

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora):

Contexto decisório

1. Consoante relatado, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, contra a íntegra da **Medida Provisória nº 144/2003 (convertida na Lei nº 10.848/2004)**, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica e altera as Leis nºs 5.655/1971, 8.631/1993, 9.074/1995, 9.427/1996, 9.478/1997, 9.648/1998, 9.991/2000 e 10.438/2002.

A constitucionalidade formal do ato normativo é desafiada à luz do que dispõe o art. 246 da Constituição Federal, isto é, da vedação de edição de medida provisória para a regulamentação de artigo constitucional cuja redação tenha sido alterada entre 01.01.1995 e a promulgação da EC nº 32/2001. Também, entende que não houve observância dos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, CRFB.

Ainda, questiona dispositivos específicos do ato contestado, seja pela mesma violação do art. 246, CRFB, seja por afronta material à Constituição Federal. Em específico, da petição inicial, extraem-se as seguintes impugnações a dispositivos determinados da medida provisória:

a) **arts. 1º, 2º, 8º**, por violação da reserva legal (arts. 1º, 2º, 22, IV, e 48, CRFB), ao proceder-se a indevida delegação legislativa;

b) **art. 2º, §1º**, por violação do art. 175, III, CRFB, ao versar-se sobre política tarifária;

c) **arts. 2º, § 6º, 9º, 13 e 16**, por violação do art. 246, CRFB, ao tratar -se de competências da ANEEL;

d) **art. 3º**, por violação do art. 174, CRFB, ao normatizar-se sobre planejamento econômico;

e) **arts. 4º e 5º**, por violação do art. 246, CRFB, ao tratar-se da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE e as competências da ANEEL;

f) **arts. 6º e 12** , por violação do arts. 165, § 5º, I, e 167, I, VI IX e § 1º, CRFB, ao se destinarem recursos sem previsão orçamentária;

g) **art. 8º e parágrafos** , por violação do art. 246, CRFB, ao dispor-se sobre geração de energia elétrica e concessionárias de distribuição, e, no que se confere nova redação ao § 7º do art. 15 da Lei 9.074 de 1995, dos arts. 170, V, e 175, parágrafo único, I e II, CRFB, por impor-se dever ao consumidor;

h) **arts. 11, 13, 16, caput** , por violação do art. 246, CRFB, por tratar-se de matéria afeita ao art. 176, § 1º, CRFB; e

i) **art. 15** , por violação do art. 5º, XXXVI, CRFB, por tratar-se de contratos já firmados.

2. A Medida Provisória nº 144/2003 foi convertida na Lei nº 10.848/2004, com modificações.

A parte autora apresentou aditamento em que expressa que as alterações tidas na lei de conversão não seriam substanciais.

No mais, quanto às violações que teriam lugar com a nova lei, o que expõe é (a) a inconstitucionalidade formal por violação do art. 246, CRFB, que teria contaminado a lei de conversão; (b) a inconstitucionalidade material dos arts. 1ª e 2ª da lei de conversão, que equivaleriam aos dispositivos de mesma numeração na medida provisória, por indevida delegação legislativa; e a (c) inconstitucionalidade material do art. 7º da lei, no que confere nova redação ao art. 10 da Lei nº 8.631/1993, por afronta ao princípio da proporcionalidade ao estabelecer sanções por inadimplência de encargos setoriais.

3. Houve apreciação do pedido de medida cautelar. Referido julgamento foi concluído após a conversão da medida provisória em lei, em 11.10.2006, ainda sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Na oportunidade, foi proferida decisão colegiada apenas a respeito do vício formal pertinente ao art. 246, CRFB. Foi superada questão preliminar quanto à prejudicialidade, ou não, de referida violação diante da conversão da medida provisória.

Nessa parcela, o pedido cautelar foi indeferido por se concluir, *prima facie* , por maioria, pela inoccorrência do vício de inconstitucionalidade formal suscitado.

4. As demais manifestações havidas no processo, do Presidente da República, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, são, no mérito, pela higidez constitucional da medida provisória e sua lei de conversão.

Juízo de admissibilidade

5. Do ponto de vista subjetivo, a ação comporta conhecimento, por ter sido ajuizada por partido político com representação no Congresso Nacional, nos termos do art. 103, VIII, da Constituição Federal.

Sabidamente, as agremiações partidárias são tidas por esta Suprema Corte como legitimadas universais e podem, assim, por meio de seus diretórios nacionais, ajuizar ações de controle de constitucionalidade sem a exigência de outros requisitos, com destaque para a pertinência temática.

6. Na perspectiva objetiva, a ação remanesce apenas parcialmente cognoscível.

Nos termos de firme linha decisória deste Supremo Tribunal Federal, em matéria de medida provisória, reputa-se, no caso de sua conversão em lei, e desde que isso não implique alteração substancial de seu conteúdo, ser necessário o aditamento da inicial, de modo que a lei passe a integrar o objeto do processo. Não havendo aditamento, ou sendo substancial a alteração, prejudicada está a ação.

Nesse sentido, consoante registrei na recém apreciada ADI 1597-AgR (sob a minha relatoria, j. virtual de 11 a 18.02.2022, DJe 07.3.2022):

(iv) há prejuízo quando a conversão da medida provisória em lei (ou, quando então cabível, sua reedição) **significa modificação substancial**, e não mera reprodução, do conteúdo das normas impugnadas, ou seja, quando há **quebra da continuidade normativa** (ADI 5599, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 26.10.2020, DJe 26.11.2020; ADI 991-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. 26.5.1994, DJ 09.9.1994; ADI 691-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 22.4.1992, DJ 19.6.1992), **hipótese em que em regra inviável o aditamento** (ADI 258-QO, Red. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, Pleno, j. 26.4.1991, DJ 28.02.1992; ADI 1753-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 17.9.1998, DJ 23.10.1998; ADI 3101-AgR, Rel. Min. Celso de Mello,

Pleno, j. 21.11.2007, DJe 13.8.2014; ADI 3864-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 25.11.2009, DJe 18.8.2014), **a ser necessário o ajuizamento de nova ação, se for o caso** ;

(v) correlatamente, **cabe pedido de aditamento na hipótese de a conversão em lei da medida provisória** (ou, quando então cabível, sua reedição) **não operar alteração normativa substancial**, de modo que a ação passe a abranger o novo diploma (ADI 1125-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. 01.02.1995, DJ 31.3.1995), **e a falta do aditamento implica prejuízo da ação** (ADI 1334-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 19.12.1995, DJ 19.12.2006; ADI 1387-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. 01.7.1997, DJ 28.11.1997; ADI 1717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. 22.9.1999, DJ 25.2.2000; ADI 2162-QO, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. 04.5.2000, DJ 09.6.2000; ADI 2251-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. 17.8.2000, DJ 24.10.2003; ADI 1892-QO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. 05.10.2000, DJ 04.5.2001; ADI 1874-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 01.7.2002, DJ 07.02.2003; ADI 3047-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 07.10.2015, DJe 27.10.2015; ADI 2238, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 24.6.2020, DJe 15.9.2020);

(vi) ou seja, em suma, convertida a medida provisória em lei, é necessário o aditamento, **e em momento oportuno** (ADI 1588-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 08.5.2002, DJe 23.10.2013).

No presente caso, a medida provisória originalmente impugnada foi convertida em lei, e a parte autora apresentou aditamento em tempo oportuno.

Referido aditamento, de todo modo, cabe dizer, não contempla todos os vícios originalmente suscitados nem todos os dispositivos que haviam sido especificamente impugnados na petição inicial.

Mais especificamente, conforme se pode concluir do cotejo das manifestações acima resumidas, o aditamento limita-se ao vício formal relativo ao art. 246, CRFB, ao lado dos vícios materiais que invalidariam os arts. 1º, 2º e 7º da lei de conversão, de mesma numeração na medida provisória. Ou seja, os escopos da ação foram reduzidos ao se aditar a petição inicial, a possibilitar que o processo prosseguisse.

Ao exame da medida cautelar, restou expressamente definida pelo Plenário a ausência de prejudicialidade da ação no que concerne à inconstitucionalidade formal por afirmada violação do art. 246, CRFB.

Conforme sintetizado na ementa (grifei):

2. Medida Provisória convertida na Lei nº 10.848, de 2004. Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. **A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos.** Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. 3. Prosseguimento do julgamento quanto à análise das alegações de vícios formais presentes na Medida Provisória nº 144/2003, por violação ao art. 246 da Constituição: (...)

Não se realizou a apreciação dos vícios materiais apresentados no aditamento, de modo acertado.

Com efeito, no ponto, tem-se efetiva incognoscibilidade da ação tal como resultou do aditamento, como passo a demonstrar.

7. Por um lado, no que toca aos arts. 1º e 2º da lei de conversão, em relação aos quais a parte impugna a delegação legislativa operada – teria sido feita sem parâmetros ou critérios, ao arrepio da Constituição Federal –, tem-se que os dispositivos foram objeto de alterações substanciais, a demandar o ajuizamento de ação própria, conforme reiterada linha decisória desta Suprema Corte.

O comparativo de referidas previsões legais com o texto da medida provisória bem permite ver que foram várias as modificações, a caracterizá-las como **substanciais**, além de outras inovações feitas por leis posteriores :

Medida Provisória nº 144/2003 Lei de conversão nº 10.484/2004 Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Medida Provisória e do seu regulamento, o qual, dentre outras matérias, deverá dispor sobre:

I - condições gerais e processos de contratação regulada;

II - condições de contratação livre;

III - processos de definição de preços e condições de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo;

IV - instituição da convenção de comercialização;

- V - regras e procedimentos de comercialização, inclusive as relativas ao intercâmbio internacional de energia elétrica;
- VI - mecanismos destinados à aplicação do disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por descumprimento ao disposto neste artigo;
- VII - tratamento para os serviços ancilares de energia elétrica e para as restrições de transmissão;
- VIII - mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico;
- IX - limites de contratação vinculados a instalações de geração ou à importação de energia elétrica, mediante critérios de garantia de suprimento;
- X - critérios gerais de garantia de suprimento de energia elétrica que assegurem o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, a serem propostos pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE; e
- XI - mecanismos de proteção aos consumidores.

Parágrafo único. Submeter-se-ã à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Medida Provisória, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

- I - condições gerais e processos de contratação regulada;
- II - condições de contratação livre;
- III - processos de definição de preços e condições de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo;
- IV - instituição da convenção de comercialização;
- V - regras e procedimentos de comercialização, inclusive as relativas ao intercâmbio internacional de energia elétrica;
- VI - mecanismos destinados à aplicação do disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por descumprimento do previsto neste artigo;
- VII - tratamento para os serviços ancilares de energia elétrica e para as restrições de transmissão;
- VIII - mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico;
- IX - limites de contratação vinculados a instalações de geração ou à importação de energia elétrica, mediante critérios de garantia de suprimento;
- X - critérios gerais de garantia de suprimento de energia elétrica que assegurem o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, a serem propostos pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE; e
- XI - mecanismos de proteção aos consumidores.

§ 1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre.

§ 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.

§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei.

§ 4º Na operação do Sistema Interligado Nacional – SIN, serão considerados:

I - a otimização do uso dos recursos eletroenergéticos para o atendimento aos requisitos da carga, considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas;

I - a otimização do uso dos recursos eletroenergéticos para atender aos requisitos da carga, considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho de usinas e de cargas que se habilitem como interruptíveis; (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

II - as necessidades de energia dos agentes;

III - os mecanismos de segurança operativa, podendo incluir curvas de aversão ao risco de **deficit** de energia;

IV - as restrições de transmissão;

V - o custo do **deficit** de energia; e

VI - as interligações internacionais.

§ 5º Nos processos de definição de preços e de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo, serão considerados intervalos de tempo e escalas de preços previamente estabelecidos que deverão refletir as variações do valor econômico da energia elétrica, observando inclusive os seguintes fatores:

I - o disposto nos incisos I a VI do § 4º deste artigo;

II - o mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico; e

III - o tratamento para os serviços ancilares de energia elétrica.

§ 6º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos termos da Convenção de Comercialização, a ser instituída pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que deverá prever:

I - as obrigações e os direitos dos agentes do setor elétrico;

II - as garantias financeiras;

III - as penalidades; e

IV - as regras e procedimentos de comercialização, inclusive os relativos ao intercâmbio internacional de energia elétrica.

§ 7º Com vistas em assegurar o adequado equilíbrio entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE proporá critérios gerais de garantia de suprimento, a serem considerados no cálculo das energias asseguradas e em outros respaldos físicos para a contratação de energia elétrica, incluindo importação.

§ 8º A comercialização de energia elétrica de que trata este artigo será feita com a observância de mecanismos de proteção aos consumidores, incluindo os limites de repasses de custo de aquisição de energia elétrica de que trata o art. 2º desta Lei.

§ 9º As regras de comercialização previstas nesta Lei aplicam-se às concessionárias, permissionárias e autorizadas de geração, de distribuição e de comercialização de energia elétrica, incluindo as empresas sob controle federal, estadual ou municipal.

§ 10. As regras de comercialização deverão prever o pagamento de encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, entre outros: (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

I - a geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado ou por razões de segurança energética, a ser alocada nos consumidores com possibilidade de diferenciação entre os submercados; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

II - a reserva de potência operativa, em MW, disponibilizada pelos geradores para a regulação da frequência do sistema e de sua capacidade de partida autônoma; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

III - a reserva de capacidade, em MVAr, disponibilizada pelos geradores, superior aos valores de referência estabelecidos para cada gerador nos Procedimentos de Rede do ONS, necessária para a operação do sistema de transmissão; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

IV - a operação dos geradores como compensadores síncronos, a regulação da tensão e os esquemas de corte de geração e de alívio de cargas; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

V - o deslocamento da geração hidroelétrica de que trata o art. 2º da Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015. (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016) Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento que disporá, dentre outras matérias, sobre:

I - mecanismos de incentivo à contratação que favoreça a modicidade tarifária;

II - garantias;

III - prazos de antecedência de contratação e de sua vigência;

IV - mecanismos para cumprimento do disposto no inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, acrescido por esta Medida Provisória;

V - condições e limites para repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais;

VI - mecanismos para a aplicação do disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 1996, por descumprimento ao disposto neste artigo.

§ 1º Na contratação regulada, os riscos associados à geração de energia elétrica serão assumidos ou pelos geradores ou pelos distribuidores, conforme modalidade contratual prevista nos procedimentos licitatórios.

§ 2º A contratação regulada de que trata o **caput** será formalizada por meio de contratos bilaterais celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição.

§ 3º Os processos licitatórios necessários para o atendimento ao disposto neste artigo deverão contemplar, dentre outros, tratamento para:

- I - energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes;
- II - energia proveniente de novos empreendimentos de geração; e
- III - fontes alternativas.

§ 4º No atendimento à obrigação prevista no **caput**, deverá ser considerada a energia elétrica:

I - contratada pelas concessionárias, pelas permissionárias e pelas autorizadas de distribuição de energia elétrica até a data de publicação desta Medida Provisória; e

II - proveniente de:

- a) geração distribuída, observados os limites de contratação e de repasse às tarifas, baseados no valor de referência do mercado regulado e nas respectivas condições técnicas;
- b) usinas que produzam energia elétrica a partir de fontes eólicas, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, enquadradas na primeira etapa do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA; ou
- c) Itaipu Binacional.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às contratações referidas no inciso II do § 4º.

§ 6º As licitações para contratação de energia elétrica de que trata este artigo serão reguladas e realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, observado o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.427, de 1996, com a redação dada por esta Medida Provisória, que poderá promovê-las diretamente ou por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

§ 7º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que tenham mercado próprio inferior a 300 GWh/ano ficam autorizadas a adquirir energia elétrica do atual agente supridor, com tarifa regulada, ou mediante processo de licitação pública por elas promovido ou na forma prevista no § 6º deste artigo.

Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:

I - mecanismos de incentivo à contratação que favoreça a modicidade tarifária;

II - garantias;

III - prazos de antecedência de contratação e de sua vigência;

IV - mecanismos para cumprimento do disposto no inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, acrescido por esta Lei;

V - condições e limites para repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais;

VI - mecanismos para a aplicação do disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por descumprimento do previsto neste artigo.

§ 1º Na contratação regulada, os riscos hidrológicos serão assumidos conforme as seguintes modalidades contratuais:

§ 1º Na contratação regulada, a critério do Ministério de Minas e Energia, os riscos hidrológicos serão assumidos, total ou parcialmente, pelos geradores ou pelos compradores, com direito de repasse às tarifas dos consumidores finais, conforme as seguintes modalidades contratuais: (Redação dada pela Medida Provisória nº 688, de 2015)

§ 1º Na contratação regulada, a critério do Ministério de Minas e Energia, os riscos hidrológicos serão assumidos, total ou parcialmente, pelos geradores ou pelos compradores, com direito de repasse às tarifas dos consumidores finais, conforme as seguintes modalidades contratuais: (Redação dada pela Lei nº 13.203, de 2015)

I - pelos geradores, nos Contratos de Quantidade de Energia;

I - Contratos de Quantidade de Energia; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 688, de 2015)

I - Contratos de Quantidade de Energia; e (Redação dada pela Lei nº 13.203, de 2015)

II - pelos compradores, com direito de repasse às tarifas dos consumidores finais, nos Contratos de Disponibilidade de Energia.

II - Contratos de Disponibilidade de Energia. (Redação dada pela Medida Provisória nº 688, de 2015)

II - Contratos de Disponibilidade de Energia. (Redação dada pela Lei nº 13.203, de 2015)

§ 2º A contratação regulada de que trata o **caput** deste artigo deverá ser formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição, devendo ser observado o seguinte:

I - as distribuidoras serão obrigadas a oferecer garantias;

II - para a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, início de entrega no ano subsequente ao da licitação e prazo de suprimento de no mínimo 3 (três) e no máximo 15 (quinze) anos;

II - para a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, início de entrega no ano subsequente ao da licitação e prazo de suprimento de no mínimo um e no máximo quinze anos; (Redação dada pela Medida Provisória nº 579, de 2012)

II - para a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, início de entrega no ano subsequente ao da licitação e prazo de suprimento de no mínimo um e no máximo 15 (quinze) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013)

II - para a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, início de entrega no mesmo ano ou no ano subsequente ao da licitação e prazo de suprimento de no mínimo um e no máximo quinze anos; (Redação dada pela Medida Provisória nº 641, de 2014) (Vigência encerrada)

II - para a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, início de entrega no ano subsequente ao da licitação e prazo de suprimento de no mínimo um e no máximo 15 (quinze) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013)

II - para a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, início de entrega no mesmo ano ou até no segundo ano subsequente ao da licitação e prazo de suprimento de no mínimo 1 (um) e no máximo 15 (quinze) anos; (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

II - para a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes, a entrega será iniciada no mesmo ano ou até no quinto ano subsequente ao da licitação, com prazo de suprimento de no mínimo 1 (um) e no máximo 15 (quinze) anos; (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

III - para a energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração, início de entrega no 3º (terceiro) ou no 5º (quinto) ano após a licitação e prazo de suprimento de no mínimo 15 (quinze) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos.

III - para a energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração, a entrega será iniciada a partir do terceiro e até o sétimo ano subsequente ao da licitação, com prazo de suprimento de no mínimo 15 (quinze) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos; (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

IV - o início da entrega da energia objeto dos CCEARs poderá ser antecipado, mantido o preço e os respectivos critérios de reajuste, com vistas no atendimento à quantidade demandada pelos compradores, cabendo à ANEEL disciplinar os ajustes nos contratos, de acordo com diretrizes do Ministério de Minas e Energia. (Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 2º-A. Excepcionalmente, no ano de 2013, o início de entrega poder-se-á dar no ano da licitação, para a energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes (Incluído pela Lei nº 12.783, de 2013)

§ 3º Excetuam-se do disposto no § 2º deste artigo as licitações de compra das distribuidoras para ajustes, em percentuais a serem definidos pelo Poder Concedente, que não poderão ser superiores a 5% (cinco por cento) de suas cargas, cujo prazo máximo de suprimento será de 2 (dois) anos.

§ 4º Com vistas em assegurar a modicidade tarifária, o repasse às tarifas para o consumidor final será função do custo de aquisição de energia elétrica, acrescido de encargos e tributos, e estabelecido com base nos preços e quantidades de energia resultantes das licitações de que trata o § 2º deste artigo, ressalvada a aquisição de energia realizada na forma do § 8º deste artigo.

§ 5º Os processos licitatórios necessários para o atendimento ao disposto neste artigo deverão contemplar, dentre outros, tratamento para:

I - energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes;

II - energia proveniente de novos empreendimentos de geração; e

III - fontes alternativas.

IV – geração distribuída. (Incluído pela Lei nº 14.300, de 2022)

§ 6º Entendem-se como novos empreendimentos de geração aqueles que até o início de processo público licitatório para a expansão e comercialização da oferta de energia elétrica: (Redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009)

I - não sejam detentores de outorga de concessão, permissão ou autorização; ou

II - sejam parte de empreendimento existente que venha a ser objeto de ampliação, restrito ao acréscimo de capacidade.

§ 7º A licitação para a expansão da oferta de energia prevista no inciso II do § 5º deste artigo deverá ser específica para novos empreendimentos ou ampliações, sendo vedada a participação de empreendimentos de geração existentes, ressalvado o disposto no art. 17 desta Lei.

§ 7º A licitação para a expansão da oferta de energia prevista no inciso II do § 5º deste artigo deverá ser específica para novos empreendimentos ou ampliações, sendo vedada a participação de empreendimentos de geração existentes, ressalvado o disposto no § 7º-A. (Redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009)

§ 7º-A. Poderão participar das licitações, para expansão da oferta de energia, os empreendimentos de geração que tenham obtido outorga de autorização da Aneel ou de concessão oriunda de sistema isolado, desde que atendam aos seguintes requisitos:

§ 7º-A. Poderão participar das licitações, para expansão da oferta de energia, os empreendimentos de geração que tenham obtido outorga de concessão licitada nos termos desta Lei ou de autorização, desde que atendam aos seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 13.203, de 2015)

I – não tenham entrado em operação comercial; ou

I - não tenham entrado em operação comercial em até um ano antes da data de realização da licitação; ou (Redação dada pela Lei nº 13.203, de 2015)

I - não tenham entrado em operação comercial; ou (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

II - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.943, de 2009)

III - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

§ 7º-B. O preço máximo de contratação da energia proveniente dos empreendimentos de geração de que trata o § 7º-A, licitados nos termos desta Lei, não poderá superar o preço médio por fonte resultante dos leilões de que tratam os incisos II e III do § 5º deste artigo e o § 1º do art. 3º-A, excetuando-se, no cálculo do preço médio, os leilões para contratação de energia proveniente de projetos de geração de que trata o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. (Incluído pela Lei nº 13.203, de 2015)

§ 8º No atendimento à obrigação referida no **caput** deste artigo de contratação da totalidade do mercado dos agentes, deverá ser considerada a energia elétrica:

I - contratada pelas concessionárias, pelas permissionárias e pelas autorizadas de distribuição de energia elétrica até a data de publicação desta Lei; e

II - proveniente de:

a) geração distribuída, observados os limites de contratação e de repasse às tarifas, baseados no valor de referência do mercado regulado e nas respectivas condições técnicas;

a) geração oriunda de empreendimentos concessionários, permissionários, autorizados e aqueles de que trata o art. 8º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, conectados no sistema elétrico da distribuidora compradora, observados, nos termos definidos em regulamento, as condições técnicas, as formas de contratação e os limites de repasse às tarifas; (Redação dada pela Lei nº 14.182, de 2021)

b) usinas que produzam energia elétrica a partir de fontes eólicas, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, enquadradas na primeira etapa do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA; ou

c) Itaipu Binacional.

c) Itaipu Binacional; ou (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

d) Angra 1 e 2, a partir de 1º de janeiro de 2013. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009)

e) empreendimentos de geração cuja concessão foi prorrogada ou licitada nos termos da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012. (Incluída pela Medida Provisória nº 579, de 2012).

e) empreendimentos de geração cuja concessão foi prorrogada ou licitada nos termos da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012. (Incluído pela Lei nº 12.783, de 2013)

f) energia contratada nos termos do art. 1º, § 3º, inciso I, e § 5º, inciso II, da Medida Provisória nº 688, de 18 de agosto de 2015. (Incluído pela Medida Provisória nº 688, de 2015)

f) energia contratada nos termos do art. 1º da Medida Provisória nº 688, de 18 de agosto de 2015. (Redação dada pela Lei nº 13.203, de 2015)

§ 9º No processo de licitação pública de geração, as instalações de transmissão de uso exclusivo das usinas a serem licitadas devem ser consideradas como parte dos projetos de geração, não podendo os seus custos ser cobertos pela tarifa de transmissão.

§ 10. A energia elétrica proveniente dos empreendimentos referidos no inciso II do § 8º deste artigo não estará sujeita aos procedimentos licitatórios para contratação regulada previstos neste artigo.

§ 11. As licitações para contratação de energia elétrica de que trata este artigo serão reguladas e realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada por esta Lei, que poderá promovê-las diretamente ou por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

§ 12. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que tenham mercado próprio inferior a 500 (quinhentos) GWh/ano ficam autorizadas a adquirir energia elétrica do atual agente supridor, com tarifa regulada, ou mediante processo de licitação pública por elas promovido ou na forma prevista neste artigo.

§ 12. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que tenham mercado próprio inferior a 500 (quinhentos) GWh/ano ficam

autorizadas a adquirir energia elétrica do atual agente supridor, com tarifa regulada, ou mediante processo de licitação pública por elas promovido ou na forma prevista neste artigo, sendo que na licitação pública poderão participar concessionárias, permissionárias, autorizadas de geração e comercializadoras. (Redação dada pela Lei nº 11.075, de 2004)

§ 13. Nas licitações definidas no § 3º deste artigo poderão participar os concessionários, permissionários e autorizados de geração e comercialização.

§ 14. A ANEEL deverá garantir publicidade aos dados referentes à contratação de que trata este artigo.

§ 15. No exercício do poder regulamentar das matérias deste art. 2º, será observado o disposto no art. 1º desta Lei.

§ 16. Caberá à Aneel dirimir conflitos entre compradores e vendedores de energia elétrica, que tenham celebrado CCEARs, utilizando lastro em contratos de importação de energia elétrica ou à base de gás natural, cujas obrigações tenham sido alteradas em face de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, decorrentes de eventos alheios à vontade do vendedor, nos termos do inciso V do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.943, de 2009)

§ 17. No exercício da competência de que trata o § 16 deste artigo, a Aneel, reconhecendo a extraordinariedade e a imprevisibilidade dos acontecimentos, poderá garantir neutralidade aos agentes envolvidos, no limite de suas responsabilidades. (Incluído pela Lei nº 11.943, de 2009)

§ 18. Caberá à Aneel, em um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, decidir de ofício, ou por provocação das partes, acerca das questões de que trata o § 16 deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009)

§ 19. O montante de energia vendida nos termos do § 13 do art. 4º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, não será considerado mercado do agente de distribuição vendedor para efeitos do disposto nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

§ 20. Para atendimento ao disposto no caput, poderá ser instituído mecanismo competitivo de descontração ou redução, total ou parcial, da energia elétrica contratada proveniente dos CCEAR, conforme regulamento do Poder Executivo federal. (Incluído pela Medida Provisória nº 998, de 2020)

§ 20. Para atendimento do disposto no caput deste artigo, poderá ser instituído mecanismo competitivo de descontração ou redução, total ou parcial, da energia elétrica contratada proveniente dos CCEAR, conforme regulamento do Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei nº 14.120, de 2021)

§ 21. Ao participar do mecanismo previsto no § 20, o montante de energia descontratado ou reduzido não fará jus aos percentuais de redução estipulados pela Aneel e aplicados às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, incidentes no consumo de energia elétrica, previstos nos § 1º, § 1º-A e § 1º-B do art. 26 da Lei nº 9.427, de 1996. (Incluído pela Medida Provisória nº 998, de 2020)

§ 21. Ao participar do mecanismo previsto no § 20 deste artigo, o montante de energia descontratado ou reduzido não fará jus aos percentuais de redução estipulados pela Aneel e

aplicados às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, incidentes no consumo de energia elétrica, previstos nos §§ 1º, §1º-A 1º-B do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.120, de 2021)

Inclusive, como se pode ver, ao lado da inserção de diversas especificações, foi reduzido o campo de delegação já no *caput* dos arts. 1º e 2º na lei de conversão: antes havia referência a “dentre outras matérias”, e a expressão foi suprimida.

Dentro desse quadro, não comporta guarida a argumentação no sentido de que a ação não estaria prejudicada em razão de as alterações não serem suficientes para afastar a inconstitucionalidade material suscitada. O que se percebe é que foram várias as modificações e, justamente por isso, reclamam análise em processo próprio, nos termos de reiterada linha decisória.

É de se lembrar, ainda, que igualmente há prejudicialidade no caso de normas legais sofrerem alterações substanciais no curso do processo (e não somente normas oriundas de medidas provisórias), como também é o caso, no que acrescidas inovações nos referidos artigos por leis posteriores à lei de conversão em questão. Com efeito, “ *A jurisprudência formada nesse Supremo Tribunal Federal e confirmada nas decisões posteriores ao julgamento da ADI 709, Rel Min. Moreira Alves, é no sentido da prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém revogação ou alteração substancial da norma questionada* ” (ADI 1080, Pleno, j. 05.4.2018, DJe 13.9.2018, acórdão por mim redigido).

Resta prejudicada a ação, portanto, no que concerne aos arts. 1º e 2º da lei de conversão.

8. No que toca ao art. 7º da lei, também abrangido pelo aditamento, o que se constata é que referido dispositivo não foi especificamente impugnado na petição inicial, não obstante constante da medida provisória, com o mesmo teor. Sua inclusão se deu com base em conclusão a que havia chegado o Ministro Gilmar Mendes no voto proferido ao início do julgamento do pedido de medida cautelar.

No aditamento, a fundamentação no ponto é *en passant*, ao final do tópico “ *B) Da persistente inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei 10.848/04* ”, e se baseia apenas em tal compreensão:

Quanto à inconstitucionalidade o artigo 7º da Medida Provisória, cabe salientar que a Lei, mais uma vez, tentou, em vão, sanar a mácula.

O artigo 7º da Lei, ao alterar o artigo 10 da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, manteve a inconstitucionalidade referente ao princípio da proporcionalidade, conforme apontado no voto do **Ministro Gilmar Mendes**, pois impossibilita a revisão, exceto a extraordinária, e de reajuste dos níveis de tarifas, assim como de reconhecimento de recursos provenientes da RGR, CDE e CCC, em caso de inadimplência no recolhimento de encargos setoriais.

Há, portanto, pretensão inovatória, o que igualmente reclama debate em processo próprio. Incognoscível, no ponto, a ação.

9. Nesses moldes, em conclusão, a ação mostra-se **parcialmente admissível**, apenas no que diz com o vício formal da Lei nº 10.484/2004, por alegada violação do art. 246 da Constituição Federal.

Prossigo na análise dessa parcela do mérito.

Exame de constitucionalidade formal (art. 246, CRFB)

10. A parte autora argumenta que a lei de conversão restou contaminada pelo vício formal consistente na edição de medida provisória sobre assunto vedado constitucionalidade.

Em essência, defende que a Emenda Constitucional nº 06/1995 deu nova conformação ao arcabouço normativo do setor elétrico brasileiro, a se basear, a partir de então, no investimento privado e permitir a expansão energética. Entende que qualquer alteração da legislação de regência significa regulamentação da matéria em questão, objeto do art. 176, § 1º, CRFB, nos termos do que reconhecido por esta Suprema Corte na ADI 2005-MC. Desse modo, violado o art. 246, CRFB, que veda a utilização de medida provisória no sentido pretendido.

O art. 246 da Constituição Federal, invocado como paradigma de controle de constitucionalidade, assim dispõe:

Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido

alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

O art. 176, § 1º, CRFB, por sua vez, que foi alterado pela EC nº 06/1995 – e que teria sido regulado pela medida provisória em questão –, tinha a seguinte redação originária:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Com referida emenda, o enunciado normativo ganhou a seguinte redação, que permanece atual, destacada a parte alterada pela EC nº 6/1995:

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros **ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País**, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

O citado art. 246, CRFB, acrescente-se, havia sido inserido no texto constitucional por meio da própria EC nº 6/1995, ou seja, inaugurou a vedação em tela, mas estabeleceu apenas seu termo inicial, o ano de 1995, e não o termo final, que depois passou a ser a promulgação da EC nº 32/2001, conforme acima reproduzido.

11. A controvérsia constitucional, tal como se depreende dos debates já travados ao julgamento do pedido de medida cautelar, divide-se em saber,

por um lado, se a temática da energia elétrica (ou, de modo mais específico, dos potenciais de energia hidráulica) foi substancialmente alterada por emenda constitucional durante referido lapso temporal e, por outro, se a medida provisória – e respectiva lei de conversão – implica regulamentação da matéria objeto de alteração via emenda, nos termos da vedação em questão.

Nessas duas dimensões se instalou a divergência em Plenário, ao exame do pedido de medida cautelar.

Em uma ponta, colocou-se a compreensão minoritária, capitaneada pelo então Relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Entendia-se que, de fato, a modificação operada pela EC nº 6/1995 no art. 176, § 1º, implicou alteração substancial da normatização do sistema elétrico brasileiro, ao estabelecer-se que também empresas com capital estrangeiro poderiam ser destinatárias de autorizações ou concessões, desde que aqui constituídas e administradas. Isso implicaria radical alteração do cenário, antes centrado na atuação estatal.

Ao lado disso, tomou-se como premissa que a medida provisória tratava da matéria do art. 176, §1º. Aberto caminho, então, à aplicação do art. 246, CRFB, ao caso, a vedar a edição de medida provisória a respeito.

De todo modo, acentuando o rigor de interpretação estabelecida na apreciação da ADI 2005-MC e seguindo a delimitação operada na ADI 2473-MC, ações diretas que também versavam sobre o setor elétrico, compreendeu-se que o art. 246, CRFB, não deveria significar restrição à atividade legiferante via medida provisória em tudo o que dissesse respeito a energia elétrica, mas somente naquilo que concerne aos potenciais de energia hidráulica, que é o que abrangido pelo art. 176, §1º, CRFB.

Assim é que o Ministro Gilmar Mendes conclui pela necessidade de conferir interpretação conforme a Constituição à medida provisória, e então à lei de conversão, de modo a afastar sua incidência “ *no que concerne a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia* ”.

Na sequência, o Ministro Eros Grau inaugurou divergência e, acompanhado pela Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa, Nelson Jobim, Ayres Britto, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, deu ensejo à formação de maioria pela ausência de plausibilidade da alegação de violação do art. 246, CRFB.

Para a corrente majoritária, em primeiro lugar, a alteração promovida pela EC nº 6/1995 significou mera compatibilização redacional do §1º do art. 176 com a revogação do art. 171, CRFB, promovida pela mesma EC nº 6 /1995. Revogou-se a anterior definição constitucional do que seriam empresas brasileira:

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

Ao mesmo tempo, então, teria a EC nº 6/1995 atualizado a redação do §1º do art. 176, para não mais referir a empresa de capital nacional, mas apenas a empresa constituída e administrada no país, que passa então a poder ter capital estrangeiro no novo quadro constitucional.

A alteração, nessa linha, seria apenas subjetiva e em compatibilização com a revogação da definição constitucional de "empresa brasileira". Para

emprestar o cotejo exposto no voto vista de minha antecessora nesta Suprema Corte, Ministra Ellen Gracie, a modificação operaria “na relação nacional/estrangeiro” , e não no “no eixo público/privado” (p. 149 do acórdão, ADI 3090-MC).

Não se teria, então, mudança radical, como na compreensão da minoria. O setor elétrico já estaria, antes disso, aberto ao capital privado. Só se operaria ampliação colateral em relação às empresas que poderiam ser destinatária de autorização ou concessão para explorar o serviço.

Ao lado disso, a maioria também compartilhou interpretação no sentido de que a medida provisória – e então a lei de conversão – não significou regulamentação do art. 176, § 1º, CRFB, mas sim do art. 175 da Constituição, que dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Desse modo, além de não se entender pela ocorrência de alteração substancial da matéria via emenda constitucional, concluiu-se que o ato impugnado, a rigor, tratava de outro dispositivo constitucional, mais amplo, a especificar o regime da prestação do serviço público por entes privados no setor elétrico.

Na síntese das razões de decidir, constante da ementa do acórdão cautelar:

Em princípio, a medida provisória impugnada não viola o art. 246 da Constituição, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 6/95 não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da Constituição, a substituir a expressão "empresa brasileira de capital nacional" pela expressão "empresa constituída sob as leis brasileiras e

que tenha sua sede e administração no país", incluída no § 1º do art. 176 da Constituição. Em verdade, a Medida Provisória nº 144/2003 não está destinada a dar eficácia às modificações introduzidas pela EC nº 6/95, eis que versa sobre a matéria tratada no art. 175 da Constituição, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico. Vencida a tese que vislumbra a afronta ao art. 246 da Constituição, propugnando pela interpretação conforme a Constituição para afastar a aplicação da medida provisória, assim como da lei de conversão, a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia

Ou seja, reputou-se inexistente violação da Constituição Federal pela conjunção de ambas as razões, que autonomamente já seriam capazes de levar ao afastamento da violação do art. 246, CRFB.

12. Conforme se verifica da decisão cautelar, o colegiado chegou a essa conclusão após amplo debate. O julgamento iniciou-se em 2004 e findou em 2006, após sucessivos pedidos de vista.

Assim, conquanto a análise de medidas cautelares reconhecidamente se dê na perspectiva da verossimilhança das alegações, verifico do material aportado ao processo que houve alongada discussão a respeito da interpretação mais adequada das modificações promovidas pela EC nº 6 /1995, do art. 246, CRFB, bem assim do escopo da medida provisória e respectiva lei de conversão.

Inclusive, foram consideradas interpretações adotadas em julgamentos anteriores do Plenário, e rejeitadas no que incompatíveis com a compreensão majoritária então assentada. Em particular, no que concerne especificamente ao setor elétrico, as ADIs-MC 2005 e 2473, mas também, no que toca mais amplamente ao art. 246, CRFB, as ADIs-MC 1518, 1597 e 1975. Ao final, por maioria, estabeleceu-se interpretação constitucional diante da controvérsia posta.

Ainda, vejo que não foram apresentados elementos argumentativos adicionais capazes de infirmar a interpretação alcançada pela maioria ao indeferir a medida cautelar.

Nesse quadro, ganha peso a necessidade de **coerência** e **estabilidade decisória**, a manter, no caso, hígdas as razões e conclusões compartilhadas pela maioria, independentemente da alteração da composição do colegiado e eventuais interpretações individuais em sentido diverso.

Acrescente-se que já se reconheceu a função desta Suprema Corte na definição da interpretação da Constituição Federal e no alcance da unidade do Direito, por meio dos precedentes. Assim, registrou-se que “ *O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes* ” (RE 655265, Red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, Pleno, j. 13.4.2016, DJe 05.8.2016).

Entendo, portanto, que **há ceder espaço à ratificação, em sede definitiva, da *ratio* majoritária adotada em exame cautelar**, a resultar na improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade na presente perspectiva formal.

13. Em reforço, acresço que, em outros casos posteriormente apreciados em relação ao art. 246 da Constituição Federal, este Plenário também adotou, de um modo ou de outro, interpretação restritiva da norma constitucional.

Cito, assim, a **ADI 1975** (Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 19.12.2018, DJe 25.02.2019, em conjunto com a ADI 1984), em que se discutia, à luz da vedação do art. 246, CRFB, medida provisória que havia suprimido o adicional por tempo de serviço então previsto no art. 67 da Lei nº 8.112/1990.

Entendeu esta Suprema Corte que referido adicional não foi objeto de emenda constitucional, a afastar, assim, a vedação do art. 246. Ou seja, compreendeu a previsão constitucional, também aqui, de modo restritivo, no sentido de que a matéria do adicional por tempo de serviço não guardava pertinência estrita com as alterações promovidas pela EC nº 19 /1998 nos arts. 37 e 39, CRFB.

O argumento da parte autora, que resultou rejeitado, era de que a matéria estava abrangida pela reforma promovida pela emenda constitucional por guardar relação com os princípios da Administração Pública e a política de remuneração dos servidores públicos federais.

Nos termos do voto do eminente Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, no ponto:

7. Alegam que o adicional de tempo de serviço seria matéria resultante de regulamentação do disposto nos artigos 37, X, XI e 39, § 4º da CF, que foram alterados pela Emenda Constitucional nº 19/1998, motivo pelo qual somente a lei poderia suprimi-lo.

8. Ocorre que tais dispositivos não tratam da parcela do adicional de tempo de serviço. No que se refere à remuneração, o art. 37, incs. X e XI, determina que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio deverão ser fixados por lei específica e estabelece os limites remuneratórios por meio da definição de um teto. As medidas provisórias impugnadas não fixaram vencimentos, não ocasionando a alteração do valor das remunerações percebidas pelos servidores, tendo em vista que foram respeitadas as situações constituídas anteriormente a 8 de março de 1999.

9. Da mesma forma, o art. 39 trata de norma gerais para a fixação da remuneração e subsídios, mas não trata diretamente de gratificações e adicionais.

10. Conforme constatado pela Procuradoria-Geral da República, o dispositivo que indiretamente faria menção a gratificações e adicionais seria o § 4º do art. 39, que estabelece os cargos que devem perceber sua remuneração por meio de subsídio em parcela única. Tal dispositivo, seria compatível com o espírito da referida Medida Provisória, pois tem por finalidade extinguir tais parcelas, os “penduricalhos”, que dificultariam a fixação e o controle da real remuneração percebida pelos servidores.

(...)

15. Assim, o art. 67 da Lei 8.112/90, que previa um adicional a ser pago pelo tempo de exercício no cargo, não regulamentava nenhum desses dispositivos (arts. 37, X e XI e 39, § 4º, com redação dada pela EC 19/1998), conforme já anunciado por esta Corte, no voto do então relator, Min. Sepúlveda Pertence, que indeferiu o pedido cautelar, neste ponto:

(...)

A essa conclusão se chegou, como sinalizado, de modo consentâneo com a apreciação do caso em sede cautelar, em que tampouco se havia vislumbrado plausibilidade da alegação de violação do art. 246, “*uma vez que, das inovações da EC 19/98, a única que tem a ver com o tradicional adicional por tempo de serviço — o novo art. 39, § 4º — não favorece a tese da ilegitimidade de sua abolição, mas, ao contrário, ao possibilitar sempre que a lei opte pela remuneração de determinada carreira pelo regime de subsídios.*”

Também, menciono a **ADI 4101** (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 16.6.2020, DJe 06.7.2020), em que se discutia alteração de alíquota derivada de medida provisória, à luz, em exame formal, do art. 246 da Constituição Federal, combinado com o art. 195, § 9º, que dispunha, à época, que “*as contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter*

alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”.

O argumento da impugnação era no sentido de que a modificação operada pelo ato impugnado estaria a regulamentar esta última previsão constitucional, o que seria então vedado pelo art. 246, CRFB.

Este Plenário, no entanto, adotou interpretação restritiva do que seria *regulamentar* o art. 195, §9º, CRFB. Nos termos do voto do eminente Relator, Ministro Luiz Fux:

As medidas provisórias em tela não visaram a pormenorizar, densificar o conteúdo do texto constitucional nesses pontos, mas sim a dar cumprimento à previsão constitucional, aplicando, dessa forma, alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica. Além disso, tendo em vista que a EC 20/1998 não instituiu ou alterou alíquotas, observa-se que as medidas provisórias não regulamentaram o artigo 195, § 9º, não afrontando o disposto no artigo 246, da Constituição Federal.

Não distante disso, ademais, cito:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 398/2007, CONVERTIDA NA LEI 11.652/2008. AUTORIZAÇÃO PARA A CRIAÇÃO DA EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. (...) AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 246 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPOSITIVOS QUE NÃO VISAM A REGULAMENTAR TEXTO CONSTITUCIONAL ALTERADO POR EMENDA. (...)

2. O artigo 246 da Constituição Federal veda a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e a data da promulgação da EC 32/2001.

3. In casu, a medida provisória em exame não visou a densificar o conteúdo do texto constitucional abrangido pela vedação contida no artigo 246 da CRFB, mas sim a dar cumprimento às determinações constitucionais constantes dos artigos 21, XII, a, e 175, caput, da Carta Maior, mediante expedição de autorização normativa para a criação de empresa estatal voltada à exploração de serviços de radiodifusão pública.

(...) (ADI 3994, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 23.8.2019, DJe 09.9.2019)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 214/2004. MODIFICAÇÃO DAS LEIS NS. 9.478/1997 E 9.847/1999. REGULAMENTAÇÃO DA INTRODUÇÃO DO BIOCOMBUSTÍVEL NA MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA. ATRIBUIÇÃO À AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO DE COMPETÊNCIA REGULATÓRIA DOS COMBUSTÍVEIS RENOVÁVEIS. (...) INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 9/1995 E AO ART. 246 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

(...)

2. Ausência de afronta ao art. 3º da Emenda Constitucional n. 9 /1995 e ao art. 246 da Constituição da República: a Medida Provisória n. 214/2004 não regulamenta o monopólio da União sobre as atividades econômicas relacionadas a petróleo, gás natural, outros hidrocarbonetos fluidos e derivados.

(...) (ADI 3326, Rel. Min. Carmen Lúcia, Pleno, j. 27.3.2020, DJe 15.4.2020)

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 67 DA LEI Nº 12.249/2010, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 5.615/1970 (LEI DO SERPRO). (...)

3. A modificação operada na redação do art. 22, XXVII, da CF pela EC nº 19/1998 não trouxe alteração substancial ao seu conteúdo, na fração de interesse, a afastar a alegada violação do art. 246 da Carta Política. Precedentes: ADI 3090 (Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.10.2007), ADI 1975 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJe 14.12.2001) e RE 487475 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 06.8.2010).

(...) (ADI 4829, sob a minha relatoria, Pleno, j. 22.3.2021, DJe 12.4.2021)

14. Portanto, não havendo novos elementos fáticos ou jurídicos que permitam o afastamento da *ratio* adotada anteriormente no processo, cabe a sua ratificação no presente momento. Ou seja, inexistindo razões idôneas para superação ou modificação do precedente, prevalece a interpretação então definida pelo colegiado.

Conclusão

15. Ante o exposto, **conheço em parte** da ação e, na parte conhecida, julgo **improcedente** o pedido.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/04/2022 00:00