

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, partido político com representação no Congresso Nacional, com sede no Setor de Autarquias Federais Sul (SAFS), Quadra nº 2, Lote nº 3, CEP 70.042-900, Brasília/DF, representado por seu presidente, na forma estatutária e conforme eleição em convenção nacional, por seus advogados, com fundamento na alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição, propõe:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar, da Medida Provisória nº 1.031, de 23 de fevereiro de 2021, publicada, no Diário Oficial da União (DOU), no mesmo dia (edição extra, seção 1, p. 1/3).

1. Dos dispositivos impugnados

Para fins do inciso I do artigo 3º da Lei Federal nº 9.868/1999, indica-se como dispositivo impugnado os artigos 2º, 3º, II, 4º, e 12 da MP nº 1.031/2021, assim redigidos:

Art. 2º Para a promoção da desestatização de que trata esta Medida Provisória, a União fica autorizada a conceder, pelo prazo de trinta anos, contado da data de assinatura dos novos contratos, novas outorgas de concessões de geração de energia elétrica sob titularidade ou controle, direto ou indireto, da Eletrobras:

I - que tenham sido prorrogadas nos termos do disposto no art. 1º da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013;

II - alcançadas pelo disposto no inciso II do § 2º do art. 22 da Lei nº 11.943, de 28 de maio de 2009;

III - alcançadas pelo disposto no § 3º do art. 10 da Lei nº 13.182, de 3 de novembro de 2015; e

IV - outorgada por meio do Contrato de Concessão nº 007/2004-Aneel-Eletronorte.

Art. 3º A desestatização da Eletrobras fica condicionada à aprovação, por sua assembleia geral de acionistas, das seguintes condições:

.....
II - celebração dos novos contratos de concessão de geração de energia elétrica de que trata o art. 2º, em substituição aos contratos vigentes na data de publicação desta Medida Provisória, com a alteração do regime de exploração para produção independente, nos termos do disposto na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, inclusive quanto às condições de extinção das outorgas, da encampação das instalações e das indenizações;

.....
Art. 4º São condições para a nova outorga de concessão de geração de energia elétrica de que trata o art. 2º:

I - o pagamento, pela Eletrobras ou por suas subsidiárias, ao longo do período de concessão, de quota anual, em duodécimos, à Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, de que trata a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002,

correspondente a cinquenta por cento do valor adicionado à concessão pelos novos contratos;

II - o pagamento, pela Eletrobras ou por suas subsidiárias, de bonificação pela outorga de novos contratos de concessão de geração de energia elétrica correspondente a cinquenta por cento do valor adicionado à concessão pelos novos contratos;

III - a alteração do regime de exploração para produção independente, nos termos do disposto na Lei nº 9.074, de 1995, inclusive quanto às condições da extinção das outorgas, da encampação das instalações e das indenizações; e

IV - a assunção da gestão do risco hidrológico, vedada a repactuação nos termos do disposto na Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015.

§ 1º O novo contrato de concessão de geração das usinas alcançadas pelo disposto no inciso II do § 2º do art. 22 da Lei nº 11.943, de 2009, e no § 3º do art. 10 da Lei nº 13.182, de 2015, preservará as obrigações estabelecidas no art. 22 da Lei nº 11.943, de 2009, e no art. 10 da Lei nº 13.182, de 2015, respeitadas as condições e a vigência dos atuais contratos de venda de energia elétrica de que tratam os referidos artigos.

§ 2º O disposto no art. 7º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, não se aplica aos novos contratos de concessão de geração de energia elétrica de que trata este artigo.

Art. 12. Ficam mantidas as garantias concedidas pela União à Eletrobras e às suas subsidiárias e à sociedade de economia mista ou à empresa pública de que trata o art. 9º em contratos firmados anteriormente à desestatização de que trata esta Medida Provisória.

Contra esses enunciados normativos constantes de lei material se insurge pela sua incompatibilidade com os artigos 1º, 2º, 37, *caput*, 52, V, 59, III, e 175 da Constituição.

2. Dos fundamentos jurídicos

No mérito, denuncia-se a inconstitucionalidade da MP nº 1.031/2021 tanto sob aspecto formal, na medida em que, mediante fraude ao inciso III do

artigo 59 da Constituição, não preenche o pressuposto de urgência qualificada para sua edição (CF, art. 62); bem como, na perspectiva material, com relação aos artigos 2º, 3º, II, 4º, e 12, agora da MP nº 1.031/2021, encerra-se violação da obrigatoriedade de licitação para delegação de serviços públicos (CF, art. 175) e, no último caso, do artigo 52, V, da Constituição e do princípio republicano (CF, art. 1º).

2.1. Da inconstitucionalidade formal

A MP nº 1.031/2021 padece, de princípio, de grave vício de inconstitucionalidade formal pela falta do pressuposto de urgência descrito no artigo 62 da Constituição, hipótese em que “[é] desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei” (ADI nº 2.182-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa em 31/05/2000).

2.1.1. Da fraude ao inciso III do artigo 59 da Constituição: ausência de urgência qualificada (CF, art. 62) e violação à separação dos Poderes (CF, art. 2º)

A declaração de inconstitucionalidade de medida provisória por ausência dos pressupostos de relevância e urgência é, sem dúvida, excepcionalíssima em sede de controle judicial (*vide* ADI nº 2.527-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, em 16/08/2007 e ADC nº 11-MC, Rel. Min. Cezar Peluzo, em 28/03/2007).

No caso, a manifesta ausência de urgência se constata pela **fraude ao devido processo legislativo de lei ordinária** (CF, art. 59, III), na medida em que não só o Presidente da República anterior enviou à Câmara dos Deputados

proposição de igual conteúdo (Projeto de Lei nº 9.463/2018), como também o atual (Projeto de Lei nº 5.877/2019), estando ambas as matérias pendentes de deliberação naquela Casa iniciadora (CF, art. 64).

Não se defronta, portanto, com a alteração de realidade fática que enseje a superveniência do pressuposto de **urgência qualificada** para adoção da MP nº 1.031/2021, mas sim com uma tentativa de fraudar a tramitação daquelas proposições – considerando, sobretudo, a eficácia imediata de medida provisória (“*com força de lei*”), bem como a celeridade legislativa do projeto de lei de conversão que a ela corresponde.

Noutras palavras, cuida-se de uma investida estratégica sobre o Poder Legislativo, com o objetivo de deturpar o **poder de agenda** que lhe é inerente – inclusive, à revelia do mecanismo constitucional de solicitação de urgência pelo próprio Presidente da República (CF, art. 64, § 1º), que excepciona essa prerrogativa institucional do Legislativo –, traduzindo, na prática, **grave interferência à independência e à harmonia entre os Poderes** (CF, art. 2º).

Está-se, diante, pois, de manifesto **abuso de poder por desvio de finalidade**, isto é, quando o “*quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei*”¹, no caso, o Presidente da República, conquanto a pretexto de adotar medida provisória,

Isso porque o Presidente da República adotou a MP nº 1.031/2021 não para atender à **urgência qualificada** que é pressuposto de validade dessa espécie legislativa, como prescreve a primeira parte do *caput* do artigo 62 da

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 254.

Constituição, mas para controlar a agenda do Poder Legislativo, subvertendo o poder que lhe é inerente e, assim, configurando expediente ilegítimo e ofensivo à **dignidade democrática** do Poder Legislativo (CF, art. 1º).

O vício formal em questão, pois, decorre do que se identifica na teoria jurídica como uma categoria especial, a do **ilícito atípico**, na lição de **Manuel Atienza**². Tem-se uma conduta *prima facie* permitida – aqui, a adoção de medida provisória (CF, art. 62, *caput*) – mas que se revela ilícita quando considerados todos os aspectos de fato e, como se denuncia nesta ação, de direito pertinentes.

A presente arguição de inconstitucionalidade formal, pois, **não depende do juízo político de conveniência e oportunidade que, em tese, caracterizam o pressuposto da urgência do *caput* do artigo 62 da Constituição**, mas tão somente da verificação da burla ao devido processo legislativo de lei ordinária (CF, art. 59, III) e do prejuízo à separação dos Poderes (CF, art. 2º).

2.2. Da inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material da MP nº 1.031/2021 decorre da violação, pelos seus artigos 2º, 3º, II, e 4º, da obrigatoriedade de licitação para delegação de serviços públicos (CF, art. 175) e, pelo seu artigo 12, da ofensa ao artigo 52, V, da Constituição e ao princípio republicano (CF, art. 1º).

2.3. Da inconstitucionalidade total dos artigos 2º, 3º, II, e 4º da MP nº 1.031/2021

² Vide ATIENZA, Manuel *et al.* *Ilícitos Atípicos: sobre abuso de direito, fraude a lei e desvio de poder*. São Paulo, Marcial Pons, 2014.

Da interpretação sistemática dos artigos 2º, 3º, II, e 4º da MP nº 1.031/2021 se extrai **norma jurídica** segundo a qual, para a desestatização da Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobras), a União concederá **novas outorgas de concessão** de geração de energia elétrica (art. 2º, *caput*), cuja celebração será aprovada por assembleia geral (art. 3º, II), em determinadas condições (art. 4º).

Na presente ação direta, argui-se, na causa de pedir à frente, a inconstitucionalidade de tal outorga, para o que, conquanto fosse suficiente a impugnação específica apenas do *caput* do artigo 2º da MP nº 1.031/2021, os seus incisos I a IV e os artigos 3º, II, e 4º dela guardam com o primeiro uma **relação de dependência normativa** e, por isso, também foram elencados como objeto de questionamento.

Assim, a argumentação declinada na sequência conquanto tenha como referência o **texto** do artigo 2º da MP nº 1.031/2021, não prejudica que sua inconstitucionalidade seja estendida aos demais dispositivos (art. 2º, I a IV, 3º, II, e 4º), **por arrastamento**, independente de exposição dos fundamentos jurídicos em relação a cada um desses últimos (*vide* ADI nº 2982-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, em 17/06/2004).

2.3.1. Da violação à obrigatoriedade de licitação para delegação de serviços públicos (CF, art. 175)

Como antecipado, dos artigos 2º, 3º, II, e 4º da MP nº 1.031/2021 se extrai norma jurídica segundo a qual, para a desestatização da Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobras), a União concederá **novas outorgas de concessão** de geração de energia elétrica (art. 2º, *caput*), cuja celebração será aprovada por assembleia geral (art. 3º, II), em determinadas condições (art. 4º).

Essa compreensão é melhor observada a partir da leitura do *caput* do artigo 2º da MP nº 1.031/2021 com o *caput* e o inciso II do seu artigo 3º, pelos quais se deduz que “*as novas outorgas de concessões de geração de energia elétrica sob controle direto ou indireto da Eletrobras*” serão celebrados com aprovação da assembleia geral da desestatizada. Confira-se (com grifos nossos):

Art. 2º Para a promoção da desestatização de que trata esta Medida Provisória, **a União fica autorizada a conceder**, pelo prazo de trinta anos, contado da data de assinatura dos novos contratos, **novas outorgas de concessões de geração de energia elétrica sob titularidade ou controle, direto ou indireto, da Eletrobras:**

.....
Art. 3º **A desestatização da Eletrobras fica condicionada à aprovação, por sua assembleia geral de acionistas, das seguintes condições:**

.....
II - **celebração dos novos contratos de concessão de geração de energia elétrica de que trata o art. 2º, em substituição aos contratos vigentes na data de publicação desta Medida Provisória**, com a alteração do regime de exploração para produção independente, nos termos do disposto na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, inclusive quanto às condições de extinção das outorgas, da encampação das instalações e das indenizações;

.....
Ocorre que a tal celebração, mediante suposta outorga – na dicção da MP nº 1.031/2021 –, de novas concessões de geração de energia elétrica à Eletrobras, depois de desestatizada, ou seja, na qualidade de empresa privada, viola a obrigatoriedade de concessão de serviços públicos por licitação, qualificada, na Constituição, pelo **advérbio absoluto “sempre”** na redação do seu artigo 175.

Trata-se, portanto, de **inconstitucionalidade chapada**, na expressão do Ministro **Sepúlveda Pertence** a denotar violação mais que flagrante à

Constituição³. Com efeito, os “serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água” (CF, art. 21, XII, “b”) podem, realmente, ser explorados mediante concessão, mas “sempre através de licitação” (CF, art. 175).

No ponto, cumpre assinalar que a MP nº 1.031/2021 **artificialmente** – com a devida vênia do Tribunal – emprega a expressão “*outorga*” para referir-se às novas concessões a serem celebradas com a Eletrobras depois de sua desestatização, cujo conceito, todavia, corresponde à prestação direta de serviços públicos pelo Poder Público (CF, art. 175), não mediante concessão ou permissão, de que se fala, tecnicamente, em **delegação** a particulares.

É o que explica, na doutrina, o saudoso **Hely Lopes Meirelles** a respeito de ambas essas espécies de prestação de serviços públicos no gênero da execução descentralizada, veja-se (com grifos nossos):

Serviço descentralizado – É todo aquele que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por *outorga* ou *delegação*, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares e, agora, aos consórcios públicos (Lei 11.107, de 6.4.2005).

Há *outorga* quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública.

Há *delegação* quando o Estado transfere, por contrato (concessão ou consórcio público) ou *ato unilateral* (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.⁴

³ Vide ADI nº 1.802-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 27/08/1998.

⁴ Vide MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 438.

Parece haver alguma divergência conceitual na doutrina, a exemplo de o Ministro Aposentado **Eros Roberto Grau** falar em delegação para a prestação direta pelo Poder Público e em concessão, pelos particulares⁵. E a legislação também emprega com pouco cuidado a expressão “*outorga*”, para concessões (Lei Federal nº 8.987/1995), inclusive de serviços de energia elétrica (Lei Federal nº 9.074/1995, art. 4º a 25).

Para fins constitucionais, todavia, independente do *nomen juris* que se atribua, é indene de dúvidas que, cuidando-se de concessão de serviços públicos em geral – de energia elétrica, em particular –, sua delegação a particulares, no caso, ainda que a empresa antes estatal, mas doravante privada (Eletrobras), deve ser sempre precedida de licitação, na forma do *caput* do artigo 175 da Constituição.

Em que pese a obviedade de que a modelagem da desestatização da Eletrobras, para sua sustentabilidade econômico-financeira, implique a necessidade de manutenção de suas concessões pela celebração de novas, é certo que, nessa medida, os artigos 2º, 3º, II, e 4º da MP nº 1.031/2021 atribuem a uma companhia privada, **sem licitação**, a prestação de serviços de energia elétrica, incorrendo em flagrante inconstitucionalidade.

No mais, é fundamental destacar que, apesar de, em regra, as alienações públicas devam ser contratadas mediante processo de licitação pública (CF, art. 37, XII), a desestatização por aumento de capital pode incidir, como na MP nº

⁵ Vide GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 145.

1.031.2021 o faz, na ressalva especificada na legislação (Lei Federal nº 9.491/1997, art. 2º, § 1º, “a”, e 4º, II).

Entretanto, isso não se sucede com a licitação das concessões e permissões de serviços públicos, cuja **norma de referência** é o artigo 175 da Constituição, que exige “*sempre*” licitação, de modo que a exceção do inciso XII do artigo 37 da Constituição, qual seja, a ressalva de desnecessidade de licitação, **não admite como suporte fático a delegação de serviços públicos**, e, por isso, os artigos 2º, 3º, II, e 4º da MP nº 1.031/2021 são inconstitucionais.

Na verdade, a MP nº 1.031/2021 pretende, em viés sub-reptício, assentar seu **fundamento de validade** unicamente no *caput* do inciso XII do artigo 21 da Constituição, que autoriza a exploração em concessão ou permissão das atividades que seus incisos elencam, dentre eles, os serviços de energia elétrica, o que, todavia, desconsidera o artigo 175 da Constituição.

O legislador ordinário, em que pese a ele sua ampla liberdade de conformação do texto constitucional, não pode subvertê-lo por uma leitura deliberadamente particular de suas disposições, sob pena de incidir, como ora acontece, em odiosa *interpretação da Constituição conforme à lei* (*gesetzeskonform Verfassungsinterpretation*), de que fala o insigne **José Joaquim Gomes Canotilho**:

A interpretação da constituição conforme as leis têm merecido sérias reticências à doutrina. Começa por partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço normativo aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional, quer porque o sentido

das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. **Teríamos assim, a legalidade da constituição a sobrepor-se à constitucionalidade da lei.**

A MP nº 1.031/2021, nos seus artigos 2º, 3º, II, e 4º da MP nº 1.031/2021, é inconstitucional pois intenta valer-se de lei em sentido material para burlar a gera constitucional absoluta da licitação para conceder ou permitir serviços públicos (CF, art. 175), como se outorga fosse o que é delegação, de todo incompatível com a Constituição.

2.4. Da inconstitucionalidade parcial do artigo 12 da MP nº 1.031/2021

A segunda parte do artigo 12 da MP nº 1.031/2021 assegura que ficam mantidas as garantias concedidas pela União à sociedade de economia mista ou à empresa pública que sucederá a Eletrobras Termonuclear S.A. - Eletronuclear; e a Itaipu Binacional, sendo que, quanto a isso, especificamente, não há objeção de inconstitucionalidade nesta ação direta.

Por outro lado, no mesmo dispositivo consta que também ficam mantidas as garantias concedidas pela União à Eletrobras e às suas subsidiárias em contratos firmados anteriormente à sua desestatização, as quais, todavia, sendo operações externas de natureza financeira, são inconstitucionais por ofensa ao artigo 52, V, da Constituição, e ao princípio republicano (CF, art. 1º).

Rejeita-se, aqui, tal **interpretação inconstitucional** desse dispositivo, segundo a qual as garantias que constituam as ditas operações externas de natureza financeira – chamadas, coloquialmente, de soberanas, que exigem autorização do Senado Federal e só podem ser levadas a efeito, na dicção

constitucional, se “de interesse da União” (CF, art. 52, V) – subsistem à desestatização da Eletrobras.

Daí se depender, na espécie, do emprego de **interpretação conforme** como **técnica de decisão** (Lei Federal nº 9.868/1999, art. 28, parágrafo único), a fim de, primeiro, excluir referida possibilidade semântica do programa normativo do artigo 12 da MP nº 1.031/2021 e, depois, determinar seu único sentido compatível com a Constituição.

No ensejo, a **polissemia** a se afastar resulta de que o permissivo legal em questão compreende a manutenção, após a desestatização da Eletrobras, de garantias prestadas pela União tanto no âmbito interno – a respeito das quais não há qualquer condicionante constitucional –, quanto externo, estas últimas, porém, que, diferente daquelas, atrelam-se, segundo à Constituição, ao *interesse* da União que, com a desestatização, perece.

Em última análise, a pretensão deduzida nesta ação direta, pois, é a de “fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa” (ADI nº 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, em 29/06/2012), sem, contudo, fulminar o texto do dispositivo do ato normativo impugnado (MP nº 1.031/2021, art. 12).

2.4.1. Da violação ao artigo 52, V, da Constituição

Sustentar essa tese reclama, antes, a **interpretação autêntica**⁶ do inciso V do artigo 52 da Constituição, fixando a moldura jurídica a servir de **norma de referência** para o controle de constitucionalidade ora suscitado – ou, para usar o

⁶ Vide KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2012, p. 390.

vocabulário da **metódica estruturante**, estabilizar o âmbito de regulamentação necessário para sua **concretização constitucional**⁷.

De antemão, é preciso esclarecer que a noção de “*operações externas de natureza financeira*” (CF, art. 52, V), consectário lógico da competência material exclusiva da União de “*fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito*” (CF, art. 21, VIII), é de **dignidade constitucional**, sendo desconhecido da legislação financeira.

Conquanto seja de conteúdo indeterminado, o conceito jurídico em referência compõe suficientemente as linhas gerais do gênero que acolhe tanto as “*operações de crédito externo*” (CF, art. 52, VII) quanto a “*garantia da União em operação de crédito externo*” (CF, art. 52, VIII), cujos limites – globais, no primeiro caso – e condições também cabe ao Senado Federal fixar.

Não há, todavia, que subsumi-lo à competência do Congresso Nacional para *dispor* sobre crédito público com a sanção do Presidente da República (CF, art. 48, II), portanto, estabelecendo o tratamento do regime geral do endividamento público, reservado à lei em sentido material (CF, art. 48, II), de estatura complementar (CF, art. 163, I, II e III). Nesse sentido, diz **Cesar Pereira**:

Por outro lado, com exceção do inciso V, as competências do Senado Federal são eminentemente normativas. Apenas em relação às operações externas é que o Senado detém competência para praticar atos concretos de autorização (que é, por definição, prévia), sempre à luz de interesses de transcendência nacional. Nos outros campos, não se concebe que o Senado pretenda formular juízo de

⁷ Vide MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

oportunidade ou conveniência sobre as operações de crédito de interesse dos Estados, Distrito Federal e Municípios.⁸

Da própria Constituição, pois, se obtêm os elementos mínimos para decodificar seu texto em matéria de crédito público. Como afirma o Ministro Aposentado **Eros Roberto Grau**, “*não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*”, de sorte que, “*o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido **no contexto do sistema**, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional*”⁹.

Segue disso que a **regra de competência** do inciso V do artigo 52 da Constituição também discrimina com precisão o critério para autorização de tais operações externas de natureza financeira, a saber, que sejam elas “*de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios*”. Significa, a *contrario sensu*, ser vedada tanto a autorização de operação de crédito quanto a de garantia da **União se de interesse privado**.

Nesse sentido, remete-se, desde logo, ao comentário do ilustre **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, de que “[a]o se referir a ‘operações externas de natureza financeira de **interesse da União, dos Estados**’ etc., a Constituição engloba na exigência que formula também os entes da administração indireta ou descentralizada de todos os entes federativos”¹⁰.

⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O Endividamento Público na Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 55.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Aplicação do Direito*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 86.

¹⁰ Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira 1988*. V. I. São Paulo, Saraiva,, 1997, p. 313.

Há que se distinguir, portanto, as autorizações, passadas pelo Senado Federal com base no inciso V do artigo 52 da Constituição, para garantia de operação de crédito externo, de natureza financeira, à Eletrobras, dadas, nessa medida, exclusivamente pelo interesse da União, pois, como sabido, até então era ela a controladora da nominada estatal prestadora de serviço público de geração de energia elétrica.

Não poderia se conduzir a conclusão diversa, pois no paradigma político-econômico adotado pela Constituição, não há espaço para a instituição de estatais para obtenção de lucro (**interesse privado**), senão para atender à coletividade, seja na prestação de serviços públicos (CF, art. 175) ou na exploração de atividade econômica, por imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (CF, art. 173).

A lógica da atuação empresarial do Estado segue racionalidade peculiar, sendo que o fenômeno chamado, na experiência comparada, de *fuga para o Direito Privado*¹¹, através da utilização de formas jurídicas desse ramo, no lugar do Direito Público, não degenera a ligação intestina do ente federativo com a empresa pública ou a sociedade de economia mista que institui. A propósito:

Em perfeita consonância com o que afirmamos, **as empresas estatais são instrumentos da ação estatal. São veículos utilizados pelo Estado para a realização de suas atividades fundamentais.** Tradicionalmente, em razão da natureza jurídica de Direito privado das empresas estatais – tema que será pormenorizadamente tratado adiante –, entende-se que a tais entidades cabe a exploração de atividades econômicas, sejam elas qualificadas como serviços públicos ou não.

¹¹ Vide ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra, Almedina, 1999.

Sendo assim, a função precipuamente atribuída às empresas estatais está diretamente associada à exploração de uma atividade econômica, seja qualificada legalmente como um serviço público ou não. De toda forma, sempre a atuação das empresas estatais presta-se a realizar funções atribuídas ao Estado.¹²

Não bastasse a Eletrobras integrar, por definição, a administração indireta da União, o serviço público fornecido por ela se dava mediante concessão de sua titularidade (CF, art. 21, XII, “b”, e Lei Federal nº 9.074/1995, art. 4º), o que reforça a nota ainda maior de relevância do interesse público do ente nacional exigido para fins do inciso V do artigo 52 da Constituição.

Qualquer **garantia soberana** prestada pela União não se sujeita, pois, somente às disposições de contrato acessório ao celebrado, no plano internacional, pela Eletrobras, ou à lei de regência nele convencionada, mas, prioritariamente, também à Constituição, na medida em que submetida à autorização legislativa, prévia e específica, do **Senado Federal**, no exercício de competência privativa, “*de interesse*” *de ente federativo* (CF, art. 52, V).

Em que pese, portanto, ao artigo 12 da MP nº 1.031/2021 autorizar a manutenção de garantia prestada pela União, indistintamente – ou seja, sem a ressalva das garantias soberanas –, sua **interpretação conforme** ao inciso V do artigo 52 da Constituição implica reconhecer como defeso à União manter a respectiva operação externa de natureza financeira havendo a desestatização da Eletrobras, pelo perecimento do interesse estatal.

¹² SCHIRATO, Vitor Rhein. *As Empresas Estatais no Direito Administrativo Atual*. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 54-55.

Em suma, a perda da condição de estatal pela Eletrobras, através de aumento de capital previsto na MP nº 1.031/2021, substituiu o interesse público pelo privado, subvertendo o permissivo do inciso V do artigo 52 da Constituição, a implicar a necessidade de restringir o único sentido possível do dispositivo questionado, afastando sua incidência sobre as operações externas de natureza financeira autorizadas pelo Senado Federal.

2.4.2. Da violação ao princípio republicano (CF, art. 1º)

Os dispositivos impugnados nesta parte também atingem um alicerce ainda mais profundo da Constituição, o **princípio republicano** (CF, art. 1º e 34, VII, “a”), cujo núcleo essencial repousa na noção fundamental de separação entre a coisa pública e a privada, como bem preleciona **Daniel Sarmento**:

A república exige clara separação entre a coisa pública e o domínio privado, com a garantia de impessoalidade, transparência e controle na gestão da res publica. Os agentes do Estado não cuidam do que é seu, mas de toda a coletividade. Por isso, não podem se relacionar com a coisa pública do mesmo modo como lidam com seus assuntos e interesses particulares, submetendo-os aos seus desejos e preferências pessoais.¹³

Da *dimensão institucional*¹⁴ do **princípio republicano** se edifica a **indisponibilidade do interesse público**, informativa de qualquer atividade estatal, pelo que “*cabe à lei captar e identificar um determinado interesse geral para*

¹³ SARMENTO, Daniel. *O Princípio Republicano nos 30 anos da Constituição de 88*. Revista da EMERJ, v. 20, n. 3, p. 296-318, 2018, p. 310.

¹⁴ Vide ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *La Dimensión Institucional del Derecho y La Justificación Jurídica*. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, p. 115-130, 2001.

defini-lo e guindá-lo a interesse público e, com isso, priorizar, em certas condições, o seu atendimento prioritário, mesmo com o sacrifício total ou parcial de outros interesses”¹⁵.

Quando a Constituição compete ao **Senado Federal** autorizar operação externa de natureza financeira “**de interesse**” dos entes federativos (CF, art. 52, V), emprega tal expressão porque o endividamento público, como na hipótese dos empréstimos externos e de concessão de garantia soberana, deve constituir uma **estratégia de desenvolvimento** através da ampliação das oportunidades de financiamento das atividades estatais¹⁶.

Essa preocupação elementar com as necessidades da coletividade – ainda mais em se tratando de prestação de serviços públicos, como na espécie (geração de energia elétrica) – informa o inciso V do artigo 52 da Constituição pelo **princípio da indisponibilidade do interesse público**, para a realização do modelo de bem-estar do **Estado Democrático de Direito** (CF, art. 1º).

Por isso mesmo as empresas estatais estão acertadamente contidas no conceito de “**interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios**” (CF, art. 52, V), pressuposto da autorização para operação externa de natureza financeira, apesar de, por definição dogmática, já integrarem inevitavelmente a administração indireta.

Esse **componente axiológico**, em conformidade ao que reclama o inciso V do artigo 52 da Constituição, é sobremaneira assinalado nas estatais porque elas não buscam lucro (interesse privado), mas **economicidade (interesse**

¹⁵ SOUZA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 95.

¹⁶ ARELLANO, Luís Felipe Vidal. *Teoria Jurídica do Crédito Público e Operações Estruturadas*. São Paulo, Blucher, 2020, p. 31-35.

público), o que resulta da *raison d'être* que lhes atribui diretamente o texto constitucional, como se colhe na melhor doutrina de Direito Econômico:

A empresa estatal existe para cumprir a Constituição. Qualquer outro objetivo ou interesse que se coloque diante desse objetivo deve ser juridicamente afastado. A Constituição traz comandos e concretizá-los é a principal manifestação do interesse público.

O interesse público (compreendido como concretização dos comandos constitucionais tais quais anteriormente reconstruídos: instrumentos para a superação do subdesenvolvimento mediante a vivificação da soberania econômica e da soberania popular) é critério jurídico retor geral para (i) a existência e (ii) a atividade das empresas estatais.

O interesse público a ser buscado pela empresa estatal criada para implementar política econômica com previsão Constitucional tem como critérios definidores, preenchedores de seu conteúdo, (i) o específico artigo Constitucional previsor da política econômica e (ii) sua coerência sistêmica com os artigos finalísticos da Ordem Econômica Constitucional (arts. 1º, 3º, 4º, 170, 193 e 219).¹⁷

A economicidade, diferente do lucro, orienta a realização do objeto social das estatais não só para a contraprestação econômica, mas, sobretudo, para o **desenvolvimento** econômico, político e social. Diferente disso, as empresas privadas – como passa a ser a Eletrobras após a MP nº 1.031/2021, ainda que concessionária de serviços públicos – carecem do aspecto público da **função social das empresas estatais** (CF, art. 5º, XXIII, e 170, II).

Quer dizer, a função social da Eletrobrás, enquanto estatal, vai além da mera contraprestação econômica pela prestação do serviço público de geração de energia elétrica, consistindo em dar consecução à **política pública de universalização** equitativa do acesso às necessidades essenciais da população,

¹⁷ OCTAVIANI, Alessandro *et al.* *Estatais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 64.

identificando-se com o interesse da própria União, a justificar seu interesse em operação externa de natureza financeira (CF, art. 52, V).

Em suma, impõe-se afastar a **interpretação inconstitucional** do artigo 12 da MP nº 1.031/2021, segundo a qual as garantias prestadas pela União à Eletrobras, mediante operação externa de natureza financeira autorizada pelo Senado Federal (CF, art. 52, V), ficam mantidas, como se ainda estivesse presente o interesse do ente federativo que a controlava, violando a indisponibilidade do interesse público inerente ao princípio republicano (CF, art. 1º).

3. Da medida cautelar

As alegações delineadas na causa de pedir perfazem os elementos que evidenciam a **probabilidade do direito** e a **urgência** (*periculum in mora*) a amparar prestação de **tutela cautelar** capaz de resguardar a higidez das disposições constitucionais afetadas pela MP nº 1.031/2021.

A **plausibilidade jurídica** ficou demonstrada pela sua inconstitucionalidade, seja formal, em ofensa ao devido processo legislativo (CF, art. 59, III, 62, *caput*) e à independência e à harmonia entre os Poderes (CF, art. 2º), bem como material, violando a obrigatoriedade de licitação para delegação de serviços públicos (CF, art. 175), a regra do artigo 52, V, da Constituição e o princípio republicano (CF, art. 1º).

Quanto à **urgência** (perigo de dano), de se consignar que, diverso do previsto na legislação processual civil (CPC, art. 300), a concessão de medida cautelar em ação direta não está condicionada necessariamente à ocorrência de

dano (CPC, art. 300), mas também à **relevância do pedido**¹⁸ e à **conveniência da medida**¹⁹.

Não poderia ser diferente em controle abstrato de constitucionalidade, pois não há lide nem situações jurídicas subjetivas a tutelar, de modo que o dano que se cogita, primordialmente, é a própria higidez constitucional do ordenamento jurídico, no que se insere o juízo de conformidade da MP nº 1.031/2021, ora suscitado.

A tutela da força normativa da Constituição, subvertidas pelos dispositivos impugnados, delineiam a relevância do pedido, sendo que a conveniência de medida cautelar, nos termos requeridos abaixo, também previne a indevida interferência do Poder Executivo sobre o Legislativo.

4. Do pedido

Pelo exposto, requer-se:

a) a **concessão de medida liminar**, para, até julgamento definitivo:

a.1) **suspender a eficácia:**

a.1.1) da MP nº 1.031/2021, por fraude ao pressuposto de urgência qualificada para sua adoção (CF, art. 62, *caput*);

a.1.2) dos artigos 2º, 3º, II, e 4º da MP nº 1.031/2021;

a.2) **conferir interpretação conforme** à Constituição do artigo 12 da MP nº 1.031/2021, para fixar que *não* ficam mantidas as

¹⁸ Vide ADI nº 400-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Red. Min. Marco Aurélio, em 22/11/1990.

¹⁹ Vide ADI nº 1.097-MC, Rel. Min. Moreira Alves, em 01/02/1995.

garantias concedidas pela União à Eletrobras e às suas subsidiárias que tenham constituído operação externa de natureza financeira de interesse da União autorizada pelo Senado Federal (CF, art. 52, V);

- b) a adoção do rito previsto no *caput* do artigo 12 da Lei Federal nº 9.868/1999, com a solicitação de informações do Presidente da República, bem como a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República;
- c) **no mérito**, a confirmação da liminar, declarando-se a inconstitucionalidade total da MP nº 1.31/2021 ou dos seus artigos 2º, 3º, II, 4º, da MP nº 1.031/2021, e a interpretação conforme do seu artigo 12, na forma requerida cautelarmente.

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 26 de fevereiro de 2021.

Lucas de Castro Rivas

OAB/DF nº 46.431