos concretos. O Chefe do Poder Executivo federal não pode apresentar Projeto de Lei pretendendo a inclusão da Eletrobras no PND, e, simultaneamente, editar Decreto com o mesmo conteúdo, retirando do Congresso Nacional a possibilidade de decidir sobre o tema, sujeito, ademais, à reserva legal, na esteira pacífica orientação jurisprudencial desse STF.

22. A violação ao princípio da reserva legal, no caso concreto, se agrava pelo fato de que a Câmara dos Deputados aprovou, em 18.04.2018,

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 460-461.

requerimentos para realização de audiências públicas para debater exatamente a inclusão da Eletrobras no PND e todas as suas consequências. Depois de ampla divulgação de notícias dando conta da intensificação do controle do TCU sobre o processo de possível desestatização da Eletrobras e da reconhecida dificuldade de aprovação do Projeto de Lei n. 9.463 no Congresso Nacional¹⁷, o Presidente da República editou o ora impugnado Decreto n. 9.351/18. A inconstitucionalidade desse Decreto é evidente: além de afrontar a reserva legal exigida para a inclusão de qualquer empresa estatal no PND, ofende os princípios da boa-fé objetiva e da confiança, e, ainda, o princípio da deliberação mínima que informa o processo legislativo de tomada de decisão tão relevante por parte do Congresso Nacional.

III. MEDIDA CAUTELAR: FUNDAMENTOS E PEDIDOS

23. Requer-se a concessão de medida cautelar (arts. 10 a 12 da Lei nº 9.868, de 1999), já que presentes seus requisitos autorizadores, conforme se demonstrará.

24. Presente o *fumus boni iuris*. A necessidade de autorização legislativa para a alienação de ativos de sociedades de economia mista que resulte na perda do controle acionário, direto ou indireto, pela União, já foi objeto de amplo reconhecimento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como antes consignado. A contundência do acervo jurisprudencial do STF sobre a matéria torna incontestável a observância do requisito do *fumus boni iuris*.

25. Também presente o *periculum in mora*. O Decreto se destina a legitimar “o início dos procedimentos necessários à contratação dos estudos pertinentes”. Portanto, a administração pública já será mobilizada e gastos já serão realizados, com vistas à privatização da Eletrobrás, sem que tenha sido aprovada pelo Poder Legislativo.

¹⁷ Cf., por todas, as seguintes notícias divulgadas pelo Jornal Valor Econômico, disponíveis em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5407697/tcu-intensifica-analise-de-privatizacao-da-eletoabras>> e <<http://www.valor.com.br/empresas/5470471/fiesp-fara-%3Fo-possivel%3F-para-venda-da-eletoabras-nao-passar-como-esta>>. Acesso em: 21.04.2018.

26. Observe-se que o Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018, em seu artigo 2º, determina que *“Ficam aprovadas as recomendações estabelecidas na Resolução nº 30, de 19 de março de 2018, do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – CPPI, quanto às atribuições do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, para a realização dos estudos a que se refere o art. 1º.”* Já o artigo 1º da referida Resolução nº 30, de 19 de março de 2018, do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – CPPI, possui a seguinte redação:

Art. 1º: Recomendar, para aprovação do Presidente da República, que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES fique responsável pela execução e pelo acompanhamento do processo de desestatização das Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobras, com as seguintes competências:

I – contratar os serviços técnicos especializados necessários ao processo de desestatização da Eletrobras até a fase de emissão das ações do aumento de capital da Companhia, observadas as competências da Eletrobras estabelecidas no art. 3º;

II – contratar o auditor externo, registrado na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, a que se refere o art. 22 do Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998;

III – divulgar o processo de desestatização da Eletrobras, por meio da publicação dos atos referentes a esse processo no Diário Oficial da União e em meios de comunicação de grande circulação, quanto ao exercício das competências de que trata este artigo;

(...)

27. A remuneração do BNDES se dará de acordo com o artigo 6º da Resolução, aprovada por meio do Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018, ora impugnado:

Art. 6º. Pelo exercício das competências a que se refere o art. 1º, caberá ao BNDES:

I - remuneração de dois décimos por cento incidente sobre o valor líquido arrecadado por meio do aumento de capital social da Eletrobras, para cobertura dos custos operacionais

vinculados às atividades assumidas no processo de desestatização; e

II - ressarcimento dos gastos efetuados com terceiros, necessários à execução do processo de desestatização.

§1º Os pagamentos de que tratam os incisos I e II do caput serão de responsabilidade da Eletrobras após liquidação financeira da operação.

28. Tais contratações são absolutamente inválidas. Se a privatização não foi autorizada por meio de Lei, não há fundamento jurídico para que ocorra qualquer contratação ou seja realizada qualquer despesa por parte do BNDES. Tal empresa pública não está autorizada se não há fundamento legislativo. Na esfera do direito público, como se sabe, o princípio da legalidade, fixado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, vincula *positivamente* o administrador ao que a lei estabelece. O administrador só pode fazer o que a lei determina ou permite. Essa vinculação positiva à lei distingue a esfera da Administração Pública da esfera da vida privada. Nesta, os particulares podem agir desde que a lei não os proíba, nos termos do artigo 5º, II, da Constituição Federal. A lei exerceria, nesse sentido, uma função *negativa* relativamente à conduta individual privada e uma *função positiva* no que concerne à Administração. O tema é enfrentado no seguinte aresto. da Lavra do Ministro Luiz Fux: “*O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina.*”¹⁸

29. A Eletrobrás também recebeu várias atribuições, relativas à privatização, na Resolução nº 30, de 19 de março de 2018, do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – CPPI.:

Art. 3º. Cabe à Eletrobras:

I – contratar os serviços técnicos especializados necessários à emissão de ações;

¹⁸ STJ, REsp 584798/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento 04.11.2004, DJ 06.12.2004, p. 205.

II - realizar, nos termos da legislação aplicável e de seu estatuto social, a implementação dos ajustes e das operações societárias, aprovadas pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - CPPI, necessárias à oferta efetiva de ações em bolsa de valores;

III - adotar, no âmbito de sua administração e da assembleia geral de acionistas, as providências para deliberação das medidas necessárias à implementação da desestatização, observadas as condições aprovadas pelo CPPI;

IV – contratar os serviços técnicos especializados para a elaboração de laudos de avaliação de eventuais ativos que forem segregados; e

V - adotar as demais medidas necessárias à implementação da desestatização, observadas as competências do BNDES estabelecidas no art. 1

30. Na verdade, a Eletrobrás já vem realizando inúmeras contratações, grande parte das quais sem licitação, que parecem ser associadas ao processo de privatização. Foi o que ocorreu relativamente aos contratos abaixo:

Contrato nº ECEDJ-1224/2017, assinado em 26/05/2017, foi celebrado com o Banco BTG pactual, para a “prestação de serviços de consultoria especializada para suporte do Programa de Desinvestimento”;

Contrato nº ECE-DJS-1230/2017, firmado em 08/08/2017 com Souza, Cescon, Barriou & Flesh Sociedade de Advogados, cujo objeto é a “prestação de serviços de assessoria jurídica especializada para suporte ao Programa de Desinvestimento da Eletrobras.

31. A vinculação de tais contratações ao processo de privatização da Eletrobrás é reconhecida pela própria empresa, no doc. anexo. Instada, com base na Lei de Acesso a Informações, a apresentar os respectivos contratos, a Eletrobrás, surpreendentemente, se negou. Porém, revelou que as contratações eram “pilares fundamentais do processo de democratização do capital social da Eletrobrás”:

“Nos casos e análise, tratam-se de informações estratégicas da Eletrobras, posto que os documentos solicitados relativos as contratações do Banco BTG e da Souza, Cescon, Barriou e Flesh Sociedade de Advogados estão diretamente ligado à atuação da empresa no mercado concorrencial. Isso porque

as informações relativas ao contrato são pilares fundamentais do processo de democratização do capital social da Eletrobrás.

(...)

Com efeito, vale ressaltar que a divulgação de informações contidas nos dois primeiros processos solicitados pode trazer prejuízos ao denominado processo de democratização.

32. Tais contratações ocorreram mesmo antes da Edição do Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018, ora impugnado. E são muito onerosas para a empresa, envolvendo despesas no valor de milhões de reais. O Decreto 9351 parece pretender legitimá-las, bem como legitimar as contratações a serem feitas pelo BNDES. Todas essas operações envolvem milhões de reais, que serão gastos, em detrimento do Erário Público, para preparar uma operação que não foi autorizada por Lei. O decreto sempre regulamenta o texto legal. Trata-se de medida a ser tomada posteriormente à edição da Lei. O Decreto não pode legitimar “atos preparatórios” para a prática de uma operação que, enquanto não sobrevier autorização legislativa, é incompatível com o ordenamento jurídico.

33. Considerando a relevância dos fundamentos deduzidos nesta inicial, **requer-se, liminarmente:**

(1) a suspensão da eficácia do Decreto nº 9.351, de 19 de Abril de 2018, bem como

(2) a suspensão dos procedimentos, contratos e pagamentos, levados a termo no âmbito do Ministério das Minas e Energia, da Eletrobrás e do BNDES, relacionados à privatização da Eletrobrás, até que se julgue o mérito desta ação direta de inconstitucionalidade.


IV. PEDIDOS PRINCIPAIS

34. Diante do exposto, requer-se a **confirmação do deferimento do pedido cautelar** e, quanto ao mérito, que:

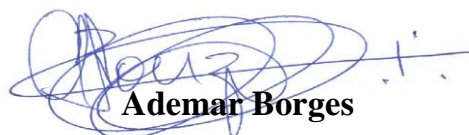
- (a) seja recebida e julgada procedente a presente ADI;
- (b) seja notificado o Congresso Nacional, por intermédio de seu Presidente, para que, como responsável pela elaboração da norma impugnada, manifeste-se;
- (c) seja notificado o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação;
- (d) seja notificado o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, para que emita o seu parecer;
- (e) seja **declarada a inconstitucionalidade do Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018.**


Termos em que pede deferimento.

Brasília, 25 de abril de 2018.


Claudio Pereira de Souza Neto
OAB/RJ nº 96.073


Beatriz Veríssimo de Sena
OAB/DF nº 15.777


Ademar Borges
OAB/DF nº 29.178


Ana Beatriz V. Robalinho Cavalcanti
OAB/DF nº 41.987