

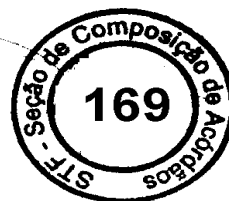
11/10/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
REQUERENTE(S) : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB
ADVOGADO(A/S) : GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 1971, 8.631, de 1993, 9.074, de 1995, 9.427, de 1996, 9.478, de 1997, 9.648, de 1998, 9.991, de 2000, 10.438, de 2002, e dá outras providências. 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: "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". 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 vislumbrava 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. 4. Medida cautelar indeferida, por maioria de votos.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, rejeitar a questão de ordem proposta pelo Relator e, por maioria de votos, indeferir a medida cautelar.

Brasília, 11 de outubro de 2006.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

04/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQUERENTE(S) : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB
ADVOGADO(A/S) : GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): O Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB e o Partido da Frente Liberal - PFL ajuízam, respectivamente, ações diretas de inconstitucionalidade contra a íntegra da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, que "Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências".

Na ADI ajuizada pelo PSDB, busca o autor demonstrar a relação entre o modelo de setor elétrico e o quadro constitucional existente antes e após a Emenda Constitucional nº 6. A idéia básica, defendida pelos autores, é a de que o atual arcabouço normativo do setor elétrico nacional constitui uma decorrência da Emenda Constitucional nº 6, que teria viabilizado "o novo ambiente

institucional e regulatório do setor elétrico brasileiro, baseado no investimento privado" (fl. 11).

A partir de tal argumentação, conclui o autor da ADI que qualquer alteração normativa na referida legislação configuraria regulamentação da matéria, objeto do § 1º do art. 176 da Constituição, conforme teria assentado esta Corte na ADI 2.005. A reforçar tal conclusão, aponta o seguinte excerto do voto do Ministro Pertence na ADI 2.005, *verbis*:

"A conexão entre si de todas as alterações trazidas ao sistema de eletricidade, antes fechado a empresas estatais, faz evidente a imbricação de todas as normas da medida provisória com a efetivação da abertura do setor ao capital privado, só autorizada pela alteração do art. 176, § 1º, da Constituição".

Tal conclusão serve ao argumento seguinte, em que o autor aponta a incidência do art. 246 da Constituição, a restringir a regulamentação da matéria via medida provisória.

Assim, afirma o autor que "a edição da Medida Provisória nº 144/03 colide com o fundamento determinante da decisão tomada no julgamento da ADI 2005-6", uma vez que "naquela assentada, o fundamento determinante fixado pelo Supremo Tribunal Federal foi o de que a legislação do setor elétrico estava amparada no § 1º do artigo 176 da Constituição Federal e, por essa razão, não poderia ser objeto de medida provisória, a teor do disposto no artigo 246 da Constituição Federal". (fl.17)

Assevera, ainda, que "desprezando tal decisão, a Medida Provisória nº 144/03 promove alterações nos mesmos diplomas legais que haviam sido alterados pela medida provisória impugnada na ADI 2.005-6."

Alegam-se, ainda, a ausência de relevância e a urgência para a edição da Medida Provisória impugnada.

Em seguida, a inicial ocupa-se com uma impugnação específica dos dispositivos da Medida Provisória 144.

A par da alegada violação ao art. 246, há impugnações específicas quanto à violação ao princípio federativo, ao princípio da defesa do consumidor, ao princípio do ato jurídico perfeito, e ao princípio da reserva legal.

O pedido de cautelar está assim fundamentado:

"A concessão de medida cautelar à presente ação direta de inconstitucionalidade, consoante autorizado pelo artigo 10 da lei 9.868/99, é medida que se impõe.

Com efeito, a par do *fumus boni iuris* evidenciado nas razões acima ventiladas, acentuado pelo desrespeito, de forma manifesta, à decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.005-6/DF, verifica-se, na espécie, patente perigo na demora da prestação jurisdicional ora pleiteada, com a postergação da vigência da medida provisória sob comento.

Isso porque a medida provisória, intitulada na mídia como "Novo Modelo para o Setor Elétrico", dada a profundidade e abrangência das mudanças, demandará extensos estudos e muitas alterações nas rotinas contábeis, fiscais, comerciais e societárias das empresas do setor elétrico brasileiro, bem como no **dispêndio de valores para a criação e custeio das novas entidades que menciona e na nova destinação e forma de arrecadação de encargos próprios do setor.**

Destarte, a sua não extirparção imediata do mundo jurídico implicará graves prejuízos e outros efeitos danosos absolutamente irreversíveis, quando no futuro tiver a sua vigência suspensa em virtude do

reconhecimento, no mérito da presente ação, dos vícios apontados.

De fato, diversas implicações da medida são imediatas, independentemente de sua regulamentação. É o caso da determinação da separação da atividade de distribuição das atividades de geração e transmissão pelo artigo 8º da medida provisória que conferiu nova redação ao art 4º da Lei nº 9.074, de 1995.

A medida provisória em tela, em seu artigo 14, determina que a separação das atividades deve ser concluída no prazo de 12 meses da publicação da medida provisória. A determinação, considerando seu prazo, já demanda imediatas providências por diversas distribuidoras como a Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG, Light Serviços S/A - LIGHT, Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL, entre outras. A medida exige a cisão empresarial para o seu cumprimento, a qual, por sua vez, demanda, necessariamente, o processo de desincorporação de ativos e capital, a aprovação da criação de nova empresa no caso de estatais.

Dessa feita, iniciados ou finalizados tais procedimentos para a cisão das empresas, **com relevantes custos e repercussões comerciais** associados, o superveniente julgamento do mérito da presente ação -- no qual associa certamente se concluirá pelo desrespeito do ato do Presidente da República à Constituição Federal e à precedente decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade - implicará a necessidade de reversão de todos os procedimentos aludidos, cujos enormes custos - prejuízos acarretados às empresas do setor - senão irreversíveis, serão ao menos de árdua

reversão e provocarão implicações gravosas para todo o setor elétrico.

Ademais, a medida provisória **autoriza a criação de nova empresa para exercer importante papel institucional em um novo modelo** para o setor - a Câmara de Comercialização de Energia, CCEE. No ponto, igualmente, uma vez constituída referida empresa, a ulterior suspensão da vigência da Medida Provisória nº 144/2003 acarretará significativos prejuízos aos agentes setoriais.

A medida provisória também prevê, no § 1º de seu artigo 5º, o prazo máximo de noventa dias para a constituição e efetiva operação da CCEE, com a conseqüente extinção do MAE, o que será de difícil ou impossível reversão.

Ainda quanto ao *periculum in mora*, impende salientar que a medida provisória em apreço gera a imediata paralisia do setor. O anterior anúncio de um novo modelo para o setor já vinha produzindo efeitos nesta direção. Com a edição da medida provisória veiculadora do novo modelo, entretanto, constatou-se que muito mais do que definir novas diretrizes e regras para o setor elétrico, a medida transfere competências para o Executivo.

Notoriamente, transfere, em frontal desrespeito aos artigos 22 e 48 da Carta Magna, competências do Congresso Nacional, as quais passam a ser exercidos pelo Poder Executivo, o qual passa a deter todo o poder de estabelecer regras e diretrizes, mediante a regulamentação da medida provisória.

Dessa feita, a medida provisória sob comento concretiza a total paralisia da comercialização de energia e inibe fortemente o ingresso de novos investimentos no setor. O próprio caráter provisório

da medida inibe tais investimentos, com forte característica de longo prazo de retorno, superior a dez anos.

No tocante a este último efeito, relevante apontar, ainda, a existência de uma lacuna quanto ao exercício das atribuições ínsitas ao Poder Concedente. Antes delegado à ANEEL, por meio de um conjunto de regras já estabelecidos e em funcionamento, a medida provisória, ao retirar aludidas atribuições da agência reguladora do setor, coloca todo o mercado no aguardo de regulamentação que permita a operacionalização do exercício das atividades do Poder Concedente, retardando investimentos.

Presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, exsurge imperiosa a concessão da medida cautelar ora pleiteada, para suspender a vigência da Medida Provisória nº 144/03 até o julgamento final da presente ação, a fim de evitar graves danos aos agentes do setor elétrico, bem como aos cidadãos brasileiros que exigem uma retomada imediata do crescimento da economia do País, com uma confiável e maior oferta de energia." (fls. 34-38)

Postulam-se a concessão de liminar e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º a 21 da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003.

Proferi, na ADI 3.090, o despacho de fls. 115-118, em que requisitei as informações presidenciais, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.868, de 1999.

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República prestou as informações (fls. 122-193), e os autos vieram conclusos.

Na ADI 3.100, ajuizada pelo PFL, que também tem por objeto a integralidade da MP 144, a par de argumentos que se aproximam das impugnações trazidas na ADI 3.090, alega-se a inconstitucionalidade do ato (1) na parte em que promove alterações na disciplina do ONS, (2) na parte em que extingue o MAE, e (3) na parte em que impõe o uso da arbitragem para a solução de conflitos. Alega-se, ainda, o efeito vinculante da decisão proferida na ADI 2.005.

Na ADI 3.100, distribuída no recesso, foram colhidas as manifestações do Advogado-Geral da União, defendendo o ato, e do Procurador-Geral da República, que opina pelo indeferimento da cautelar.

É o relatório.

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL**V O T O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Inicialmente, afasto a preliminar suscitada nas informações, no sentido de que a inicial não estaria devidamente fundamentada. Da leitura da inicial verifica-se que o autor da ação cumpriu o dever básico de oferecer razões para as impugnações.

Relevância e urgência

Quanto aos requisitos de relevância e urgência, não vejo plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade.

Registro, especialmente, que o setor elétrico possui uma singularidade que não pode ser ignorada em eventual juízo quanto à urgência de sua regulamentação via medida provisória. É notório que, via de regra, a implementação de empreendimentos no setor elétrico envolve elevados custos, grande planejamento e, sobretudo, uma execução demorada. Assim, quando o Poder Público vislumbra qualquer perspectiva de pane no sistema nos anos futuros, alternativa outra não há senão a de agir imediatamente. Ou seja, no que toca à disciplina do setor elétrico, não são cabíveis os critérios ordinários para a aferição de urgência.

Violação ao art. 246

No que toca à impugnação baseada na restrição imposta pelo art. 246 da Constituição à edição de medidas provisórias, o autor invoca o precedente firmado por esta Corte, em sede de cautelar, na ADI 2005. O objeto da ADI 2005 era a Medida Provisória nº 1.819, de 30 de abril de 1999, que alterava dispositivos legais relacionados à regulamentação do setor elétrico. O precedente da ADI 2005 é de maio de 1999.

Quanto à alegada violação ao art. 246, o contra-argumento que consta nas informações inicia-se com a invocação do precedente de abril de 1997, firmado em cautelar na ADI 1518, da relatoria do Ministro Octávio Gallotti. Salvo engano, trata-se do primeiro julgado em que esta Corte enfrentou a aplicação do art. 246.

Ao apreciar o pedido de liminar na ADI 1518, a Corte, na linha do Ministro Relator, Octávio Gallotti, afastou-se da exegese literal do art. 246. Consta do voto de Galloti:

"Não pensó, além disso - e também a um primeiro exame - que se deva encarar, com a estreiteza literal que lhe empresta a bem lançada petição inicial, a restrição erigida, ao uso de medidas provisórias com força de lei, pelo art. 2º da Emenda nº 7, reproduzida na de nº 8, ambas acrescentando o art. 246 nas Disposições Constitucionais Gerais.

Comporta esse dispositivo, segundo penso, o sentido e a finalidade lógica de excluir, do campo de atuação das medidas provisórias, a regulamentação destinada a dar eficácia às inovações constitucionais porventura introduzidas, não a estratificar a disciplina anteriormente existente para determinada instituição, impedindo a sua atualização e aprimoramento nos limites que já autorizava, originariamente, a Constituição, hipótese que aparenta ser, no caso, a configurada pelas normas impugnadas na presente ação." (g.n.)

Embora tendo ressalvado tratar-se de um primeiro exame da matéria, a passagem transcrita demonstra que o eminente Ministro teria optado por interpretação que atenua o rigor literal do art. 246 da CF/88¹.

De qualquer sorte, é necessário registrar que no julgamento da liminar na ADIn nº 1.518, outro aspecto, de índole formal, parece ter sido significativo: A Emenda Constitucional nº 14, que alterava o § 5º do art. 212 da Constituição, só entraria em vigor em primeiro de janeiro de 1997. Ou seja, o dispositivo impugnado teria regulamentado o texto do § 5º em sua redação anterior à Emenda nº 14/96. Nesse sentido, cabe transcrever o início do voto vencedor do Ministro Octávio Gallotti:

"De acordo com o que estabelece o seu art. 6º, está destinada, a Emenda Constitucional nº 14, de 1996, a vigorar a 1º de janeiro do ano subsequente ao da promulgação, ou seja, somente a partir de 1997.

Não pode, portanto, ser tida, essa Emenda, como objeto de regulamentação de uma Medida Provisória publicada, para vigência imediata, em 20 de setembro de 1996, como sucede com a de nº 1.518, ora atacada."

Tal aspecto, que também constitui fundamento determinante para a conclusão a que chegou o Tribunal em sede de cautelar, demonstra que a ADI 1518 não constitui um precedente definitivo, e tampouco exaustivo, quanto à interpretação do art. 246.

¹ Vale observar que naquele julgamento, onde a liminar restou indeferida, houve divergência de dois ministros (estavam presentes na sessão os seguintes ministros: Celso de Mello (Presidente), Moreira Alves, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Ficaram vencidos os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que deferiam o pedido de liminar integralmente).

Considero, todavia, relevante a idéia contida no voto do relator, a afastar uma interpretação por demais literal daquele dispositivo de exceção.

Mas há outros precedentes relacionados ao tema, alguns deles especificamente pertinentes à presente discussão, qual seja a regulamentação do setor elétrico por meio de medidas provisórias.

Após o precedente da ADI 1.518, esta Corte teve outras oportunidades para aplicar a norma do art. 246. Em duas delas cuidou especificamente de atos relacionados ao setor elétrico.

Na ADI 1597, ajuizada pelo PT, PSB e PDT, impugnava-se o art. 1º da Medida Provisória 1481-48, de 1997, na parte em que alterava o art. 13 da Lei 8031, de 1990 (que criou o Programa Nacional de Desestatização). A redação trazida pela MP era a seguinte:

"Art. 13. A alienação de ações de pessoas físicas ou jurídicas poderá atingir cem por cento do capital votante, salvo disposição legal ou manifestação expressa do Poder Executivo, que determine percentual inferior."

Alegavam os partidos autores da ação direta violação aos arts. 176, § 1º, e 246, ambos da Constituição. No julgamento da cautelar, após intenso debate, a Corte conferiu interpretação conforme ao dispositivo impugnado para afastar do seu campo de incidência a alienação de sociedades de economia mista dedicadas às atividades enquadradas no § 1º do art. 176 da Constituição. (ADIMC 1597, Rel. Min. Néri da Silveira, Redator para o Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Julgamento em 19.11.1997, DJ 19.12.2002)

Posteriormente, na ADI(MC) 2005, adotou o Tribunal interpretação bastante rigorosa do art. 246. Cuidava-se de Ação Direta ajuizada contra a Medida Provisória 1.819-1, de 1999.

No exame da cautelar na ADI 2005, o Tribunal acabou por concluir que toda a matéria disciplinada pela MP 1.819 estaria relacionada ao art. 176, § 1º, e que portanto estaria a violar a restrição imposta pelo art. 246. A propósito, registre-se a conclusão do voto complementar do Ministro Néri:

"Com efeito, toda a disciplina deles resultante concerne a matéria que se enquadra como as demais analisadas em meu voto inicialmente proferido, no âmbito do art. 176, § 1º, da Constituição, com a disciplina da Emenda Constitucional nº 6, de 1995."

Na mesma linha a posição do Ministro Jobim, *verbis*:

"Os artigos e a legislação toda mencionada na medida provisória em exame dizem respeito, de uma forma direta ou indireta, ao conjunto do sistema elétrico brasileiro no que diz respeito não só a sua exploração como também a todos os mecanismos internos do sistema elétrico.

Parece-me evidente que tem razão o relator no sentido de que essa matéria está toda compreendida na regra do § 1º do art. 176 e, portanto, sofre a incidência do art. 246. Não pode ser tratada por medida provisória."

Por fim, asseverou o Ministro Pertence:

"A conexão entre si de todas as alterações trazidas ao sistema de eletricidade, antes fechado a empresas estatais, faz evidente a imbricação de todas as normas da medida provisória com a efetivação da



abertura do setor ao capital privado, só autorizada pela alteração do art. 176, § 1º, da Constituição."

Mas há, ainda, outro precedente significativo sobre o tema.

Refiro-me à ADI(MC) 2473, da Relatoria do Ministro Néri da Silveira. Nesse julgado, de setembro de 2001, eram impugnadas disposições da MP 2152-2, de 1º de junho de 2001, ato editado para fazer frente à crise de energia. A par do exame da constitucionalidade de vários outros dispositivos, a Corte entendeu por conferir interpretação conforme à Constituição para excluir do âmbito normativo do art. 26 da MP os potenciais de energia hidráulica.

Cabe aqui registrar o teor do referido art. 26:

"Art. 26. Não se aplicam as Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no que conflitarem com esta Medida Provisória e com as decisões da GCE".

Analisando tal preceito, asseverou o Ministro Néri da Silveira:

"Quanto ao art. 26, da Medida Provisória nº 2152, em determinando a não-aplicação das Leis nºs 8.987, de 1995 e 9.427, de 1996, no que conflitarem com essa Medida Provisória e com as decisões da GCE, dou interpretação conforme para deferir, em parte, a cautelar.

De fato, não podem a Medida Provisória ou a GCE, por via de delegação, dispor normativamente, de molde a afastar, pura e simplesmente, a aplicação de leis que

se destinam à disciplina da regra maior do art. 176, § 1º, da Constituição, no que concerne a potencial hidráulico. De fato, esse dispositivo resultante da Emenda Constitucional nº 6, de 15.8.1995, não pode ser objeto da disciplina por medida provisória, a teor do art. 246 da Constituição. Nesse sentido o Plenário decidiu múltiplas vezes, a partir da decisão na ADI 2005."

Feitos tais registros, a demonstrar a evolução da jurisprudência da Corte sobre o tema, e dentro dos lindes deste exame de cautelar, considero que há plausibilidade do direito invocado quanto à ofensa ao art. 246 da Constituição.

Penso que o entendimento firmado na ADI(MC) 2473 possui uma precisão e uma clareza maior que a exegese firmada na ADI 2005, uma vez que na ADI 2005 não houve ressalva quanto à geração de energia decorrente da exploração de potenciais não hidráulicos. De fato, em um primeiro exame do disposto no art. 176, § 1º, da Constituição, no que toca às fontes de energia, vê-se apenas uma referência expressa aos potenciais de energia hidráulica, e não às demais fontes.

Nesse exame de cautelar, não me parece cabível, portanto, uma interpretação tão restritiva como aquela da ADI 2005. Tenho como aplicável ao caso, todavia, o precedente da ADI 2473, uma vez que o considero mais consentâneo com a regra do art. 176, § 1º, da Constituição, na redação da Emenda nº 6, em sua conjugação com o art. 246. Houve, com a Emenda Constitucional nº 6, uma alteração substancial na moldura do setor elétrico brasileiro. De um sistema baseado na ampla intervenção estatal passamos a um novo paradigma, voltado ao investimento privado e às regras de mercado, com uma atuação do Estado em posição outra, especialmente como agente regulador. E na tarefa de concretizar a nova decisão constituinte foram editadas inúmeras normas, que acabaram por conformar um ambiente legislativo inconfundível com o anterior. É evidente, nessa

evolução constitucional e legislativa, uma correlação necessária e inafastável entre as normas legais do setor elétrico e a inovação da Emenda nº 6. Lembre-se, sobretudo, que a regra do art. 246 surge justamente na Emenda nº 6, tendo sido reproduzida na Emenda nº 7, também de 1995.

Assim, considerando os precedentes firmados pela Corte nas ADI's 2005 e 2473, e considerando que o art. 176, § 1º, da Constituição, foi objeto de substantiva alteração pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, tenho como aplicável ao caso a restrição do art. 246.

Todavia, na linha do referido precedente da ADI 2473, tendo em vista a possibilidade de aplicação de preceitos da Medida Provisória às fontes outras de produção de energia, considero adequada a adoção de interpretação conforme a Constituição para afastar a incidência da Medida Provisória no que concerne a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia.

Sobre o alegado excesso no exercício do poder regulamentar

Há um outro aspecto que chama a atenção nesta Medida Provisória, relativo às disposições que conferem poder regulamentar ao Executivo.

Não há dúvida de que a questão relativa aos limites do poder regulamentar assume extraordinária relevância em sistemas que, como o nosso, restringem a delegação de poderes.

A Constituição Federal erigiu o princípio da independência e harmonia entre os poderes como pedra de toque do ordenamento constitucional (art. 2º) definindo as diversas funções e impondo a sua estrita observância pelos Estados-membros (CF, art. 34, IV, art. 44 e ss., art. 76 e ss., e art. 92 e ss.). E, além de dispor explicitamente sobre as atribuições dos diferentes poderes, instituiu o constituinte no art. 5º, II, o regime da "necessidade de

lei", segundo o qual "nenhuma manifestação estatal, judiciária ou administrativa lhe pode suprir a ausência, seja nos casos constitucionalmente explícitos, que se requer, seja para criar obrigação dever, encargo ou ônus para os súditos do Estado" (Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, 1982, p. 37; Geraldo Ataliba, *Liberdade e Poder Regulamentar*, revista de Informação Legislativa nº 66, p. 46; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, 1981, pp. 86/87; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1 de 1969, 1974, tomo V, p. 2). Não há, pois, que se cogitar, entre nós, de amplo poder residual que possa ser reconhecido ao Executivo, não se compatibilizando o nosso ordenamento com cláusula semelhante à adotada pelo art. 37, da Constituição Francesa de 1958 ("Revestem-se de caráter regulamentar todas as matérias que não sejam do domínio da lei").

Cumpra ressaltar, outrossim, que, no sistema constitucional brasileiro, o poder regulamentar reconhecido ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, IV) limita-se à expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução da lei, não sendo, como regra geral, admissível a edição dos chamados regulamentos autônomos ou independentes. A exceção foi estabelecida com a Emenda 32, que alterou o referido art. 84, IV, permitindo que o Presidente edite decretos autônomos em hipóteses restritas.

E a fórmula geral, constante do art. 84, IV, da Constituição, reflete a tradição constitucional brasileira. De forma idêntica dispuseram a Constituição de 1891 (art. 48, 1º), a Constituição de 1934 (art. 56, 1º), a Carta de 1937 (art. 74, a) e a Constituição de 1946 (art. 87, I), e 1967/69 (art. 81, III). A Carta do Império, por seu turno, não estabeleceu orientação diversa, ao consagrar a atribuição do Imperador, para, através dos Ministros de Estado, "expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis" (art. 102, XII). A propósito, continua inexcedível o magistério de Pimenta Bueno, também referido por João Barbalho (*Constituição Federal Brasileira*, 1924, p. 250), **verbis**:

"Do que temos exposto, e do princípio também incontestável, que o poder executivo tem por atribuição executar, e não fazer a lei, nem de maneira alguma alterá-la, segue-se evidentemente que ele cometeria grave abuso em qualquer das hipóteses seguintes:

1º) Em criar direitos, ou obrigações novas não estabelecidos pela lei, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições, uma usurpação do poder legislativo, que só poderá ser tolerada por câmaras desmoralizadas. Se assim não fora, poderia o governo criar impostos, penas ou deveres, que a lei não estabeleceu, teríamos dois legisladores e o sistema constitucional seria uma verdadeira ilusão.

2º) Em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela, para manter os direitos e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele.

3º) Em ordenar, ou proibir o que ela não ordena, ou não proíbe, porquanto dar-se-ia abuso igual ao que já notamos no antecedente número primeiro. E demais, o governo não tem autoridade alguma para suprir, por meio regulamentar, as lacunas da lei e mormente do direito privado, pois que estas entidades não são simples detalhes, ou meios de execução. Se a matéria como princípio é objeto de lei deve ser reservada ao legislador; se não é, então não há lacuna na lei, sim objeto de detalhe de execução.



4º) Em facultar, ou proibir, diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria esta de ser diferente, quando a obrigação do governo é de ser em tudo e por tudo fiel e submisso à lei.

5º) Finalmente, em extinguir ou anular direitos ou obrigações, pois que um tal ato equivaleria à revogação da lei que os estabelecera ou reconhecera; seria um ato verdadeiramente atentatório.

O governo não deve por título algum falsear a divisão dos poderes políticos, exceder suas próprias atribuições, ou usurpar o poder legislativo.

Toda e qualquer irrupção fora destes limites é fatal, tanto às liberdades públicas, como ao próprio poder." (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, 1978, pp. 234/235).

É da nossa tradição constitucional, portanto, admitir o regulamento apenas como ato normativo secundário, subordinado à lei, não podendo expedir comandos "contra", "extra", **praeter** ou **ultra legem**, mas tão-somente **secundum legem**. A diferença entre a lei e o regulamento, no Direito brasileiro, não se limita, pois, à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão-somente fixa as "regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada" (O. A. Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, 1969, pp. 314 e 316; Pimenta Bueno, Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, 1978, 233/236; João Barbalho, Constituição Federal Brasileira, cit., p. 250; Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº I, de 1969, tomo III, 1973, pp. 314 e 316; Vicente Rao, O

Direito e a Vida dos Direitos, Vol. I, tomo II, 1976, p. 269; Francisco Campos, Parecer, RDA 72, pp. 398-399; Geraldo Ataliba, Poder Regulamentar do Executivo, RDP 57, pp. 58-196; Celso Antônio Bandeira de Mello, Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, 1981, p. 90; Fernando Henrique Mendes de Almeida, Observações sobre o Poder Regulamentar e seus Abusos, RT 279, pp. 28-29; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira, 1983, p. 372; Michel Temer, Elementos de Direito Constitucional, 1982, p. 178; José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 1984, p. 571; Carlos Mário Velloso, Do Poder Regulamentar, RDP 65, p. 41; Roque Antônio Carraza, O Regulamento do Direito Tributário Brasileiro, 1981, pp. 12/13; Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 1984, pp. 138/139).

Não há negar que, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, a generalidade e o caráter abstrato da lei permitem particularizações gradativas quando não objetivam a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer (op. cit. p. 93). Disso resulta, não raras vezes, margem de discricção administrativa a ser exercida na aplicação da lei. Não se há de confundir, porém, a discricionariiedade administrativa atinente ao exercício do poder regulamentar com delegação disfarçada de poder. Na discricionariiedade, a lei estabelece previamente o direito ou dever, a obrigação ou a restrição, fixando os requisitos de seu surgimento e os elementos de identificação dos destinatários. Na delegação, ao revés, não se identificam, na norma regulamentada, o direito, a obrigação ou a limitação. Estes são estabelecidos apenas no regulamento (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. pp. 98/99; Carlos Mário Velloso, art. cit., RDP 65, p. 46; Pontes de Miranda, op. cit., p. 312).

Não há dúvida de que seriam inócuas as disposições constantes da Constituição, especialmente no art. 5º, II e 84, IV, se fosse admissível a ampliação, por ato legislativo, dos limites prescritos ao poder regulamentar. Nesse sentido, preleciona Pontes de Miranda, **verbis**:



"O poder de regulamentar não deriva de delegação legislativa; não é o Poder Legislativo que o dá ao Poder Executivo. Legislar e regulamentar leis são funções que a Constituição pôs em regras de competência de um e outro poder. A delegação legislativa em princípio é proibida. Se o Poder Legislativo deixa ao Poder Executivo fazer lei, delega; o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alteram as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada. Fora daí, espíritos contaminados pelo totalitarismo de fonte italiano-alemã pretenderam fazer legítimas, de novo, as delegações legislativas, que a Constituição de 1946, no art. 36, § 2º, explicitamente proibiu. Na Constituição de 1967, o art. 6º, parágrafo único, 1ª parte, também as veda, mas admite a lei delegada (arts. 52 e parágrafo único, 53 e 54)".

Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto de editar decretos para a sua fiel execução, ou regulamentos concernentes a elas, nem tal atribuição pode provir de permissão ou imposição legal de alterar regras legais, ou estendê-las, ou limita-las. Somente se admite que o Poder Executivo aplique a lei, se a incidência não é automática, ou proceda à verificação e cálculos em que nenhum arbítrio lhe fique. Onde o Poder Executivo poderia dizer 2, ou dizer 3, há delegação de poder. Onde o Poder Executivo poderia conferir ou não conferir direitos, ou só os conferir segundo critério seu ou parcialmente seu, há delegação de poder." (Op. cit. pp. 312-313).



Esclarece ainda o insigne Mestre que o regulamento "vale dentro da lei; fora da lei, a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica. Se a lei fixou prazo, ou estabeleceu condição, não pode alterá-la o regulamento." (Op. cit., p. 316).

Dentro desse raciocínio, há delegação indevida, quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição. Explicitando este entendimento, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello que "inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada", verificando-se inovação proibida toda vez que não seja possível "afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada". (Op. cit., p. 98).

Faz-se mister reconhecer que, nos modelos constitucionais que vedam ou restringem a delegação de poderes, desenvolvem-se normalmente fórmulas atenuadoras do rigorismo, seja através do exercício ampliado do poder regulamentar, seja por via das chamadas autorizações legislativas. A propósito, assevera Bernard Schwartz que, no Direito Constitucional americano, mostra-se acentuada a prática da delegação mediante autorização legislativa, exigindo-se, porém, o estabelecimento de limites e padrões ("standards") atinentes à faculdade a ser exercida (Direito Constitucional Americano, trad. bras., pp. 34 e 349/354).

Nesse sentido, observa Schwartz, que:

"a menos que o ato de delegação de poderes contenha um padrão -- limite ou orientação com respeito ao poder conferido que se possa exercer -- ele será inválido ou nulo. Isso tem impedido

delegações indiscriminadas de poderes, do tipo que tem originado violentas críticas na Inglaterra; mas não tem evitado as necessárias concessões de autoridade legislativa ao Executivo." (Op. cit., p. 34)

E, mais adiante, o insigne publicista explicita a orientação predominante na jurisprudência americana, afirmando que:

"os tribunais americanos hoje se recusam a invalidar a legislação simplesmente porque ela formalmente delega poder legislativo às autoridades administrativas. A sua concepção a respeito do problema da delegação mudou da posição da aplicação formal de uma máxima inflexível contra delegações de poder legislativo para uma posição de determinar se a outorga legislativa de poder é de fato excessiva. E, com isso, o foco do exame judiciário se tem centralizado na adequação dos padrões contidos na legislação autorizada. Segundo a atual teoria americana, o poder legislativo pode ser conferido ao ramo executivo, desde que a outorga de autoridade seja limitada por determinados padrões. "O Congresso não pode delegar qualquer parte de seu poder estabelecido". O arbítrio conferido não pode ser tão amplo que se torne impossível discernir os seus limites.

Outrossim, precisa haver certa intenção legislativa com a qual se deve harmonizar o exercício do poder delegado.

Princípio semelhante foi expresso pela Comissão de Poderes dos Ministros, da Inglaterra. "Os limites precisos do poder legislativo que o Parlamento



pretende conferir a um ministro devem sempre ser expressamente definidos em linguagem clara pelo estatuto que o confere; quando se confere o arbítrio, devem-se definir os seus limites com igual clareza". (Op. cit., pp. 350-351).

No Direito alemão, a matéria está disciplinada, expressamente, no texto constitucional, dispondo o art. 80, 1, da Lei fundamental de Bonn (1949), que:

"O Governo Federal, um Ministro de Estado ou os governos estaduais podem ser autorizados por lei a editarem decretos. Nesse caso, deve a lei prescrever o conteúdo, o objetivo e os limites da autorização. O fundamento jurídico deve constar do decreto.

Se a lei estabelecer que a autorização pode ser delegada a outro órgão, é indispensável que a delegação seja formalizada por decreto" (Durch Gesetz Können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, dass eine Ermächtigung weiter übertragen werden Kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung").

Pretendeu-se, com a disposição em apreço, evitar a derrogação tácita do princípio da legalidade e do postulado democrático através de uma "transferência silenciosa" ("eine geräuschlose Verschiebung") do poder de legislar ao Executivo. Ao mesmo tempo, estabeleceu-se restrição a uma eventual "fuga da

responsabilidade" ("Flucht aus der Verantwortung") por parte do legislador, compelindo-o a fixar as linhas fundamentais da legislação ("Grundlinien"), e obviando as autorizações gerais e abstratas ("Globalermächtigungen"), utilizadas abusivamente na República de Weimar (Fritz Ossenbühl, "Die Quellen des Verwaltungsrechts", in Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin-New-York, 1983, pp. 79/81; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1982, pp. 199/201; Karl-Heinz Seifert e Dieter Hömig (Hrsg), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Taschen-Kommentar), Baden-Baden, 1985, pp. 368/370).

Não há negar que, a despeito da exigência expressa constante do aludido preceito, tem o *Bundesverfassungsgericht* entendido que as questões atinentes aos **limites da autorização** devem ser apreciadas em cada caso (Hesse, op. cit., p. 200). Considera-se, porém, que uma **autorização** ampla e indefinida é incompatível com o ordenamento constitucional, porquanto, nessa hipótese, já não se mostra possível identificar o seu efetivo conteúdo, assim como os casos em que pode ser aplicada (Hesse, op. cit., p. 200; Ossenbühl, op. cit., pp. 80/81).

E é por isso que se afirma que as questões relativas ao **conteúdo**, ao **objetivo** aos **limites** da autorização constituem sempre questões de interpretação, não podendo a jurisprudência emprestar-lhes inteligência que implique deserção do legislador do dever de tomar decisões concretas (So richtig ist es, dass die Frage nach Inhalt, Zweck und Ausmass der Ermächtigung stets eine Interpretationsfrage ist, so sehr trägt diese Recht -- sprechung doch die Gefahr in sich, den gesetzgeber von seiner Pflicht zur Konkretisierung der Ermächtigung zu entbinden") (Hesse, op. cit., p. 200; v. também Ossenbühl, op. cit., pp. 80/81).

A controvérsia sobre a extensão e os limites do regulamento autorizado **intra legem** não assumiu relevância extraordinária, entre nós, sob a vigência da Constituição de 1891.

É possível que a inexistência de vedação expressa às delegações legislativas tenha propiciado o surgimento de uma orientação mais flexível quanto ao exercício do poder regulamentar. É o que se pode constatar, v. g., na seguinte passagem da obra clássica de Anníbal Freire da Fonseca sobre o Poder Executivo, **verbis**:

"As necessidades modernas deram incontestavelmente outro aspecto ao poder executivo, poder de funções permanentes, exercendo a sua vigilância constante e ininterrupta sobre a marcha e desenvolvimento do país e por isso mais propenso a uma intervenção eficiente em todas as manifestações da vida coletiva. A extensão crescente do poder regulamentar tem determinado nos escritores de direito público uma corrente de reação contra o caráter formalístico da lei, procurando irmanar a esta o regulamento, por derivarem ambos do mesmo princípio, se subordinarem à mesma forma, tenderem a fins idênticos, vincularem todos os jurisdicionados às suas disposições, obrigatórias e gerais. E se o regulamento não pode contrariar a lei, que vem completar, esta por sua vez não pode contrariar a Constituição nos países em que o poder constituinte não reside no legislativo ordinário.

"Pode, porém, o regulamento conter disposições, que embora não afetem o espírito da lei, tratem de matéria de que esta não cuidou? Em outras palavras, o regulamento pode legisferar?

É possível que, por omissão, o legislador tivesse esquecido na lei disposições capitais, que reforcem a sua execução e concorram melhor para o objetivo visado. Não havendo antinomia entre os dispositivos, o regulamento, que tem de completar a

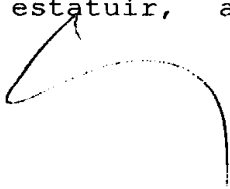
lei, pode tratar de matéria de que o legislador não cogitou, mas somente com o fim de ampliar o espírito da deliberação legislativa". (O Poder Executivo na República Brasileira, UnB, 1981, pp. 61/62).

No império da Constituição de 1946, que vedava expressamente a delegação de poderes (art. 36, § 2º), deixou assente o Supremo Tribunal Federal que o princípio da indelegabilidade não excluía "certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos ou operações de natureza técnica, dos quais dependerá a iniciativa ou aplicação mesma da lei" (Habeas Corpus nº 30.555, Rel. Min. Castro Nunes, RDA 21, p. 136). Asseverou, na oportunidade, Castro Nunes, que se a Constituição

"implicitamente declara que o Poder Legislativo não pode delegar suas atribuições, lança uma proibição a ser observada em linha de princípio, sem excluir, todavia, certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos ou apurações de natureza técnica das quais dependerá a incidência ou aplicação mesma da lei.

É nesses termos razoáveis que tem sido entendida a proibição das delegações legislativas nos Estados Unidos, onde proliferam as Comissões ou Conselhos administrativos que as leis, instituindo ou dispondo sobre certos serviços, estabelecem com certa porção de autonomia indispensável à execução mesma da lei.

O Congresso, dizem **Finlay and Sanderson**, não pode delegar o poder para fazer a lei; mas pode fazer uma lei com delegação do poder para determinar fatos ou um estado de coisas de que dependa, nos termos que ela mesma estatuir, a sua própria

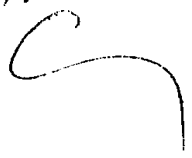


execução ou eficácia [...]. (*The American Executive and Executive Methods*, pág. 322)" (RDA 21, p. 136).

É que, embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de **caráter demissório**, esta Corte sempre entendeu legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os "**standards**", isto é "os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa" (MS nº 17.145, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, RTJ 50, p. 472, RE nº 76.729, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 71, p. 477; Cf., a propósito, Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio, 1948, vol. I, p. 410; Bonifácio Fortes, *Delegação Legislativa*, RDA 62, pp. 365-366; Carlos Mário Velloso, art. cit., RDP 65, p. 47-48; v. também Victor Nunes Leal, *Delegações Legislativas*, Arquivos do M. J. 20, pp. 7-8). Daí observar Carlos Maximiliano que o Supremo Tribunal Federal sempre considerou inadmissíveis leis cujo conteúdo se cingisse ao seguinte enunciado: "O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas", aceitando, porém, como legítimas, fórmulas que, v.g., enunciassem: "Fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtém matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) ..." (Op. cit., p. 410).

Ilustrativo desse entendimento é o julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 13.357, de 9.1.1950, Rel. Min. Ribeiro Costa, no qual ficou assente que:

"O regulamento obriga enquanto não fira princípios substanciais da lei regulada. Se o regulamento exorbita da autorização concedida em lei ao Executivo, cumpre ao Judiciário negar-lhe aplicação" (RF 130, p. 150).



Em julgado mais recente, na ADI 2387, tal entendimento restou reafirmado. Veja-se o seguinte excerto do voto da Ministra Ellen Gracie, redatora do acórdão, **verbis**:

"Verifico que, aqui, pelo menos assim me parece, não temos uma delegação proibida de atribuições, mas apenas uma flexibilidade na fixação de 'standards' jurídicos de caráter técnico, como dizia, em voto referido por V. Exa, em ocasião anterior, o Ministro Aliomar Baleeiro."

Afigura-se, pois, despiciendo qualquer esforço de argumentação para demonstrar que o regulamento autorizado **intra legem** é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, podendo constituir relevante instrumento de realização de política legislativa, tendo em vista considerações de ordem técnica, econômica, administrativa, etc.

Diversamente, a nossa ordem constitucional não se compadece, como já demonstrado, com as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível conteúdo renunciativo. Tais medidas representam inequívoca deserção do compromisso de deliberar politicamente, configurando manifesta fraude ao princípio da reserva legal e à vedação à delegação de poderes. (Cf. Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O Congresso e as Delegações legislativas*, pp. 181/189; v. também, Hesse, *op. cit.*, pp. 199/201).

Cuida-se, em verdade, de autêntica delegação, ou de uma **delegação abdicatória** (*a way of evading responsibility*), tal como concebida pela doutrina americana. É o que se depreende do preciso magistério de Siqueira Castro, **verbis**:

"Pode-se afirmar que quando se trata de delegação **abdicatória** a única indicação que



verdadeiramente é feita pelo legislador delegante é a nomeação do agente delegado e da atividade humana a ser por essa via disciplinada. Em virtude dessa omissão quanto à fixação de limites objetivos que condicionem a atuação normativa do legislador delegado, esse recebe em verdade uma potencialidade legiferante utilizável segundo o seu livre arbítrio. A autoridade receptora da competência normativa investe-se, nesse caso, no mesmo patamar de liberdade e discricção política de que o Poder Legislativo acha-se constitucionalmente investido para editar as regras de direito, subordinando-se somente as normas da Constituição, eis que essas vinculam indistintamente a atuação de todo e qualquer agente do Poder Público. A rigor, em tal ocorrendo, a única forma de controle que o Legislativo pode exercer sobre o seu delegado é mediante a revogação pura e simples da delegação. E enquanto não revogada por inteiro a transferência da função normativa, o agente delegado tem condições de legislar livre de toda sorte de critérios e condições de nível infraconstitucional. Por força dessa ilimitação, o Poder Judiciário também fica destituído de paradigma para aferir da legalidade da legislação delegada em face do ato de delegação que é silente e omissor quanto às condições para o seu exercício. Nesse caso, as decisões da autoridade executiva, embora de caráter normativo, seriam incontrastáveis por lei de base anterior, fazendo letra morta o princípio da legalidade e inviabilizando qualquer perspectiva de controle judicial, (...)" (Op. cit., p. 183)



Sobre a distinção entre delegação legislativa e poder regulamentar, precisa é a doutrina do Ministro Carlos Velloso, **verbis**:

"Delegação legislativa não deve ser confundida, no sistema constitucional brasileiro, com poder regulamentar. A delegação legislativa propicia a prática de ato normativo primário, de ato com força de lei, enquanto poder regulamentar, na Constituição brasileira, é ato administrativo, assim ato secundário, porque, na ordem jurídica brasileira, o regulamento é puramente de execução (CF, art. 84, IV). Quer dizer: o regulamento brasileiro não inova na ordem jurídica. Quando muito, pode-se falar, no nosso sistema constitucional, no regulamento delegado ou autorizado, *intra legem*, que não pode, entretanto, ser elaborado *praeter legem*. Se a lei fixa, por exemplo, exigências taxativas, é exorbitante o regulamento que estabelece outras, como é exorbitante o regulamento que faz exigência que não se contém nas condições da lei, podendo esta estabelecer que o regulamento poderá fixar condições além das que ela estatuir. Aí, teríamos uma flexibilização na fixação de padrões jurídicos, o quê seria possível, tal como lecionou, no Supremo Tribunal, o Ministro Aliomar Baleeiro." (Temas de Direito Público, 1ª ed., 2ª tiragem, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 431/432)

Fixados tais pressupostos, cabe analisar a constitucionalidade das disposições da Medida Provisória que transferem sua regulamentação ao Poder Executivo.

Dispõe o art. 1º da MP que "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:". E aí o dispositivo relaciona os temas que serão objeto de regulamento.

Da leitura do *caput* do art. 1º, caberia de imediato a seguinte indagação: O que o legislador entende por contratação regulada ou livre? Ou ainda, quais os parâmetros e diretrizes legislativas que permitem identificar tais modalidades de contratação, ou ainda, que permitem diferenciar uma modalidade da outra? O fato é que, apesar do uso da expressão "nos termos desta Medida Provisória e do seu regulamento", da leitura da integralidade da MP não se vê qualquer balizamento que ofereça resposta a tais perguntas. Ou seja, em verdade, contratação regulada e contratação livre serão instituições definidas meramente nos termos do regulamento executivo!

Tal percepção confirma-se da leitura dos dois primeiros incisos do art. 1º, que expressamente transfere ao regulamento a disciplina das "condições gerais e processos de contratação regulada", e "condições de contratação livre". "Condições gerais", chega a dizer o texto. E, repito, não há qualquer baliza para a compreensão do que virão a ser tais modalidades de contratação. A rigor poderão ser qualquer coisa, e não haverá nenhum parâmetro legal de controle. Seja qual for a opção adotada pelo Executivo, ficarão o Poder Legislativo e o Judiciário impossibilitados de dizer "esta disciplina exorbitou o comando da lei", simplesmente porque não há comando legal algum!

O mesmo ocorre com os demais incisos do art. 1º.

Diz o inciso III que o regulamento disciplinará "processos de definição de preços e condições de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo". Mas não há qualquer elemento que permita ao intérprete identificar uma decisão do legislador, ainda que ampla, sobre o tema ali disciplinado.



O inciso IV prevê que o regulamento disciplinará a "instituição da convenção de comercialização". O que é esta convenção? Ela obedecerá a que parâmetros? Nada disto está dito na MP. Além da delegação do inciso IV só há uma outra referência à tal convenção no art. 4º, § 4º, da MP, que prevê que "as regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica) serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996".

Ora, na mesma linha dos incisos anteriores, vê-se a ausência de qualquer decisão legislativa que ofereça limites ou diretrizes ao exercício do poder regulamentar. Em suma: também aqui poderá o Executivo decidir o que bem entenda, ficando o Legislativo e o Judiciário impossibilitados de proceder a qualquer juízo que envolva uma análise de compatibilidade entre regulamento e lei!

Cabe anotar, ainda, que o "caput" do art. 1º transfere ao Executivo a possibilidade de editar regulamento não só em relação às matérias ali expressamente descritas, mas também em relação a "outras matérias" ("dentre outras matérias", diz o "caput"). Quais são as outras matérias? Isto obviamente não está dito, sendo tal cláusula apenas mais uma manifestação de delegação em aberto.

O mesmo ocorre em relação aos demais incisos do art. 1º.

Tenho, portanto, nesse juízo cautelar, que a integralidade do art. 1º é ofensiva ao princípio constitucional da legalidade, expresso nos arts. 5º, II, 84, IV, e à reserva legal especificamente prevista no art. 175 da Constituição.

A mesma questão coloca-se no art. 2º. Prevê o seu *caput* que "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:". E aí o dispositivo relaciona em seis incisos os temas que serão objeto de regulamento.

São cabíveis aqui indagações semelhantes às aquelas formuladas para o art. 1º. Em todos os incisos do art. 2º verifica-se uma ampla delegação ao Poder Executivo, sem que o legislador tenha fixado em lei qualquer decisão que permita controle quanto a eventuais excessos no exercício do poder regulamentar. Veja-se, por exemplo, o que dispõe o inciso V, que remete ao regulamento nada mais nada menos que a disciplina sobre "condições e limites para repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais".

Não é difícil perceber que tal inciso V incide sobre um dos temas mais sensíveis na relação que se inicia entre os geradores de energia e termina nos consumidores. Ora, a partir da delegação ali contida, qualquer disciplina infralegal para tais repasses estará necessariamente em conformidade com a lei! Não é possível, em face da ampla delegação desse inciso, dizer que uma condição X ou Y para o repasse seja contrária à lei! Nesse esquema, se o regulamento determinar o repasse integral aos consumidores, não haverá ilegalidade alguma. E também não será ilegal se simplesmente proibir o repasse! Esse me parece um exemplo claro de delegação aberta e ilimitada.

O mesmo se dá em relação a qualquer outro inciso do art. 2º, e em relação aos seus parágrafos.

O § 1º do art. 2º prevê que "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". Em tal preceito, a par da referência à contratação regulada, é deferido ao Executivo a definição, via regulamento, da distribuição de riscos entre o gerador e o distribuidor. Mas não é estabelecido qualquer parâmetro legal para balizar as possíveis opções normativas do Executivo. Em termos simples: sob o manto desse dispositivo o Executivo pode estabelecer qualquer regime de distribuição de riscos e mesmo assim estará infenso a um controle de legitimidade de seus atos.



Esse é o teste, Senhores Ministros, que estamos obrigados a fazer na análise de delegações legislativas como estas. Quando não for possível vislumbrar qualquer parâmetro legal para controle da atividade regulamentar, permitindo uma liberdade absoluta nas opções do Executivo, restará evidente um quadro de delegação em branco!

O § 2º do art. 2º está contaminado pela potencial inconstitucionalidade do "caput". Limita-se a determinar que a contratação regulada 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. Ou seja, no lugar de fixar "standards" para a contratação regulada, prevê a MP a celebração de um contrato que não terá que obedecer a padrão legal algum.

O § 3º, relativo ao processo licitatório que deverá anteceder à contratação regulada, também merece ser suspenso em decorrência da potencial inconstitucionalidade das disposições que lhe servem de pressuposto.

Assentada a plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade do caput do art. 2º, esta também atinge o § 4º do art. 2º, ao dispor sobre o que se deve entender como energia elétrica para os fins da obrigação prevista no caput. Observe-se que no § 4º, II, "c", há uma disciplina da comercialização da energia de Itaipu, o que foi especificamente objeto de suspensão no julgamento da ADI 2005, por ofensa ao art. 246.

Assim, em relação aos arts. 1º e 2º, cabe concluir que tais disposições transferem ao Executivo, sem qualquer limite, a possibilidade de tomada de decisões políticas fundamentais em tema que a Carta Constitucional reservou expressamente a reserva de lei.

Por óbvio, não estou a defender um modelo inflexível ou demasiado restritivo de reserva legal. O que parece evidente é que, presente uma reserva de lei, cabe ao legislador a tomada das decisões políticas fundamentais, e a fixação dos "standards" que pautarão a atividade regulamentar. Admite-se, sim, eventual margem

de discricionariedade por parte do Executivo quando no exercício do poder regulamentar.

Retomando a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, não se há de confundir, porém, a discricionariedade administrativa atinente ao exercício do poder regulamentar com delegação disfarçada de poder. Na discricionariedade, a lei estabelece previamente o direito ou dever, a obrigação ou a restrição, fixando os requisitos de seu surgimento e os elementos de identificação dos destinatários.

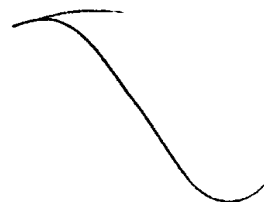
Na delegação, ao revés, não se identificam, na norma regulamentada, o direito, a obrigação ou a limitação. Estes são estabelecidos apenas no regulamento (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit. pp. 98/99; Carlos Mário Velloso, art. cit., RDP 65, p. 46; Pontes de Miranda, op. cit., p. 312). Daí a precisa lição de Velloso, no sentido de que a delegação legislativa propicia a prática de ato normativo primário, com força de lei.

É este justamente o caso dos dispositivos em tela. A eventual disciplina quanto a direitos e obrigações, no âmbito dos arts. 1º e 2º da MP, estará integralmente definida no regulamento.

A questão tem sido tratada no Direito alemão sob a epígrafe da jurisprudência da essencialidade (Wesentlichkeitsrechtsprechung), segundo a qual resta o legislador obrigado a disciplinar as matérias fundamentais, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais (Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, p. 120). Se isto não significa que todos os atos, em seus mais precisos detalhes, devam ser regulados pelo legislador, sinaliza, pelo menos, que as definições quanto ao conteúdo ou modelo a ser definido é de sua estrita competência.

O princípio da reserva legal assume, aqui, uma evidente tarefa de concretização dos princípios da democracia e da separação de poderes, como em diversas oportunidades vem sendo destacado aqui pelo eminente Ministro Celso de Mello.

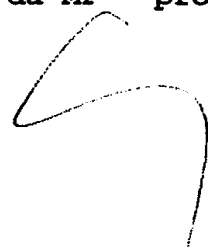
Veja-se, a propósito, a lição de Manuel Afonso Vaz, ilustre jurista português:



"É, assim, que se aponta a publicidade de questões importantes como critério de racionalidade para a necessária intervenção parlamentar. Como nota KISKER, a reserva do Parlamento desempenha uma função de publicidade, com o sentido de uma garantia de que todo o equacionar normativo das questões mais importantes da vida da comunidade será objecto de debate público cognoscível pelo eleitorado, no qual poderão participar as diversas correntes de opinião partidariamente institucionalizadas. A atribuição ao Parlamento do monopólio da actividade legislativa sobre certas matérias encontraria, pois, fundamento no facto de ser aquele a sede institucional dos debates públicos, uma caixa de ressonância para efeito de informação e mobilização da opinião pública, o local por excelência de conformação dos interesses pluralistas; em suma, o órgão que, devido à sua composição e ao seu processo de funcionamento, logra fazer da lei não uma simples expressão dos sentimentos deste ou daquele sector da sociedade, mas a síntese de posições e de compromissos de interesses. (Lei e reserva da lei: A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976, Porto, 1992, pp. 405 e 406).

No caso em exame, vê-se justamente uma subtração ao debate público, parlamentar, da conformação de um setor essencial para a vida do País, e cuja disciplina primária a Constituição reservou à lei. De fato, a partir dos arts. 1º e 2º, será possível ao Executivo a conformação de qualquer tipo de modelo para o setor elétrico, ficando infenso a qualquer controle por parte do Parlamento.

Considerações específicas sobre o Art. 7º da MP - proporcionalidade



Por fim, considero ainda adequada a análise de uma alteração procedida pelo art. 7º da Medida Provisória sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade. Refiro-me à parte daquele artigo que dá nova redação ao art. 10 da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993. A nova redação é a seguinte:

"Art. 10. inadimplemento, pelas concessionárias, pelas permissionárias e pelas autorizadas, no recolhimento das parcelas das quotas anuais de Reserva Global de Reversão - RGR, Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA, Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, Conta de Consumo de Combustíveis - CCC, compensação financeira pela utilização de recursos hídricos e outros encargos tarifários criados por lei, bem como no pagamento pela aquisição de energia elétrica contratada de forma regulada e da Itaipu Binacional, acarretará a impossibilidade de revisão e reajuste de seus níveis de tarifas, independentemente do que dispuser o respectivo contrato, e de recebimento de recursos provenientes da RGR, CDE e CCC." (NR)

A leitura de tal dispositivo evidencia potenciais inconstitucionalidades, sob o prisma material, que merecem uma análise imediata neste juízo cautelar.

De início, impressiona a expressão "independentemente do que dispuser o contrato". A flagrante possibilidade de violação a contratos já firmados afigura-se suficiente para suspender o dispositivo.

Também é duvidosa a constitucionalidade do dispositivo sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, tendo em vista suas três máximas parciais, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Há, em tal dispositivo, uma aparente inconsistência entre meios e fins. Busca-se, com a disposição, o combate à inadimplência. Mas é duvidoso que a ampla proibição ali contida para a revisão e o reajuste tarifários, seja efetivamente um meio apto para combater a inadimplência. Isto porque tal restrição ampla e irrestrita, ao desconsiderar, por exemplo, uma inadimplência pontual e conjuntural em relação a apenas um tipo de custo do concessionário, pode em verdade agravar e fomentar uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro que somente perpetua a inadimplência.

Também é plausível que a disposição não atenda à proporcionalidade em sentido estrito. Isto porque, ante a ampla proibição ali contida, pode-se imaginar que um pequeno adiamento de pagamento de pequena parcela pode representar o desequilíbrio global da concessão sem o reajuste e a revisão. E também há um potencial desvio de finalidade: a revisão e o reajuste destinam-se a recompor o equilíbrio e não a impor pena ao concessionário. Há, potencialmente, dupla penalização do concessionário, que já está sujeito a não receber financiamentos e a outras sanções do regulador.

Extinção do MAE

Opõe-se o PFL à dissolução do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE por determinação legal. Sustenta que "constituindo o MAE pessoa jurídica de direito privado (a) constituída regularmente sob a forma de associação civil sem fins lucrativos e (b) composta por agente e entidades privados vinculados à prestação de serviços de energia elétrica, descabe à lei impor sua dissolução, bem como ao Poder Executivo interferir no seu funcionamento com o objetivo de encerrar as suas atividades."

Invocando o inciso XIX, do art. 5º da Constituição, sustentam que a dissolução de associação somente pode ser efetivada por decisão judicial com trânsito em julgado.

Não me parece plausível essa argumentação, pelo menos nesse juízo cautelar.

Com efeito, a Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, autorizou a criação do MAE, como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mas no mesmo dispositivo (art. 1º) determinou quais os seus integrantes (titulares de concessão, permissão ou autorização e outros agentes, na forma da regulamentação, vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica), bem como a sua finalidade (viabilizar as transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados).

A mesma Lei no art. 2º estabeleceu expressamente que são órgãos do MAE a Assembléia-Geral, o Conselho de Administração e a Superintendência.

Logo, evidencia-se que o MAE caracteriza-se como uma pessoa jurídica de direito privado "atípica", com forte coloração pública. É uma instituição peculiar que desempenha uma função de eminente interesse público.

Ressalvado um melhor exame da matéria, entendo que, no momento em que se está remodelando o setor elétrico, e o MAE é dele integrante, não há como se afastar a possibilidade de o poder público estabelecer a sucessão do MAE pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

Indefiro neste ponto a cautelar requerida.

Interferência no funcionamento do ONS

Alega-se, quanto às disposições relativas ao ONS, violação ao art. 5º, XVIII. Tal como o MAE, cuida-se o ONS de entidade associativa que não se enquadra no modelo tradicional de uma associação privada. Assim, ressalvado melhor exame quando do julgamento do mérito, não vejo plausibilidade da impugnação na parte da MP que promove alterações no Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS.

Uso da arbitragem

A alegação de inconstitucionalidade do art. 4º, § 4º, também não me parece plausível.

Note-se que a análise de tal dispositivo, na parte em que transfere à convenção de comercialização as regras para a solução de controvérsias, fica prejudicada em face da suspensão do art. 1º, IV.

Todavia, ainda que desconsiderada a convenção de comercialização, remanesce no dispositivo comando útil, a permitir que tais regras venham definidas no estatuto da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

Nessa parte, não vejo plausibilidade na alegada inconstitucionalidade. Há três fundamentos para a impugnação.

O primeiro é baseado no art. 5º, XXXV (que veda que a lei exclua da apreciação do Judiciário quanto a lesão ou ameaça a direito). Alega-se que a MP estaria impondo o uso da arbitragem para a resolução de conflitos entre os membros da CCEE, "sem que eles manifestem previamente sua concordância".

Não vejo plausibilidade em tal argumento, sobretudo a partir da remissão, existente no final do dispositivo, à Lei nº 9.307. Diz a disposição que "as regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996".

Ora, nesse primeiro exame, vê-se que a disciplina da arbitragem deverá ter como paradigma os termos da Lei 9.307. Ao menos nesse juízo cautelar, não vislumbro tal inconstitucionalidade.

O segundo argumento tem por base o art. 5º, XVIII, da Constituição. Alega-se que o dispositivo promove intervenção indevida do Poder Público em associação de caráter privado. Não vejo

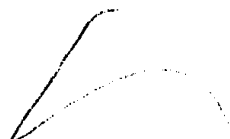
plausibilidade em tal argumento pelas mesmas razões que apontei quanto às normas relativas ao MAE e ao ONS.

O terceiro argumento é no sentido de que a MP teria disciplinado matéria relativa a processo civil. Não vejo consistência no argumento. Ainda que se considere a arbitragem como tema afeto ao processo civil, não se vê na disposição impugnada uma disciplina para a arbitragem, mas apenas uma previsão no sentido de que tal mecanismo de solução de controvérsias será adotado nos termos da Lei 9.307.

Conclusão

Concluo, portanto, meu voto, no sentido de conferir, à íntegra dos dispositivos da Medida Provisória nº 144, interpretação conforme à Constituição para afastar sua incidência em relação a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, tendo em vista a restrição imposta pelo art. 246 da Constituição.

E ainda, voto no sentido da suspensão da vigência dos arts. 1º, 2º, e do art. 7º da Medida Provisória 144, na parte em que este último dá nova redação ao art. 10 da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993. E com a ressalva da interpretação conforme, indefiro a cautelar quanto aos demais dispositivos.



04/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Carlos Velloso e Gilmar Mendes (Relator).

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, gostaria de lembrar um dado importante em relação à análise desta regra do art. 176 e da contida na primeira vez que apareceu na Emenda Constitucional nº 6 que veda a adoção de medida provisória para regulamentar a matéria.

Leio a Exposição de Motivos assinada em 14 de fevereiro de 1995 pelo então Ministro de Estado da Justiça Nelson Jobim, Ministro de Estado de Planejamento e Orçamento José Serra, Ministro de Estado da Fazenda Pedro Malan e Ministro de Estado de Minas e Energia Raimundo Britto. Esta Emenda tinha por objetivo exclusivo a supressão do art. 171, da Constituição, que criara a figura da empresa brasileira de capital nacional. Este era o objetivo primário e único da Emenda Constitucional nº 6:

"2. A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedido a esta última. Para tanto, firma-se conceito da empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País."

Lá no final, a Exposição de Motivos diz que era necessário alterar o art. 176, § 1º, da Constituição, porque esse art. 176 dizia o seguinte na redação de 1988:



ADI 3.090-MC / DF

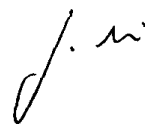
"Art.176.....

*§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o **caput** deste artigo - redação idêntica - 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."*

A Emenda Constitucional nº 6 havia suprimido e revogado o art. 171 que tratava da famosa empresa brasileira de capital nacional. O que fez a emenda constitucional para compatibilizar o texto da Constituição? Substituiu, no § 1º do art. 176, a referência a empresa brasileira de capital nacional e colocou a expressão "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País". Essa foi a alteração produzida no texto. Nada no que diz respeito à questão da energia elétrica. Pura e simplesmente a Emenda Constitucional havia feito desaparecer uma figura jurídica que havia criado a Constituição de 1988, empresa brasileira de capital nacional, teria que necessariamente tirar aquela expressão que estava revogada. Colocou empresa brasileira constituída no Brasil.

Gostaria de fazer esse registro pra mostrar que o universo de revisão da Emenda constitucional nº 6 não tinha nada a ver com a questão do potencial de energia elétrica ou o potencial de energia hidráulica ou pesquisa e lavra de recursos minerais. Tinha a ver, isto sim, com uma figura que a emenda havia extinto no art. 171.

Vamos admitir que a emenda não tivesse feito a alteração do § 1º do art. 176 e remanescesse. Se suprimiu, qual era a interpretação que nós tínhamos dado? Também desaparece aquela figura que havia sido revogada. Evidentemente.



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ficaria a empresa com capital puramente nacional apenas aquela de exploração de energia elétrica.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - É lógico. Não há mais sentido; não havia alteração na matéria.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - O grande problema é que a revogação caiu em um dispositivo que cuida de sistema elétrico.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sim, mas o que se modificou na redação não foi a forma de exploração, e sim as pessoas que podem explorar, porque isto foi revogado. Ou seja, a alteração é acessória à alteração principal que era a revogação do artigo 171.

Só para efeito de registro, tendo em vista a minha memória a respeito do assunto.

E vejam, esse tema não foi objeto de discussão na ADI nº 2.005. A questão é saber o seguinte: a alteração que impediria o uso de medida provisória é de mérito, ou qualquer mudança, inclusive redacional, vai importar em proibição? Tira a vírgula, tira o ponto, muda de local, importa em proibir isto? Ou o objetivo do texto proibitório era exatamente para aquelas questões que foram modificadas? Esse é o ponto que tem de ser discutido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É esse o ponto. Agora, a rigor, a mudança que se introduziu foi muito mais do que uma mudança meramente informal.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - V. Exa. acabou de afirmar que, no texto, havia a tentativa, com a mudança feita na Emenda Constitucional nº 6, de abrir para o capital privado. Mas, já estava



ADI 3.090-MC / DF

o capital privado. O que estava fixado era para um capital privado restrito, brasileiro ou empresa brasileira de capital nacional.³ A alteração 0 manteve "brasileiro" e "empresas brasileiras constituídas no Brasil". Manteve a mesma situação, porque havia acabado com a famosa "empresa brasileira de capital nacional", que era uma distinção no conteúdo das empresas brasileiras. Qual era a distinção que fazia o art. 171 da Constituição Federal na época:

"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."

Essa figura vinha - o Ministro Celso de Mello lembra-se disso - do modelo da reserva de informática. Foi lá que apareceu essa figura de empresa brasileira de capital nacional. A lei de reserva de mercado da informática criou essa figura que acabou sendo constitucionalizada para tudo. E depois, afastou-se.

A discussão efetiva da Emenda Constitucional nº 6 não era a questão da energia elétrica, mas se deveríamos, ou não, manter a figura da empresa brasileira de capital nacional, e o Congresso Nacional, aprovando a Emenda, resolveu nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sr. Presidente, o Tribunal já se manifestou, mais de uma vez, no sentido de essa mudança ser de caráter substancial.



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Essa matéria não foi discutida em nenhum momento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Essa é a questão na medida provisória do apagão.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Discutiu-se a supressão da empresa brasileira de capital nacional, ali?

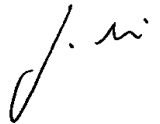
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - É um tema novo que estou levantando, tendo em vista a situação específica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - E tendo em vista, inclusive, a mudança do sistema. Mas, como temos pedido de vista, vamos voltar a discutir isso oportunamente.

Devo dizer, inclusive, que, desde o começo, tive posição pessoal contra o art. 246.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Quando se cuidou da Emenda Constitucional nº 32, defendia-se sua revogação, porque ela produz esses equívocos. Essa revogação só não se fez por conta da resistência da oposição à época. Por isso não se revogou o art. 246. Por quê?



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA**

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes que, preliminarmente, quanto à medida provisória, conferia interpretação conforme à Constituição Federal para afastar sua incidência em qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, tendo em vista a restrição imposta pelo artigo 246 da Carta Federal; e no que se refere aos demais artigos, deferia a medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos 1º, 2º e 7º da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, na parte que dá nova redação ao artigo 10 da Lei nº 8.631, de 04 de março de 1993, e a indeferia quanto aos demais dispositivos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 04.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu
Luiz Tomimatsu
Coordenador

04.08.2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6
DISTRITO FEDERAL

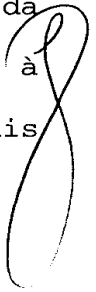
V O T O - V I S T A

(QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Sr. Presidente, pedi vista dos autos das presentes ações diretas em razão da complexidade da matéria. Examinei a questão, com especial atenção voltada para as conclusões do eminente relator, ministro Gilmar Mendes, e, **desde 10.03.2004**, tenho meu voto preparado sobre as alegadas inconstitucionalidades da Medida Provisória 144/2003.

Não obstante, suscito **questão de ordem** para que o Plenário decida, neste momento, qual o procedimento a ser adotado nestas ações em face da promulgação da Lei 10.848, de 15.03.2004, na qual se converteu a medida provisória atacada, **trazendo visíveis alterações cuja importância ou significado não me adianto a definir.**

Permito-me relembrar alguns tópicos da jurisprudência da Corte sobre o problema. Esse fato novo - conversão da medida provisória em lei - suscitaria, desde logo, a aplicação da reiterada jurisprudência desta Corte que se formou em relação à prejudicialidade de ação direta na qual a norma atacada não mais



ADI 3.090-MC / DF

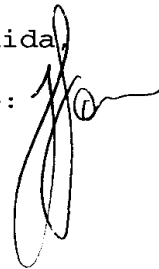
se encontra em vigor, ressalvada a possibilidade de continuidade do julgamento caso o Tribunal entenda que há efeitos concretos da norma ainda pendentes.

Neste caso, esse entendimento aplicar-se-ia conforme jurisprudência construída em torno da aplicação do art. 62 da Constituição, em sua redação original, principalmente em casos (i) de explícita rejeição da medida provisória pelo Congresso ou ausência de deliberação sem reedição, hipóteses que implicariam a perda retroativa de eficácia, ou (ii) de falta de aditamento em face da reedição ou da conversão da medida em lei.

O ministro Gilmar Mendes, em *Jurisdição Constitucional* (nota de rodapé 188, p. 199), aponta a perplexidade gerada por essa última orientação, sobretudo em consideração da possibilidade de heterodoxa **desistência por parte do requerente** pela simples ausência de aditamento, principalmente em casos em que não foi concluída a apreciação da liminar.

Nessa linha é que o presidente da República, autoridade requerida nesta ação, por intermédio do **advogado-geral da União**, peticionou nos autos, **no mesmo dia da publicação da lei de conversão** (16 de março), noticiando a conversão e alegando a prejudicialidade das ações.

Acredito que essa alegação do presidente da República seria passível de exame desde logo, se não houvesse, em seguida, pedido dos requerentes em ambas as ações, no seguinte sentido:



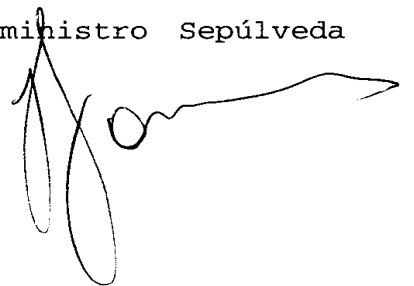
ADI 3.090-MC / DF

a) **pedido do Partido da Frente Liberal**, nos autos da ADI 3.100, pelo aditamento para que o Tribunal examine as alegações de inconstitucionalidade **também em relação à lei de conversão**, ou o recebimento do pedido de aditamento como arguição de preceito fundamental (fls. 165 dos autos da ADI 3.100), e

b) **pedido do Partido da Social Democracia Brasileira**, nos autos da ADI 3.090, de teor semelhante, argumentando que a lei de conversão manteve os alegados vícios da medida provisória.

Nessa seqüência de manifestações dos requerentes e do requerido, entendo seja necessário que a Corte decida se é viável o recebimento desses pedidos, pois a jurisprudência acerca da prejudicialidade de ação direta de inconstitucionalidade contra medida provisória refere-se especialmente às hipóteses de alteração substancial da medida provisória pela lei de conversão, circunstância que impediria o aditamento.

Chego a essa conclusão em referência ao precedente firmado na ADI 258-QO. Acerca da evolução do entendimento do Tribunal sobre essa matéria, cito voto do ministro Sepúlveda Pertence na ADI 1.753-QO (grifos nossos):



ADI 3.090-MC / DF

"Finalmente se assentou que - prejudicada, à falta de aditamento conseqüente à reedição da mesma medida provisória, a ação direta antes proposta, mas à qual se negara medida cautelar -, a propositura de nova ação, pelo mesmo autor, é possível, mas não abre oportunidade à renovação de pedido cautelar, antes denegado (AgRADIn 1.821, 1.7.98, Gallotti).

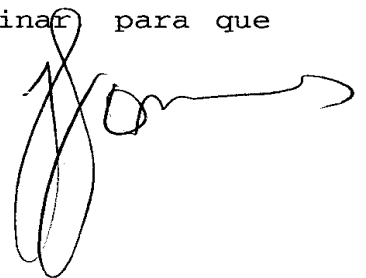
Como se percebe da recordação dos passos dados, a admissão do aditamento tem por pressuposto necessário a identidade substancial da norma reeditada em relação à constante da medida provisória em vigor, quando da propositura da ação direta.

Tanto assim é que se estende a decisão cautelar proferida em relação à anterior, quer se haja deferido (ADIn 1.117 cit.), quer se haja indeferido (AgRADIn 1.821 cit) a suspensão liminar: essa extensão a uma norma - que é formalmente diversa (AgADIn 1.387 cit.) - do que se julgou a propósito de outra só se explica pela absoluta identidade do conteúdo normativo de ambas."

Noto que a construção do Tribunal na ADI 258-QO foi veementemente criticada pelo ministro Gilmar Mendes em sua conhecida obra *Jurisdição Constitucional* (4ª ed., 2004, p. 199-200).

De fato, a questão é importante para a efetividade do controle concentrado por este Tribunal, **mas ocorre que sobre ela ainda não se manifestou o eminente ministro relator.**

Assim, por respeito aos poderes do ministro relator, proponho a suspensão do julgamento da medida liminar para que Sua Excelência examine esta questão em preliminar.



04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO
FEDERAL

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência não antecipa a conclusão?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, porque essa questão terá de ser enfrentada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Creio que é preciso distinguir, também sem antecipar minha conclusão, quanto ao que Vossa Excelência, citando a autora por último referida, alude a efeitos confirmativos da vigência antecipada da medida provisória do que são os efeitos prospectivos da lei de conversão. Questões que certamente Vossa Excelência considerará no seu voto.

O que Vossa Excelência propõe, por ora, é que há questões relevantes a examinar sob este aspecto e, portanto, considera não prejudicada a ação para o exame dessa questão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Curvo-me à jurisprudência do Tribunal, em relação ao reconhecimento da alteração substancial dos dispositivos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Então, isso seria no segundo tempo do seu voto.



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim, mas quanto à questão formal ...

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - O primeiro problema a examinar, portanto, foi suscitado - no início, inclusive, antecipei voto naquela Sessão - e diz respeito ao artigo 246 da Constituição, que veda o uso de medida provisória à questão alterada. Vamos examinar esse tema: já votou o Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de que ela lesou o artigo 246; Vossa Excelência votou no início da Sessão, na primeira chamada, em que pediu vista.

Em relação ao artigo 246, a questão é restrita ao seguinte: foi usada uma medida provisória que diz respeito à alteração do artigo 176, § 1º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 6. Esta Emenda criou, também, nas suas disposições, no art. 2º, o artigo 246, que tem esta redação:

"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."

Vossa Excelência entende que - o Ministro Gilmar Mendes já votou na sessão anterior - a medida provisória, ora em exame, convertida em lei - e aí surgiria um segundo problema que poria para separarmos as questões -, não poderia ter sido utilizada para este fim, ou seja, regulamentar matéria que estivesse contida no § 1º do artigo 176? É este o ponto referido pelo Ministro.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Acho que é uma questão preliminar a ser decidida.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Exatamente esta que o Ministro Gilmar Mendes votou no sentido de que a medida provisória não poderia ser utilizada. Há aqui um problema superveniente, a ser examinado também, uma vez dependendo da posição

ADI 3.090-MC / DF

que o Tribunal tome em relação ao primeiro tema. Se o Tribunal entender que a medida provisória, no caso específico - votei nesse sentido na Sessão anterior; adiantei a minha posição -, poderia ser utilizada, o assunto prossegue para o exame do restante da matéria para verificar se está prejudicado ou não o conhecimento de fundo da matéria, considerando a existência da lei de conversão. Esse é o segundo ponto. Agora, se o Tribunal entender que não poderia ser utilizada a medida provisória, há um tema que emerge em face da superveniência da lei de conversão. É o seguinte: se foi utilizada a medida provisória e ela não poderia ter sido feita, a questão é saber qual a situação da lei de conversão; se esta é atingida por isto ou não, considerando, principalmente, a circunstância de que, pela Emenda Constitucional nº 32, o tratamento da medida provisória no processo legislativo é idêntico ao da tramitação dos projetos de lei ordinária. Aí, se o Tribunal entendesse que não atinge, o que ficaria atingido seriam os efeitos da medida provisória até a data da edição da lei.

Para situar o problema, vamos começar pelo artigo 246. Tomo a liberdade e peço aos Colegas que eu possa adiantar o meu voto na linha em que pus à discussão à época.

Vossa Excelência já votou nesse sentido, nesse tema?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Votei sobre a constitucionalidade da utilização de medida provisória neste caso. Tenho voto escrito que não proferi porque devolvi a palavra ao Relator.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência pode lê-lo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Inicialmente, deveríamos discutir exatamente se estaria ou não prejudicado.

ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Também entendo assim. É uma preliminar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Aí devolve-se a palavra ao Relator.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Foi esse o sentido pelo qual passamos a palavra a Vossa Excelência, que trouxe longas considerações "kelsenianas" à época da Constituição de Weimer.

O que se passa, Ministro Gilmar Mendes, é que temos, aqui, uma questão: A lei de conversão prejudicou, ou não, a análise de uma questão formal inicial, qual seja, a utilização de medida provisória em tema que não poderia ter sido utilizada? Essa é a pergunta. Essa questão independe do problema da natureza da conversão ou não - se a conversão foi substancial ou não. É um problema inicial. Este é o problema que temos de examinar, isto é, poder-se-ia, ou não, utilizar medida provisória em tema do § 1º do artigo 176? Essa questão independe da existência ou não de lei de conversão. Por quê? Porque se ela for inconstitucional, nós teríamos de examinar qual a situação da lei de conversão - se ela se mantinha quanto aos seus efeitos -; e, aí, poderíamos, ou não, prosseguir exames no mérito da lei de conversão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas se se entende, como sem muito aprofundamento se entendeu, na ADIn 1.471, do Ministro Octavio Gallotti, que a conversão elimina os vícios de origem da medida provisória, estaria prejudicada a arguição fundada no artigo 246.



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Essa é a questão que se coloca.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Por isso que tem que ser posta. Temos de examinar essa questão primeiro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Se há, ou não, a contaminação.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Primeiro tem de se responder se poderia ser utilizada. Se não poderia ser utilizada, qual o grau de contaminação? É isso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sr. Presidente, *data venia*, entendo o contrário.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, *data venia*, acho que não se contamina a lei. E, se já se tem a lei, estaria prejudicada a ação direta. Qualquer que fosse o vício da medida provisória ela é superada pela conversão em lei, então está prejudicada a ação; não vamos examinar se a medida provisória era ou não constitucional, quando foi editada.

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO - A lei de conversão, no que toca o artigo 246, continua regulando?

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Continua. Não foi excluída. Se tivesse sido excluída, estaria prejudicada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Abrangendo, inclusive, os potenciais hidráulicos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Foi feita exatamente quanto aos potenciais hidráulicos.



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O campo normativo é o mesmo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - O campo normativo é o mesmo, por isso que estou afirmando.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Como a lei de conversão, no caso, é uma decorrência de uma medida provisória, a pergunta é saber se a medida provisória podia ser ou não utilizada; e, se não podia, qual a consequência de não poder em relação à lei de conversão. Então, a questão da existência da lei de conversão é um *posteru* na análise lógica do tema.

Respondendo à questão: sim, podia ser utilizado, acabou a questão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não, Ministro, aí estaríamos julgando se quem entende que a conversão em lei limpa tudo, fosse qual fosse o vício da medida provisória, então, essa resposta antecede ao exame do vício original porque a prejudicaria.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Nesse sentido comprova. Creio que nessa linha, se formos discutir no sentido amplo, a pergunta ampla independe do caso contrário.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Tem-se que devolver ao Relator, para que se pronuncie sobre isto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O relator já se pronunciou, entendendo que, no caso, a conversão não legitima a medida provisória.



ADI 3.090-MC / DF

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mesmo sendo uma conversão com alteração de substância da medida provisória.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Aí o problema da substância é outro, porque o campo normativo é o mesmo. Ela regula energia, e regula energia hidroelétrica.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Independentemente da alteração de substância. A questão está posta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não podia editar medida provisória sobre o art. 246, supondo que seja essa a afirmação. Convertida a medida provisória em lei, houve a contaminação ou não?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não houve contaminação total, inclusive quanto aos efeitos prospectivos da lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - A tanto não fui; só estou a defender que é necessário prosseguir no julgamento.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Muito bem, mas, para decidirmos sobre a questão do prosseguimento ou não, temos de resolver primeiro o seguinte: era possível utilizar a medida provisória para esta matéria? Essa é a questão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Se se entende que não contamina e se tem hoje uma realidade nova que é uma lei formal, **data vênua** de Vossa Excelência, está prejudicada discussão. O Ministro Gilmar entende que não e é preciso aprofundar o tema.



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ele pressupõe que o uso era indevido. Ministro Pertence, a premissa do voto do Ministro Gilmar é de que há prejuízo, ou seja, que não poderia ter sido utilizada a medida provisória nessa hipótese.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, ele não chegou. Ele está na questão preliminar de saber se a conversão teria legitimado a medida provisória.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quanto à exploração dos potenciais hidráulicos, a medida provisória era inconstitucional porque regulamentava o artigo 176, § 1º, conforme a Emenda Constitucional nº 6.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso foi quando da discussão na cautelar. Houve agora superveniência da lei.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - E Vossa Excelência disse que isso não prejudica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso não afasta. Estou defendendo o prosseguimento do julgamento em relação à questão formal, tão-somente em relação à **causa petendi** 246.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Aí vamos mergulhar para saber se poderia, ou não, disciplinar a matéria mediante medida provisória. É um segundo tempo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Sim, mas veja: se superado esse tema, poderá surgir depois a verificação se a lei prejudicou a análise de mérito. É outro tema.



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Primeiro, a lei trata de energia - isso não há dúvida. Ela se chama: Novo Modelo Energético Brasileiro.

Segundo, ela envolve em seu campo normativo a energia hidráulica; que, no voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator, foi o campo em que lhe pareceu inconstitucional a medida provisória. Isso me parece incontestado: o campo normativo é idêntico.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Ministro Pertence, pelo que entendi, o Ministro Gilmar pretende esclarecer se houve uma alteração substancial, propõe exatamente que se examine a questão do campo normativo.

Não estou tão convencido assim de que tenha havido essa superposição. Na verdade, houve - para usar as palavras do Ministro Gilmar - "uma simples alteração formal". Eu diria: uma alteração puramente redacional.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas, Ministro, isso não seria o exame das impugnações típicas.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Mas isso é posterior. É exatamente o que o Presidente está dizendo e que, parece-me, o Ministro Gilmar falou.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Data venia, estamos falando sobre pontos diferentes. A ação direta tem dois pontos substanciais: uma, poderia o assunto ser versado em medida provisória?



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Mas é esse o ponto, justamente o que eu ia referir.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Outro, os artigos X, Y e Z, independentemente disso, são materialmente inconstitucionais? Respondeu o voto do Ministro Gilmar Mendes quanto à primeira parte: sim e em termos, a medida provisória não poderia abranger a energia hidráulica por força do art. 246. Vem agora uma lei que, indiscutivelmente, compreende toda a temática, incluída aquela que ao Ministro Gilmar Mendes pareceu inconstitucional.

Então, a primeira indagação que temos que responder é esta: a superveniência de uma lei sobre a mesma matéria - vamos fazer abstração se houve pequenas ou grandes alterações - prejudica os vícios que poderiam macular a medida provisória? Prejudica em parte? Não prejudica? É isso que se tem de indagar.



O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro Pertence, eu me fiz mal entender na situação.

O fato é que precisamos perguntar, independente do conteúdo da lei de conversão, que é irrelevante, se mudou ou não o conteúdo da medida provisória. O importante é que o tema é o mesmo. Agora, lá adiante vai se responder, se superar tudo isso, poderá haver um prejuízo do exame de fundo - isso poderá ocorrer pela lei nova, é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Inclusive se a medida provisória poderia, ou não, tratar da matéria.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Então, o ponto que está sendo suscitado, o qual precisamos resolver em primeiro lugar, e a pergunta é esta: o fato de ter havido uma lei de conversão prejudica o exame da questão se poderia ou não, sobre

ADI 3.090-MC / DF

aquela matéria, ser usada medida provisória? Este é o ponto que devemos discutir agora e, em relação a ele, já votou o Ministro Gilmar Mendes no sentido de que não prejudica a análise desse ponto, qual seja: do eventual vício formal, por ele suscitado, já adiantado no outro voto.

Ouço o Ministro Joaquim Barbosa.

04.08.2004

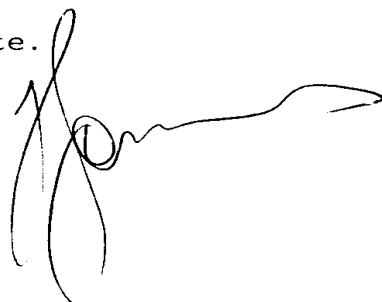
TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

(SOBRE PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Sr. Presidente, sustento a prejudicialidade, simplesmente porque a medida provisória desapareceu do mundo jurídico. Temos, hoje, um outro título sobre cuja constitucionalidade se discute.



04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – O Ministro Joaquim Barbosa entende que a matéria não poderia ser examinada, porque não existiria o que examinar.

Ministro Carlos Britto - só para deixar claro o seu voto -, Vossa Excelência entenderia que o vício, eventualmente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Sim, porque o órgão constitucional competente para legislar sobre matéria penal terá assumido as suas ...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Inclusive sobre os efeitos produzidos pela medida provisória?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Esse é o ponto fundamental.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nesse caso, o processo legislativo deixa de ser complexo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ministro Joaquim Barbosa, foi posto claramente pelo Ministro Celso de Mello - tomando o exemplo da questão penal, porque evita discussão de outra natureza – que a medida provisória editada em matéria penal é convertida trinta dias depois. Houve a ação direta antes da edição da lei de conversão.

Discute-se: poder-se-ia ou não usar medida provisória? Duas linhas de solução restariam: dir-se-ia que a matéria está prejudicada e que essa é a sua posição; outro decidiria que não se poderia usar a medida provisória. Aí, surgiria dupla questão: ou a medida provisória deixaria de vigor, contaminaria em absoluto a lei de conversão, tornando-a também inconstitucional, porque seria um produto da medida provisória; ou a medida provisória contaminar-se-ia no espaço em que a lei vigeu e a matéria legal, o crime só estaria tipificado a partir do momento da edição da lei de conversão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Uma das primeiras discussões mais profundas que o Tribunal teve a respeito da medida provisória foi na ADIn 293, relatada pelo Ministro Celso de Mello, em que se suspendeu a vigência da medida provisória, salvo no que ela representava um projeto de lei.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – A medida provisória é um projeto de lei atípico, porque desde a iniciativa passa a produzir efeitos. A atipicidade está apenas no fato de deflagrar efeitos desde logo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Então, naquela medida nós dissemos: estamos suspendendo. Naquele caso era uma medida provisória já rejeitada pelo Congresso, reeditada com pequenas alterações. Dissemos que ela não poderia ser editada por medida provisória. Agora, ela subsiste enquanto projeto de lei; decida o Congresso Nacional como entender.

O que está em causa nesta discussão: a lei é contaminada desde a sua origem e definitivamente; ou apenas contaminam os seus efeitos como medida provisória, enquanto vigeu como medida provisória, mas não os efeitos prospectivos da lei.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ministro Pertence, esse problema todo depende da resposta em relação a poder ou não utilizar a medida provisória no caso específico. Essa é a pergunta que tem de ser feita. Porque só surgirá a questão, se respondida a questão formal suscitada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Retomo o exemplo pedagógico do Ministro Celso de Mello. Ninguém tem dúvida hoje de que não pode, em medida provisória, ser definido um crime novo.

Pois bem, vem, então, no prazo de sessenta dias o Congresso e a converte em lei. Pergunta-se: o fato ocorrido antes da conversão é criminoso?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - A matéria prévia está resolvida e não poderia ser utilizada. Aqui, não se decidiu isso ainda. Aqui, tem-se que decidir matéria prévia. Eu, inclusive, no voto que fiz, disse que, neste caso, no meu ponto de vista, poderia ser utilizado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Sr. Presidente, gostaria de lembrar que a Emenda 32, em razão de toda essa discussão a propósito da medida provisória, estabeleceu uma série de limites materiais na utilização da medida provisória.

“Art. 62 (...)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise – este é um ponto sensível: a questão do Plano Collor – a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;”

Se sustentarmos a tese de que há esta convalidação – não quero adiantar – a emenda terá sido absolutamente inútil, porque podemos fazer um seqüestro de bens por medida provisória, e agora o Presidente tem maioria...

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ministro, estamos discutindo um tema, sem termos resolvido a questão preliminar: saber se, neste caso, pode-se ou não usar a medida.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Se julgamos que prejudica em qualquer hipótese, é solução radical: a medida provisória foi convertida em lei? Então, não se discute mais a sua validade. Não precisamos discutir se ela era originariamente válida. Essa é mais ou menos a linha que me pareceu extrair-se do voto do Ministro Joaquim Barbosa: há uma nova realidade; há uma lei e pronto; nada mais se discute.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – Vou tentar expor o ponto de vista do Ministro Gilmar Mendes. Ele pretende, em defesa da jurisdição constitucional, indagar inicialmente se há prejudicialidade em relação ao vício de forma. Eu responderia de uma forma quanto a haver prejudicialidade em relação ao vício originário referido do art. 246; e de outra forma em relação aos outros pontos da medida provisória. Digo-o em defesa do ponto de vista do Ministro Gilmar Mendes. Não poderia responder de uma só vez se há prejudicialidade em relação ao art. 246 e se há prejudicialidade em relação ao mérito.

Perdoem-me, mas tudo me faz crer que, pela lógica, deve-se ou discutir o art. 246 ou dividir a questão da prejudicialidade em duas partes.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Nelson Jobim (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

04/08/2004**TRIBUNAL PLENO****MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL****PROPOSTA**

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Proponho dividirmos a questão. A questão posta agora é a seguinte: a promulgação da lei de conversão prejudica ou não a análise do vício formal relativo ao art. 246.

Vamos resolver essa questão agora. Depois, examinaremos os outros problemas se formos adiante.



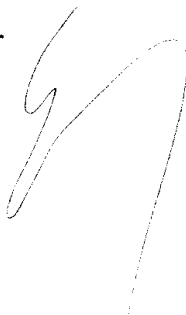
04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO
FEDERAL

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sr.
Presidente, a promulgação da lei de conversão não prejudica a
análise do vício formal.



Supremo Tribunal Federal

04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO
FEDERALVOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Sr. Presidente, voto de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, no sentido de examinar o problema.



04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO
FEDERAL

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, a lei de conversão absorve a medida provisória e absolve os pecados desta. De sorte que acompanho o voto do Ministro Joaquim Barbosa.



04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6
DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Carlos Britto, Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes (Relator) e Nelson Jobim (Presidente).

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, com o devido respeito, embora já estejamos votando, como não tive oportunidade de intervir durante a discussão, gostaria de estabelecer as premissas da minha conclusão.

Se dermos ao caso específico desta figura de produção legislativa híbrida - a medida provisória que se converte em lei -, o mesmo tratamento jurídico-constitucional que se dá a projeto de lei e à lei, a distinção entre as duas figuras desaparece. Por quê? Porque vamos dar à medida provisória a qualificação de uma lei autônoma capaz de ser seccionada no tempo e na sua eficácia. Na verdade, não é disso que se trata. Não se trata de duas leis suscetíveis de seccionamento no tempo, de tal modo que, se o vício perdurou durante a vigência da primeira lei, não contaminaria a outra lei, porque esta seria independente. E não há essa independência. O que ocorre é uma transformação.

Se me fosse permitido usar uma figura não jurídica, de retórica, diria que o mesmo se sucede na transformação da crisálida em borboleta. Não se trata de outro ser, mas do mesmo, com modos diferentes de ser, que, no caso, é um produto legislativo híbrido, com esta



ADI 3.090-MC / DF

agravante: se o legislador constitucional quis impedir que determinadas matérias fossem reguladas e disciplinadas por um mecanismo híbrido principiado por uma medida provisória - e esta, ele, como legislador, não poderia ignorar que pode ser convertida em lei -, essa sua preocupação de proibir que as matérias fossem cuidadas por via de medida provisória seria um absurdo constitucional. Noutras palavras: para que fim o legislador proíbe que determinados assuntos possam ser regulados por medida provisória, se ele mesmo sabe que a lei vai sanar os vícios dessa medida provisória? Ou seja, ele vai permitir que a sua proibição se torne inútil pelo fato de não poder ignorar que a transformação dessa medida provisória em lei simplesmente é capaz de absolver os vícios que ele tem por impeditivos da edição de uma medida provisória?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - São dois atos distintos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não seria absolutamente inútil, na medida em que desfaria os efeitos típicos que a medida provisória produziu como e enquanto tal; vale dizer, a sua vigência imediata entre o momento da sua edição e o momento da sua conversão em lei. Por isso não subscrevo, pelo menos entre outras reflexões, a bela frase do Ministro Carlos Britto: absorve sim, mas não estou afirmando, por ora, que absolve ou, pelo menos, que absolve qualquer vício.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Na doutrina brasileira e italiana fala-se em uma novação

 2

ADI 3.090-MC / DF

normativa, que supõe, na verdade, a manutenção dos fundamentos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A mim me parece que uma medida constitucional da envergadura de proibir a edição de medida provisória sobre determinados assuntos não tem o alcance diminuto de emprestar invalidez apenas enquanto medida provisória.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não são tão diminutos esses efeitos. Usa-se, em princípio, da medida provisória para gerar-se o efeito imediato. O projeto, o Presidente da República poderia enviar sobre a matéria.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não se trata de um só ato. A conversão é um, o ato convertido é outro; tanto que os dois vêm arrolados em dispositivos diferentes no art. 59. É preciso entender, conforme pontua Celso Antônio Bandeira de Melo, que medida provisória não é lei; tem provisoriamente força de lei. Daí o seu nome "medida provisória".

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - A Constituição diz isso; não há nada de novo.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu sei, mas o Ministro Cezar Peluso, ao se referir a "crisálida e borboleta", disse se tratar de uma só coisa. Em verdade, são duas coisas distintas.



ADI 3.090-MC / DF

Ainda entendo que o Ministro Joaquim Barbosa está corretíssimo, por isso usei a expressão "absorve", porque a lei de conversão faz desaparecer do mundo jurídico a medida provisória. Agora, quanto a "absolver os pecados", acho que sim, desde que se atribua à lei de conversão o efeito prospectivo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Absolve plena e retroativamente?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não; há o efeito prospectivo. Nesse ponto concordo com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Então, não é absolver - vamos chamá-lo da biologia para o Direito Penal -, é apenas um perdão judicial.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Absolve os pecados, porque, a partir dali, o que passa a prevalecer é a lei de conversão no domínio da matéria que lhe é própria para legiferação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Com o devido respeito, concluindo, acompanho inteiramente o voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes. 

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Nelson Jobim (§ 4º do artigo 96 do RISTF)

04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL**VOTO S/ PROPOSTA
(Apartes)**

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Senhor Presidente, apenas quero organizar minhas idéias e, por isso, repriso algumas indagações surgidas dos debates desta tarde.

A primeira é a seguinte: a lei de conversão coonesto o vício de que padecia a medida provisória, por alcançar matéria alterada por emenda promulgada até 1º de janeiro de 1995, conforme texto da Emenda Constitucional nº 32/2001.

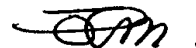
Segunda indagação: a medida provisória podia, no caso, tratar de energia hidrelétrica, o caso presente – Constituição, art. 176, § 1º -, a respeito de cuja matéria o eminente Relator já adiantou a sua posição na assentada anterior?

Em seguida, seria necessário responder se a consequência de uma resposta negativa à questão anterior corresponderia a idêntico vício formal em relação à própria lei. Supondo-se uma resposta positiva, seria a ADI aditada e, consequentemente, teria prosseguimento?



O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) – Vamos ficar com a primeira questão.

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Enfim, a grande indagação decorre de algo trazido hoje pelo Ministro-Relator e do fato de haver sido detectado um vício.



O Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) – A questão posta é a seguinte: vamos discutir a existência desse vício ou não? Esse é o problema. Não estamos afirmando que o vício é grave, mas se prejudica a análise do fundamento ou não.

A Sra. Ministra Ellen Gracie – É necessário discutir em dois momentos.

Portanto, tentando organizar essa série de indagações, e desde logo indicando acompanhar o eminente Relator, entendo que, se o vício da medida provisória se transfere à lei resultante da sua conversão, é sinal de que o processo legislativo ordinário é o único que cabe e que deverá ser percorrido para se trazer ao mundo jurídico os conteúdos inicialmente enfrentados por essa medida provisória.

Por essas abreviadas razões, na preliminar de encaminhamento colocada por Vossa Excelência, acompanho o voto do eminente Relator.



04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, em boa hora compreendemos haver uma questão prejudicial a ser apreciada, que não se confunde com qualquer outra relativa ao fundo: saber se, no caso, deve prevalecer ou não o julgamento do pedido inicial; saber se a medida provisória poderia ou não reger certa matéria.

O Tribunal é convocado para pronunciar-se, diria, sobre o critério sequencial; pronunciar-se quanto à eficácia da lei de conversão. Poderia ela, em um processo complexo, como é o processo legislativo, retirar do mundo jurídico vício inicial, vício a contaminar ato que compõe esse mesmo complexo?

Eis a questão colocada. Levando em conta até mesmo as figuras teratológicas já suscitadas, considerada a tese diversa da salvação dos atos, não tenho dúvida alguma, na linha do que sustentado inclusive por Celso Antônio Bandeira de Mello, que o vício primitivo contamina a lei de conversão, sob pena, então, de até no projeto de lei, em que se exige a iniciativa do Chefe do Poder Executivo, assentar-se que a sanção por este afasta o vício inicial.

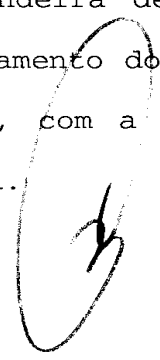
O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Uma pergunta: mas contamina no sentido de que a lei de conversão não pode tratar da matéria?



ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Trata-se de questão a ser apreciada, conforme salientado pelo Presidente. Devemos agora, apenas, elucidar se, tendo sido convertida a medida provisória, os seus vícios estão afastados do cenário jurídico, já não podem mais ser examinados.

Na linha do que sustentado em "Direito Administrativo", por Celso Antônio Bandeira de Mello, pronuncio-me pela contaminação, ou seja, pelo afastamento do "bill" de indenidade que se conferiria à lei de conversão, com a devida vênica do voto discrepante do ministro Joaquim Barbosa.



04.08.2004

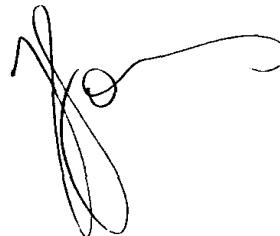
TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6
DISTRITO FEDERAL

E X P L I C A Ç ã O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Sr. Presidente, gostaria de fazer um esclarecimento: o meu voto é simplesmente no sentido de que, promulgada a lei de conversão, cessa o debate sobre a medida provisória, porque ela desaparece. Não entro em detalhes sobre se há ou não contaminação. Somente isso.

O debate sobre contaminação, penso, passa à etapa seguinte. Essa questão de fundo discutirei agora.



04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

(S/ PROPOSTA)

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sr. Presidente, o que tenho sustentado, pode ser assim resumido: a medida provisória não poderia cuidar do tema. No caso, a questão da energia hidroelétrica. Em princípio, portanto, ela é nula. Foi ela, entretanto, convertida em lei.

A medida provisória, neste caso, segundo penso, vale como mero projeto de lei. É dizer, enquanto medida provisória, não gera efeito nenhum. O vício, entretanto, do qual padecia a medida provisória não se transmite à lei de conversão. Ou seja, enquanto medida provisória não gerou nenhum efeito; os efeitos são da lei e passam a ser gerados a partir da vigência da lei de conversão.

É assim que sustento e é nesse sentido o voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, ao que me parece.



O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Meu voto não foi nesse sentido; ele é no sentido de examinar a questão na fase posterior à questão formal.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro Carlos Velloso, veja bem, a maioria está se formando no sentido da não-prejudicialidade; admitamos o contrário: se respondermos que está prejudicada, não se examina se houve vício ou não. Não se discute o assunto e vai se discutir na ADIn respectiva, se houver, em relação ao mérito. Não se discute mais nada, não está prejudicado, prejudicou o exame de tudo. Essa é a questão que está sendo posta. Pergunta-se: a edição da lei de conversão impede a análise do fundamento de que a medida provisória, que teria dado origem à essa lei de conversão, tinha algum vício formal? Essa questão é que está posta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Responderei quanto à necessidade de se prosseguir no exame tendo em vista o vício formal.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Necessidade é uma consequência do juízo. Ou seja, se respondermos que não prejudica, aí examinaremos esses assuntos a que Vossa



ADI 3.090-MC / DF

Excelência está se referindo. Serão examinados depois. Primeiro, já responderíamos subsequenteiramente se houve o vício: se houve, surge a segunda pergunta: que tipo de prejuízo esse vício deu em relação à lei? Vossa Excelência está adiantando sua posição.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Acompanho, na conclusão, o voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes.



* * * * *

04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

(VOTO S/PROPOSTA)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, ao acompanhar o voto que, então, chamei de antológico do Ministro Celso de Mello na ADInMC 293, em 1990 - já vamos nos transformando em testemunha ocular da história -, situei o que chamei da dupla natureza da medida provisória, da qual continuo convencido.

Disse, então:

"Concedeu S. Ex. (referia-me ao Ministro Celso) a medida cautelar para suspender - creio que este é o texto-, a eficácia e a aplicabilidade do conteúdo normativo do artigo impugnado, artigo 1º e seu parágrafo da Medida Provisória nº 190, sem prejuízo do exercício, pelo Congresso Nacional, da competência do parágrafo único do artigo 62 da Constituição.

Considero importante realçar esse ponto, porque distinção feita por S. Exª, implícita nessa conclusão, serve para delimitar a jurisdição da Corte no exame das ações diretas de inconstitucionalidade, e respectivos pedidos de liminar, quando voltados contra a validade de medidas provisórias.

De fato, Senhor Presidente, a emissão pelo Presidente da República de uma medida provisória desdobra-se em dois momentos de significação constitucional inconfundível: o primeiro é a edição de um ato normativo, com eficácia imediata de lei, posto que provisória e resolúvel; o segundo momento, é a submissão desse ato normativo, sem prejuízo dessa eficácia provisória imediata ao Congresso Nacional, não apenas para ratificar os efeitos imediatos produzidos, mas para conversão em lei, de eficácia definitiva, do mesmo conteúdo normativo da medida provisória.

Ora, parece claro que só pode ser objeto de ação direta a medida provisória, enquanto ato normativo. Conseqüentemente, só a sua eficácia - essa eficácia



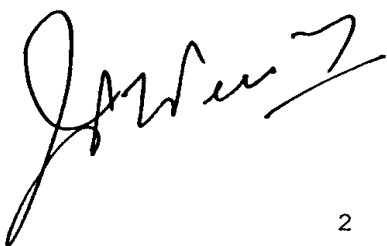
provisória, mas imediata de lei -, é que pode ser objeto de suspensão liminar, seja esta estendida como suspensão de vigência ou como suspensão de eficácia: só se suspende a vigência do que está vigendo, só se suspende a eficácia do que já é eficaz...

Enquanto projeto de conversão da medida provisória em lei, isto é, enquanto ato de iniciativa de um processo legislativo ordinário, a medida provisória é endereçada ao Congresso Nacional, e não incumbe ao Poder Judiciário dizer previamente, em ação direta de inconstitucionalidade, e muito menos no seu julgamento liminar, sobre a admissibilidade de sua tramitação congressional, seja por vício formal, seja pela inconstitucionalidade material de seu conteúdo normativo. É mais que sabido que o controle de constitucionalidade dos atos normativos, no complexo sistema brasileiro, seja pelo método difuso, seja pelo método concentrado, é sempre controle **a posteriori** e não, preventivo.

Por isso - estou apenas desdobrando o que me parece implícito na conclusão do voto do Relator-, vícios formais ou substanciais da medida provisória, enquanto projeto, só poderão se objeto de eventual análise judicial nesta Casa, na medida em que se venham a contaminar a validade da lei em que se tenha convertido. O ponto assim, Sr. Presidente, a indagar do relevo..etc"

Aí passei a analisar o vício que, então, se alegava contra a medida provisória, enquanto tal.

Creio que no caso, Senhor Presidente, é preciso, então, prosseguir na discussão para saber em que medida os vícios iniciais contaminaram a lei de conversão. É só nesse sentido - sem antecipar a minha perspectiva sobre a existência dos vícios originais da medida e sobre a contaminação ou não da lei de conversão - que acompanho o Ministro Gilmar Mendes.



04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

À REVISÃO DE APARTES DOS SRS. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE, CEZAR PELUSO e GILMAR MENDES.

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Também acompanho o voto do Relator no sentido de entender que temos de examinar a questão. Não me comprometo, absolutamente, com as observações do Ministro Cezar Peluso, principalmente lembrando que não é desconhecido, no sistema constitucional e no sistema internacional, "incomparato", o tratamento das medidas provisórias como meros projetos de lei, que é o caso na Constituição Espanhola de 29 de dezembro de 1978, arts. 60 e 86, apartado segundo, em que se admite que as Cortes espanholas possam tratar a medida provisória como projeto de lei. Isso é importante ter presente, porque entender de forma diversa - só para adiantar um ponto - importaria em furtar ao Poder Legislativo o exame de matéria de iniciativa privativa do Presidente da República porque, senão, usando ele sempre por medidas provisórias, evitaria qualquer análise num momento de conversão. Então, se o Presidente, por medida provisória, liberou o contraditório por procedimento legislativo, este procedimento passa a ser tratado no Congresso como procedimento por projeto de lei, que é uma técnica exatamente para preservar a possibilidade da discussão em matéria restrita ao Congresso Nacional.

ADI 3.090-MC / DF

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Tanto que não tenho dúvida, antes como depois - sobretudo depois, mas antes mesmo da Emenda Constitucional 32 - de que, por exemplo, se o Presidente da República baixasse medida provisória sobre matéria de iniciativa privativa dos tribunais, aí sim, a lei de conversão estaria fatalmente contaminada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, se Vossa Excelência me permite, só a consegui agora, mas aqui está a exposição de motivos da Emenda nº 32, e num dos trechos diz, exatamente, o que Vossa Excelência disse:

"Tais reclamos foram acolhidos. No entanto, a aplicação de medidas provisórias vem sendo rotineiramente desvirtuadas ao serem editadas sem nenhuma relevância ou urgência."

Reconhece que o Executivo está usurpando a função legislativa do Poder competente.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Sim, mas o que faz o Congresso? Ele poderá rejeitar ou, se a matéria for de competência privativa dele próprio, ele poderá transformá-la em lei.

Vamos examinar essa discussão após. Só lembraria que é importante ter presente nessa temática que, no sistema anterior à Emenda Constitucional nº 32, a medida provisória era apreciada em sessão conjunta do Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A grande objeção para essa dupla natureza da medida provisória é: em se tratando de

ADI 3.090-MC / DF

medida provisória - e isso não me pareceu substancial - havia, realmente, aquela comissão mista e a apreciação em seção conjunta do Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Isso é problema irrelevante.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Hoje não; hoje a medida provisória tem exatamente a mesma tramitação de uma lei ordinária.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Trata-se, portanto, de uma lei ordinária com urgência constitucional, porque tem os mesmos quarenta e cinco dias do projeto de lei com urgência constitucional. Então, hoje é a mesma coisa. Aliás, houve um equívoco legislativo do Senado Federal porque, na sessão conjunta do Congresso Nacional, a força do Senado é igual à da Câmara. Na medida provisória, não, porque, se o Senado Federal, examinando o projeto de lei vindo da Câmara, emendar, volta à Câmara, e esta pode rejeitar; a Casa iniciadora é que dá a palavra definitiva. Mas isso não importa.

A matéria está respondida no sentido de que a edição da medida provisória, a lição da lei de conversão não prejudica o exame da questão preliminar relativa o uso de medida provisória em relação ao tema tratado pelo inciso I do art. 176 da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes já respondeu a essa questão e entendeu que a matéria estava prejudicada. Vossa Excelência quer reproduzir o seu voto em relação ao art. 176, § 1, que não poderia ser tratado por medida provisória.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu gostaria de reproduzir o meu voto.

ADI 3.090-MC / DF

Estou assentando que, embora pretendesse, em outro momento, examinar ou até reexaminar essa discussão sobre a prejudicialidade em relação às alterações, não o faço agora.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não vai poder fazer, agora é restrito a isso.

04/08/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(Quanto à existência de violação ao art. 246)

Já na Sessão em que se iniciou este julgamento foram colocadas algumas objeções no que toca à aplicação do art. 246 ao caso em exame. Considero necessárias algumas considerações adicionais sobre o tema.

Uma das objeções parte da história legislativa da Emenda nº 6.

A partir da Exposição de Motivos, assinada em 14 de fevereiro de 1995 pelo então Ministro de Estado da Justiça Nelson Jobim, Ministro de Estado de Planejamento e Orçamento José Serra, Ministro de Estado da Fazenda Pedro Malan e Ministro de Estado de Minas e Energia Raimundo Britto, afirma-se que a referida Emenda tinha por objetivo exclusivo a supressão do art. 171, da Constituição, que criara a figura da empresa brasileira de capital nacional.

Este seria, segundo tal objeção, o objetivo "primário e único" da Emenda Constitucional nº 6. Parte-se do seguinte excerto da Exposição de Motivos:

"2. A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedido a esta última. Para tanto, firma-se conceito da



empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País."

A alteração subsequente, no âmbito do art. 176, § 1º, da Constituição, teria por escopo a compatibilização do texto constitucional com a revogação do art. 171. Para tanto, teria substituído, no § 1º do art. 176, a referência a empresa brasileira de capital nacional, e colocado em seu lugar a expressão "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País".

Assim, essa alteração do art. 176, § 1º, nada diria respeito à questão da energia elétrica. A Emenda Constitucional, ao eliminar a figura da empresa brasileira de capital nacional, teria que necessariamente tirar aquela expressão que estava revogada.

Para demonstrar a correção do argumento chegou-se a formular a hipótese de que a emenda tivesse ficado restrita à alteração do art. 171, e que não tivesse feito a alteração do § 1º do art. 176.

Na linha exposta pelo Ministro Jobim, caso a alteração ficasse restrita ao art. 171, a Corte acabaria por chegar a interpretação no sentido do desaparecimento da figura da empresa brasileira de capital nacional também no âmbito do art. 176, § 1º.

O Ministro Velloso, considerando a hipótese de alteração restrita ao art. 171, com manutenção do art. 176, § 1º, em sua redação original, ofereceu a seguinte resposta: "Ficaria a empresa com capital puramente nacional apenas para aquelas de exploração de energia elétrica".

Esse debate preliminar acabou interrompido.

Em primeiro lugar, cabem breves considerações quanto ao uso e a eventual vinculação desta Corte, intérprete último da



Constituição, ao elemento histórico contido nos trabalhos legislativos que deram origem às normas da Constituição.

Com a máxima vênia, o elemento histórico não constitui fator único ou definitivo na interpretação das normas constitucionais. Há elementos outros, oferecidos pela teoria constitucional contemporânea, que concorrem na atividade hermenêutica. Não estou, por evidente, menoscabando a importância do elemento histórico, ou mesmo de uma singela exposição de motivos. Este elemento assume especial relevância em alguns casos, especialmente quando a vontade do legislador assume alguma expressão lingüística.

De fato, reconhece a melhor doutrina que a vontade do legislador histórico, na atividade de interpretação, encontra limites, sobretudo quando essa vontade não adquiriu expressão lingüística inequívoca. Ao assinalar o caráter lingüístico de qualquer interpretação, anota o Professor Inocêncio Mártires Coelho:

"Disso decorre, a rigor, e imediatamente, a perda de sentido da velha disputa entre aqueles que atribuem à tarefa interpretativa a finalidade de descobrir, por trás das normas jurídicas, uma suposta vontade do legislador, e os que, também voluntaristas, impõem ao intérprete o dever de se curvar às palavras ou à vontade da lei, como condição de legitimidade de todo labor hermenêutico.

Nem uma coisa, nem outra, pois onde aquela vontade - seja da lei, seja do legislador - não se exteriorizou em determinada linguagem normativa, de uso comunitariamente inteligível, não há falar sequer em atividade hermenêutica. Afinal de contas - anota Emilio Betti - o objeto da interpretação não é a vontade como tal, mas a forma em que está explicitada: o feito ou o

falado". (Interpretação constitucional, cit., p. 54)

Essa perspectiva contemporânea da hermenêutica constitucional - que, repito, não ignora o elemento histórico - atende à própria necessidade de atualização das normas constitucionais, permitindo que as gerações futuras não fiquem vinculadas a uma intenção do legislador histórico, que muitas vezes sequer encontra expressão no texto normativo.

Mas ainda que consideremos no caso o elemento histórico, com a máxima vênia, não se vislumbra uma tese consistente na assertiva no sentido de que o art. 176, § 1º, teria sido objeto de alteração meramente redacional.

Na própria Exposição de Motivos já referida há uma demonstração inequívoca de que a alteração do 176 é parte de uma alteração em um complexo normativo que está sim vinculado à exploração do setor elétrico.

Veja-se a parte final da Exposição de Motivos:

"5. Note-se que as alterações propostas não impedem que legislação ordinária venha a conferir incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, inexistindo qualquer vedação constitucional nesse sentido.

6. Com o mesmo escopo, a Emenda efetua alteração no § 1º do art. 176, de forma a eliminar a exclusividade da pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica por empresa brasileira de capital nacional. Pretende-se, assim, **viabilizar a atração de investimentos estrangeiros para o setor de mineração e energia**

elétrica, mantido o controle da União mediante alteração ou concessão.

7. Julgamos, Senhor Presidente, que as alterações propostas irão ao encontro de projeto de desenvolvimento econômico e social propugnado por Vossa Excelência, manifestando-se compatíveis com a construção de uma economia mais moderna, dinâmica e competitiva."

Não parece, portanto, ainda que considerada só a perspectiva histórica, que a alteração do art. 176, § 1º, seria apenas um ajuste de índole redacional. A referida Exposição de Motivos já demonstra isto de um modo cabal.

E a hipótese formulada para tentar demonstrar esse alegado caráter redacional da alteração demonstra justamente o contrário, conforme apontou o Ministro Velloso. **Alterado apenas o art. 171, com a eliminação da figura da empresa brasileira de capital nacional, sem a alteração do art. 176, § 1º, ter-se-ia como resultado a preservação de tais empresas de capital nacional no âmbito dos setores de mineração e energia hidráulica!**

Note-se, ainda, que na proposta original formulada pelo Executivo não constava o art. 246. Tal disposição foi introduzida ao longo do processo legislativo de emenda constitucional. Obviamente os congressistas - ao estabelecer essa que é uma radical restrição ao uso de medidas provisórias - tinham em vista as repercussões que as alterações promovidas pela Emenda 6 produziriam. E é óbvio que essas repercussões também se dariam especificamente no setor elétrico.

E tais repercussões são notórias. A partir da Emenda 6 foram editados uma série de atos normativos, tendo em vista a disciplina para a construção de uma realidade totalmente diferente daquela anterior à Emenda, em que a atividade energética era baseada nas empresas estatais (Cf. fls. 6 e ss. da inicial).



Quero enfatizar, com tudo isso, que o art. 176, § 1º, foi objeto de uma alteração substancial pela Emenda 6. Essa alteração está necessariamente vinculada a uma série de ajustes legais e institucionais que lhe sucederam.

A própria criação da ANEEL, em 1996, é prova disso (Lei 9.427, de 1996). Com a perspectiva de incremento na atuação de agentes privados no setor elétrico considerou-se necessário criar um agente regulador, algo que não fazia sentido naquele ambiente de predomínio das estatais.

A menção da ANEEL já me parece contundente.

Mas não é difícil encontrar uma série de outros atos legislativos que são expressão dessa alteração **substancial** trazida pela Emenda 6. Entre outros, registro (1) a disciplina para as concessões e permissões, trazida pela Lei 9.074 (que também criou a figura do Produtor Independente de Energia); (2) a edição da Lei 9.648, de 1998, que reestruturou a Eletrobrás S.A., e que introduziu a livre negociação da compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados; (3) essa mesma Lei 9.648 criou o Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, para exercer as atividades de coordenação e controle da operação de geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados; e, ainda no âmbito da Lei 9.648, cabe mencionar a criação do MAE (Mercado Atacadista de Energia Elétrica), no âmbito do qual verifica-se a contabilização e liquidação de todas as operações de compra e venda de energia elétrica.

É esse o novo ambiente institucional do setor elétrico, todo ele vinculado à inovação da Emenda 6. Diante desse quadro, considero equivocado afirmar que esta Emenda não operou uma mudança substancial no art. 176, § 1º.

Por fim, não me parece possível ignorar que a concretização do novo modelo, fixado na Emenda 6, ficou expressamente atrelada à restrição do art. 246. Essa foi uma decisão fundamental do legislador constituinte, que teve o cuidado de prevê-la expressamente na própria Emenda 6.



Já anotei que não tenho qualquer simpatia pelo art. 246, ao contrário, mas isso é irrelevante no caso. O fato é que esta Corte, como guardiã da Constituição, **está obrigada a dar algum sentido ao art. 246**. Negar a sua aplicação a um caso como o presente configura, com a máxima vênia aos que pensam em contrário, um indevido esvaziamento daquele preceito. Essa é a questão que deve ser enfrentada no presente caso: admitida a edição de Medida Provisória para a disciplina ora impugnada, qual o sentido útil que remanescerá ao art. 246?

Aplicação do precedente da ADI 2005

Ainda nessa discussão quanto à aplicação do art. 246 ao caso, considero oportuno refutar outra objeção.

Afirmou-se que a presente discussão não teria sido objeto de exame no precedente da ADI 2005.

De fato, conforme já coloquei em meu voto, considero que o precedente da ADI 2005 é por demais rigoroso, restringindo a edição de medida provisória mesmo em matéria que não diga respeito à energia decorrente da exploração de potenciais hidráulicos.

Mas não é correto afirmar que a questão que se coloca no caso em exame, no que toca à aplicação do art. 246, é inédita para esta Corte.

Na ADI 2005, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, discutia-se a legitimidade de Medida Provisória que dispunha, entre outros, sobre os seguintes temas:

1) autorização para que a Eletrobrás pudesse aportar recursos em concessionárias ou autorizatárias para geração ou transmissão de energia elétrica (art. 1º da MP 1819, de 1999)

2) destinação de recursos da Eletrobrás para o financiamento da implantação do Operador Nacional do Sistema Elétrico (art. 2º da MP 1819);



3) aquisição e utilização dos serviços de eletricidade da ITAIPU Binacional (art. 3º da MP);

4) definição no sentido de que à ANEEL caberia autorizar a implantação de usinas termelétricas e a geração de energia elétrica por fontes alternativas (art. 4º da MP).

Mencionei apenas, e de um modo bastante genérico, quatro das alterações trazidas pela MP 1819, objeto da impugnação na ADI 2005. Havia inúmeras outras inovações naquela MP. O que quero destacar é o fato de que naquele precedente o Tribunal enfrentava uma Medida Provisória que obviamente não estava a concretizar essa perspectiva de interpretação restritiva da Emenda nº 6, interpretação esta que acaba por dar um valor insignificante à alteração produzida no art. 176, § 1º da Constituição.

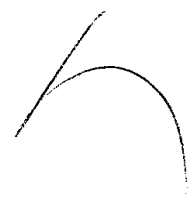
Daí as observações expressas dos Ministros Néri, Jobim, e Pertence, no julgamento da cautelar na ADI 2005. Na conclusão de seu voto complementar, afirmou o Ministro Néri:

"Com efeito, toda a disciplina deles resultante concerne a matéria que se enquadra como as demais analisadas em meu voto inicialmente proferido, no âmbito do art. 176, § 1º, da Constituição, com a disciplina da Emenda Constitucional nº 6, de 1995."

Na mesma linha a posição do Ministro Jobim, *verbis*:

"Os artigos e a legislação toda mencionada na medida provisória em exame dizem respeito, de uma forma direta ou indireta, ao conjunto do sistema elétrico brasileiro no que diz respeito não só a sua exploração como também a todos os mecanismos internos do sistema elétrico.

Parece-me evidente que tem razão o relator no sentido de que essa matéria está toda compreendida na regra do §



1º do art. 176 e, portanto, sofre a incidência do art. 246. Não pode ser tratada por medida provisória."

Por fim, asseverou o Ministro Pertence:

"A conexão entre si de todas as alterações trazidas ao sistema de eletricidade, antes fechado a empresas estatais, faz evidente a imbricação de todas as normas da medida provisória com a efetivação da abertura do setor ao capital privado, só autorizada pela alteração do art. 176, § 1º, da Constituição."

Fiz a menção à ADI 2005 apenas para refutar o argumento de que aquele precedente em nada estaria relacionado ao presente debate. A Corte, naquele caso, adotou sim uma posição clara no sentido de que a restrição do art. 246 incidiria de um modo amplo no plano da legislação aplicável ao setor elétrico.

Mas, conforme já observei, há outro precedente significativo sobre o tema que considero mais acertado na interpretação do art. 246, em sua específica conjugação com o art. 176, § 1º, da Constituição.

Refiro-me à ADI(MC) 2473, também da relatoria do Ministro Néri da Silveira. Nesse julgado, de setembro de 2001, eram impugnadas disposições da MP 2152-2, de 1º de junho de 2001, ato editado para fazer frente à crise de energia. A par do exame da constitucionalidade de vários outros dispositivos, a Corte entendeu por conferir interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito normativo do art. 26 da MP os potenciais de energia hidráulica.

Cabe aqui registrar o teor do referido art. 26:



"Art. 26. Não se aplicam as Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no que conflitam com esta Medida Provisória e com as decisões da GCE".

Analisando tal preceito, asseverou o Ministro Néri:

"Quanto ao art. 26, da Medida Provisória nº 2152, em determinando a não-aplicação das Leis nºs 8.987, de 1995 e 9.427, de 1996, no que conflitam com essa Medida Provisória e com as decisões da GCE, dou interpretação conforme para deferir, em parte, a cautelar.

De fato, não podem a Medida Provisória ou a GCE, por via de delegação, dispor normativamente, de molde a afastar, pura e simplesmente, a aplicação de leis que se destinam à disciplina da regra maior do art. 176, § 1º, da Constituição, no que concerne a potencial hidráulico. De fato, esse dispositivo resultante da Emenda Constitucional nº 6, de 15.8.1995, não pode ser objeto da disciplina por medida provisória, a teor do art. 246 da Constituição. Nesse sentido o Plenário decidiu múltiplas vezes, a partir da decisão na ADI 2005."

Feitos tais registros, a demonstrar a evolução da jurisprudência da Corte sobre o tema, e dentro dos lindes deste exame de cautelar, considero que há plausibilidade do direito invocado quanto à ofensa ao art. 246 da Constituição.

Penso que o entendimento firmado na ADI(MC) 2473 possui uma precisão e uma clareza maior que a exegese firmada na ADI 2005, uma vez que na ADI 2005 não houve ressalva quanto à geração de energia decorrente da exploração de potenciais não hidráulicos. De fato, em um primeiro exame do disposto no art. 176, § 1º, da Constituição, no que toca às fontes de energia, vê-se apenas uma



referência expressa aos potenciais de energia hidráulica, e não às demais fontes.

Nesse exame de cautelar, não me parece cabível, portanto, uma interpretação tão restritiva como aquela da ADI 2005. Tenho como aplicável ao caso, todavia, o precedente da ADI 2473, uma vez que o considero mais consentâneo com a regra do art. 176, § 1º, da Constituição, na redação da Emenda 6, em sua conjugação com o art. 246.

Houve, com a Emenda Constitucional nº 6, uma alteração substancial na moldura do setor elétrico brasileiro. De um sistema baseado na ampla intervenção estatal passamos a um novo paradigma, voltado ao investimento privado e às regras de mercado, com uma atuação do Estado em posição outra, especialmente como agente regulador. E na tarefa de concretizar a nova decisão constituinte foram editadas inúmeras normas, que acabaram por conformar um ambiente legislativo inconfundível com o anterior. É evidente, nessa evolução constitucional e legislativa, uma correlação necessária e inafastável entre as normas legais do setor elétrico e a inovação da Emenda nº 6. Lembre-se, sobretudo, que a regra do art. 246 surge justamente na Emenda nº 6, tendo sido reproduzida na Emenda nº 7, também de 1995.

Considero sobretudo temerária a revisão da jurisprudência firmada por esta Corte na ADI 2473.

Indago, novamente: **admitida a disciplina por Medida Provisória, no caso em exame, qual a eficácia que restaria ao art. 246, especificamente no que toca às matérias tratadas pela Emenda 6? O Presidente ficaria impedido de editar medida provisória sobre o quê?! Não poderia produzir, via MP, tão-somente normas sobre a pessoa jurídica denominada pelo art. 176, § 1º, como "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País"?!**

Com a devida vênia, essa seria uma fraude à Emenda 6. E aí sim teríamos uma interpretação literal e equivocada do art. 246.

Assim, pelas razões expostas, tenho como aplicável ao caso a restrição do art. 246.

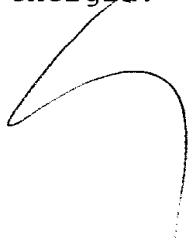


Todavia, na linha do referido precedente da ADI 2473, tendo em vista a possibilidade de aplicação de preceitos da Medida Provisória às outras fontes de produção de energia, considero adequada a adoção de interpretação conforme a Constituição para afastar a incidência da Medida Provisória 144 no que concerne a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia.

Por fim, penso que o referido vício formal necessariamente atinge e contamina a Lei 10.848, de 15 de março de 2004, fruto da conversão da medida provisória.

Conforme já observei, o campo normativo em que a lei de conversão incide é idêntico àquele da medida provisória, de modo que se verifica, nesse ponto, uma continuidade normativa substancial. Não há aqui qualquer solução de continuidade, no plano da vigência, entre o ato provisório e a lei de conversão, e o vício formal existente na medida provisória necessariamente subsiste na lei de conversão. Não fosse assim, estaríamos diante daquela situação de fraude à jurisdição constitucional, ao considerar sanado o vício constitucional do ato provisório em razão de decisão legislativa infraconstitucional.

Meu voto, portanto, é no sentido da adoção de interpretação conforme a Constituição para afastar a incidência da Medida Provisória 144 e da Lei 10.848, de 15 de março de 2004, no que concerne a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA**

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes que, preliminarmente, quanto à medida provisória, conferia interpretação conforme a Constituição Federal para afastar sua incidência em qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, tendo em vista a restrição imposta pelo artigo 246 da Carta Federal; e no que se refere aos demais artigos, deferia a medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos 1º, 2º e 7º da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, na parte que dá nova redação ao artigo 10 da Lei nº 8.631, de 04 de março de 1993, e a indeferia quanto aos demais dispositivos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 04.02.2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de que a edição de medida provisória prejudica o exame das alegações por vício formal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que concedia a liminar para afastar da aplicação da Lei nº 10.848/2004 qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 04.08.2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso



de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQUERENTE(S) : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA -
PSDB
ADVOGADO(A/S) : GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E
OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O primeiro aspecto a ser considerado respeita a alegada violação, na edição da medida provisória, ao disposto no artigo 246 da Constituição do Brasil, que 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 até a promulgação desta emenda, inclusive" --- ou seja, até 12 de setembro de 2.001, data da promulgação da EC 32.

2. O Ministro GILMAR MENDES aplica ao caso o precedente da ADI 2473. Teria havido, segundo ele, com a EC 6/95, que modificou a redação do § 1º do artigo 176 da Constituição, uma "alteração substancial na moldura do setor elétrico brasileiro".

3. Não entendo assim, *permissa venia* de S. Excia. A EC 6/95 limitou-se a, em razão da revogação do artigo 171 da Constituição, 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" nesse § 1º do artigo 176.



4. Mera alteração de redação, nada mais. Não consigo visualizar nessa modificação de redação "alteração substancial na moldura do setor elétrico brasileiro". Da modificação redacional efetivamente não decorre a passagem "[d]e um sistema baseado na ampla intervenção estatal a um novo paradigma, voltado --- na dicção do Ministro GILMAR MENDES --- ao investimento privado e às regras de mercado, com uma atuação do Estado em posição outra, especialmente como agente regulador". Essa alteração de redação --- "empresa brasileira de capital nacional" por "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País" --- evidenciadamente não restringe a atuação estatal, nem a substitui pelo investimento privado sob as regras do mercado.

5. De outra banda, entendo que a medida provisória não se volta a dar eficácia a inovação introduzida pela EC 6/95, o que seria vedado pelo artigo 246 da Constituição. Lembro o voto do Ministro OCTÁVIO GALLOTTI na ADI 1.518: o sentido e a finalidade lógica do preceito estaria na exclusão, do campo de atuação das medidas provisórias, de regulamentação a dar eficácia àquelas inovações.

6. A medida provisória disso não cuida. Versa sobre a matéria de que trata o artigo 175 da Constituição, regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico, como se verifica da leitura de seus preceitos.

7. Diz o § 1º do artigo 176 da Constituição:

"§ 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".

8. O preceito trata de matérias distintas: [i] a pesquisa e a lavra de recursos minerais; [ii] o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica.

9. A atividade de pesquisa e lavra de recursos minerais é atividade econômica em sentido estrito. A autorização ou concessão outorgada a brasileiros ou a empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País não se confunde com concessão de serviço público. Habilita o agente econômico a empreender atividade econômica em sentido estrito.

10. O aproveitamento de potenciais de energia elétrica é serviço público que, nos termos do que define o artigo 175 da Constituição, pode ser prestado diretamente pelo poder público ou sob o regime de concessão ou permissão.

11. O § 1º do artigo 176 da Constituição do Brasil diz quem pode empreender a atividade econômica em sentido estrito [pesquisa e lavra de recursos minerais] e quem pode prestar o serviço público [aproveitamento de potenciais de energia elétrica]. Em ambos os casos, brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

12. A pesquisa e lavra de recursos minerais em geral é objeto de regulação pelo Código de Mineração. A prestação do serviço público implementado mediante o aproveitamento de potenciais de energia elétrica é objeto de regulação pela lei mencionada no artigo 175 da Constituição.

)

13. A lei que em geral regula a matéria de concessões é a Lei n. 8.978/95, com aplicação, tão logo sancionada, à prestação de serviços públicos do setor elétrico. Após advieram medidas provisórias --- duas delas anteriores à EC 6/95¹, as outras, onze, posteriores à emenda constitucional -- regulando-a, isto é regulando a prestação de serviços públicos no âmbito do setor elétrico. Todas elas --- note-se bem --- consubstanciando norma especial² em relação à Lei n. 8.978/95.

14. Daí porque se conclui que a regulamentação do setor elétrico, inclusive a implementada pela medida provisória convertida na Lei n. 10.848, de 15 de março de 2.004, encontra sua matriz constitucional não no § 1º do artigo 176, mas sim no artigo 175 da Constituição do Brasil.

15. A circunstância de, após a vigência da EC 6/95, apenas "brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País" poderem prestar serviço público mediante o aproveitamento de potenciais de energia elétrica --- e não mais, como antes, "brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional" --- não é determinante de qualquer das inovações introduzidas na ordem jurídica infraconstitucional pela medida provisória convertida na Lei n. 10.848/04.

¹ MP 890, convertida na Lei n. 9.074/95, e MP 1.531, convertida na Lei n. 9.648/98.

² Os atributos da especialidade e da generalidade, que apartam as normas gerais das especiais, derivam de um juízo de comparação entre duas normas [NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1.999, 53 e ss.]. Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras normas. Assim, uma norma que é geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de uma terceira.

16. Indago: qual, entre os preceitos da medida provisória e da lei, encontra sua razão de ser na substituição da expressão "brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional" pela expressão "brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País", no § 1º do artigo 176 da Constituição do Brasil? Nenhum, nenhum deles.

17. Força é concluir, destarte, que a medida provisória e a lei não regulamentam artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até 12 de setembro de 2001, data da promulgação da EC 32, inclusive --- vale dizer, não regulamentam o artigo 176 e/ou seu § 1º da Constituição do Brasil.

18. Não há violação pois, no caso, ao disposto no seu artigo 246.

19. De todo modo, ainda que assim não fosse, o vício formal teria o condão exclusivamente de comprometer a medida provisória, não contaminando os efeitos prospectivos da lei de conversão. Vale dizer: a medida provisória teria existido como simples projeto de lei, sem produzir efeitos de nenhuma ordem. Convertido em lei, todos os seus efeitos, efeitos da lei, são produzidos, independentemente da circunstância de ter sido agravado pela medida provisória --- o que ora admito somente para efeito de argumentação --- o artigo 246 da Constituição do Brasil.

Em suma, ausente a plausibilidade do direito invocado pelos partidos políticos requerentes, indefiro a medida cautelar pleiteada nas ADI ns. 3090 e 3100.

30/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) -

J. ni
Ministro Eros Grau, V. Exa dividirá o voto, então, na análise dessa primeira questão e depois vai examinar o problema da delegação legislativa.

Creio que talvez fosse conveniente cindirmos a discussão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - V. Exa. não acolhe com base total?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Trata do 246, portanto, em relação à energia hidráulica.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas também acolhe o problema da delegação legislativa em branco, sem parâmetros substanciais de conteúdo, sem "standard"

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - *J. ni*
Vamos discutir em seguida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - *J. ni*
A questão da delegação sem "standard" tinha sido dada por prejudicado, tendo em vista a mudança ocorrida.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - O
Ministro Eros Grau, então, sustenta dois pontos em relação à medida *J. ni*

provisória; ou seja, em primeiro lugar de que não teria havido alteração, pela emenda constitucional, substancial no artigo correspondente, o parágrafo primeiro do art. 176 e que essa medida provisória estaria regulamentando o 175 e as partes relativas a isso. Isso é o primeiro argumento, primeira sustentação. A segunda sustentação é que a própria lei de conversão teria desaparecido o interesse em relação a isso, porque a lei de conversão estaria salva desse problema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Essa é a primeira questão, na verdade.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Temos aqui duas questões.

Ministro Joaquim Barbosa, V.Exa. havia se manifestado, no entanto, com rapidez e deseja usar a palavra?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sim. Da outra assentada não pude proferir o meu voto.

Sr. Presidente, no que interessa ao julgamento da presente ação direta dispõe o caput do art. 176 da Constituição...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sr. Presidente, tenho a impressão de que teria que se fazer um encaminhamento da sessão tendo em vista o segundo argumento do Ministro Eros Grau.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vamos ouvir o Ministro Joaquim Barbosa, porque ele tem voto escrito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - A questão da contaminação precede à questão de mérito e que foi objeto de discussão.

O Ministro Eros está trazendo o argumento da prejudicialidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Incide o art. 246.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Ele está dizendo que isso só se aplica à medida provisória e não à lei do qual foi convertido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A conversão teria legitimado a medida provisória?

J. M. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Para discutirmos se a edição da lei de conversão salvou o problema, temos que identificar a existência do problema. Logo, a primeira questão a ser examinada é se a medida provisória lesou ou não o art. 246.

Se entendermos que teria lesado o art. 246, teremos que examinar se a lei de conversão salvou ou não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Qual seria a utilidade e necessidade, Presidente, de assentar-se que a lei de conversão estaria a sanar?

J. M. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas, aí, já teríamos fixado uma linha de orientação em relação à matéria preliminar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A coisa não é tão simples.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não é

tão simples.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quando nos primeiros casos mais rumorosos se considerou que a ADIn, salvo engano, a propósito da 193 - relator, Ministro Celso de Mello - especificamente, que era inconstitucional a adoção de medida provisória, mas se resguardou a sua tramitação como projeto de lei - foi quando se identificou bem que a medida provisória é, ao mesmo tempo, uma lei de efeitos imediatos provisórios e resolúveis e um projeto de lei. E quanto ao projeto de lei, ele não é contaminado pela eventual inconstitucionalidade da medida provisória como modalidade apta a regular com efeitos matéria reservada à lei.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Lembro a

J. M. Exa. que também estamos numa nova regulamentação, ou seja, quando se decidiu esse assunto, era a redação primitiva do art. 62, em que a tramitação da medida provisória se dava em sessão conjunta do Congresso Nacional. Agora, a tramitação da medida provisória...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não sei se a conversão foi antes ou depois.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Nesse

J. M. caso é tudo posterior, porque a medida provisória também é posterior, é tudo coisa nova, foi em dezembro do ano passado.

Teremos a seguinte situação: hoje, pelo art. 62, temos duas hipóteses: primeiro, tramita-se tal qual tramita um projeto de lei, uma vez que começa pela Câmara e depois votado o projeto de lei de conversão, a medida provisória pela Câmara, passa ao Senado - primeiro dado. Segundo dado importante é o efeito da aprovação do projeto de lei de conversão. No regime anterior, se o projeto de conversão fosse votado no último dia de vigência da medida

provisória, ele teria que ser sancionado no último dia. Pela redação nova do § 12 do art. 62 diz assim:

"Art. 62 (...)

§ 12 Aprovado o projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto".

J. M.

Ou seja, o que se exige no novo modelo é que a votação do projeto de lei de conversão se dê no período de vigência da medida provisória, mas não a publicação e sanção, nem sanção e veto.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - De qualquer maneira o que o Ministro Eros Grau nesse argumento subsidiário sustenta é que, fosse a medida provisória inválida por violação do art. 246, os efeitos prospectivos da lei de conversão não estariam contaminados por sua invalidez de origem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Essa questão, parece-me, precede ao exame do mérito da questão em face do art. 246. Por outro lado, gostaria de observar, Sr. Presidente...

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro, para admitirmos em juízo sobre isso, precisamos primeiro dizer que a medida provisória foi viciada, para depois dizer que criou esse problema.

J. M.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Se ela estiver prejudicada, não vamos examinar a questão. Por outro lado, gostaria de lembrar que o Tribunal...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Se se conclui por sua validade, malgrado o art. 246, a eficácia e a vigência da medida provisória correrão da data original da sua edição; se, ao contrário, se conclui que a lei de conversão da MPp não é contaminada pela eventual violação do art. 246, é a partir da

promulgação da lei de conversão que vigerão as suas normas e, como lei. Não, como medida provisória convertida, a partir de sua própria edição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Nesse caso, estaria prejudicada a Adin.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Já decidimos que não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim, porque com a conversão, que julgamento útil poderia se fazer ? Nenhum.

Gostaria de observar o seguinte: até aqui o Tribunal nos dois precedentes existentes, não fez aquela célebre ressalva, porque entendeu que o 246 aplicava-se *in totum* e inviabilizava a aplicação da medida provisória e a sua seqüência, enquanto projeto de lei. Esse foi o entendimento que o Tribunal adotou nos dois outros; tanto é que não se fez a ressalva. Dois precedentes relatados pelo Ministro Néri da Silveira.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não fez a ressalva porque não se discutiu.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Essa questão foi posta.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Essa discussão não foi posta. Foi posto o problema de ter acabado ou não, de ter viciado ou não. Só isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Considerou que estava viciada e, portanto, não se podia.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE)

Considerando inclusive a nova redacção do art. 62.



30/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sr.**

Presidente, gostaria apenas de lembrar que este caso começou no dia 15 de dezembro com o ajuizamento da ADI. Em 19 de dezembro houve a requisição das informações; 23 de dezembro de 2003, ajuizamento da Adi nº 3.100, a segunda ADI; 26 de dezembro, as informações recebidas; em 04 de fevereiro de 2004 - eu não quis decidir a liminar porque achei que o tema era delicado -, no início do julgamento e pedido de vista; 11 de março de 2004, aprovação da MP no Congresso Nacional; 15 de março de 2004, sanção da lei; 16 de março, pedido de extinção do feito por prejudicialidade; 18 de março, aditamento da inicial; 13 de abril de 2004, consta o andamento processual das ADIs que essa teria sido a data da devolução dos autos para continuação do julgamento.

Vejam quão distante estamos desse julgamento que começou, portanto, em dezembro de 2003. O meu voto foi proferido no dia 04 de fevereiro de 2004. Por isso, devo, sem dúvida, relemburar o Tribunal sobre os termos do meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Só a liminar?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Isso é julgamento de liminar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Só o julgamento de liminar; mostra bem a história dessa questão.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - V.Exa. está sugerindo alguma coisa? Melhor assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas se eu estiver sugerindo é da minha responsabilidade também.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - V.Exa. deve se lembrar de que todos os Ministros têm direito de pedir vista, e não estão sujeitos à represália.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não estou fazendo nenhuma represália, apenas uma observação, um relato. Está dito o que foi dito.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Se está bem entendido, vamos deixar bem claro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) -

"Já na Sessão em que se iniciou este julgamento foram colocadas algumas objeções no que toca á aplicação do art. 246 ao caso em exame. Considero necessárias algumas considerações sobre o tema.

Uma das objeções, formulada ... (lê voto fls. 14-16)... especialmente quando a vontade do legislador assume alguma expressão lingüística."

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) -

Ministro, só um esclarecimento para o Plenário. V.Exa. não está lendo o voto que proferiu?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Estou fazendo um resumo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Todos os Ministros têm o seu voto e isso não consta do seu voto anterior.

V.Exa. está fazendo um aditamento ao voto?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso constou do meu voto.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - V.Exa. se referiu ao debate do Ministro Velloso que se deu depois do seu voto.

Isso não constou do seu voto. V.Exa. está fazendo um aditamento? Recebemos com aditamento?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Nas discussões das ADI's. Do Ministro Velloso no julgamento daquelas ADI's.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Tenho aqui as notas taquigráficas. Vamos considerar como um aditamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Tenho ou não direito de prosseguir no meu voto, Sr. Presidente?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - No aditamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Seja lá o que for.

"Mas ainda que consideremos no caso o elemento histórico, com a máxima vênia, não se vislumbra ... (lê fls. 17-18)... da União mediante alteração ou concessão." - isso estava na exposição de motivos. Portanto, aqui não se supunha que era uma mera alteração redacional".

"Não parece, portanto, ainda que considerada só a perspectiva histórica ... (lê fls. 18)... preservação de tais empresas de capital nacional no âmbito dos setores de mineração e energia hidráulica!

Note-se, ainda, que na proposta original formulada pelo Executivo não constava o art.246. Tal

disposição ... (lê fls 18-19) ... Quero enfatizar, com tudo isso, que o art.176, § 1º, foi objeto de uma alteração substancial pela Emenda 6." - com as vênias de estilo devidas ao Ministro Eros Grau - "Essa alteração está necessariamente vinculada a uma série de ajustes legais e institucionais que lhe sucederam".

A própria criação da ANEEL, em 1996, é prova disso (Lei 9.427, de 1996)...(lê fls 19-20-21-22)... A conexão entre si de todas as alterações trazidas ao sistema de eletricidade, antes fechado a empresas estatais" - e esta é a mudança substancial que se opera com o art. 176, § 1º - "faz evidente a imbricação de todas as normas da medida provisória com a efetivação da abertura do setor ao capital privado," - essa é a mudança que, salvo melhor juízo, não teria sido captada no voto do Ministro Eros Grau - "só autorizada pela alteração do art. 176, § 1º, da Constituição."

Este é o (...) da controvérsia.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) -

Ministro, mas empresa brasileira de capital nacional não era capital privado?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Só é

possível capital público em empresa brasileira de capital nacional, e capital privado, não?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não havia nenhum impedimento.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - V.Exa. está ratificando. Empresa brasileira de capital nacional é capital não-privado?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É capital privado. Pode ser privado.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Pode ser privado, evidente, como também pode ser outro.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Era uma realidade de empresas estatais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Todas as concessionárias eram, com pequena...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Mas que eram, por excelência, empresas brasileiras de capital nacional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Na verdade, todas controladas pelo Estado.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas não significava necessariamente...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas o universo normativo mudou. Não podemos fazer abstração do que era realidade anterior. Por exigir-se empresa de capital nacional, a realidade é por intermédio de empresas estatais que se implementava a infraestrutura do País.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) -

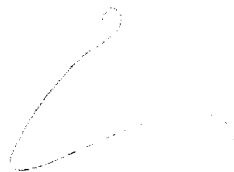
"Sr. Presidente, fiz menção à ADI 2005 apenas para refutar ... (lê fls. 22-23-24-25) ... "Não poderia produzir, via MP, tão-somente normas sobre pessoa jurídica, denominada pelo art. 176, § 1º, como "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País"?!"

Seria esse o objeto, portanto, de todo esse esforço para aprovar esse adendo da Emenda nº 6.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Legislação direta já existente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Já existente e que não foi objeto de consideração? Parece que aqui nós estaríamos, na verdade, a fraudar o texto da Emenda nº 6.

"E aí sim teríamos uma interpretação literal e equivocada do art. 246... (lê fls 25-26... Meu voto, portanto, é no sentido da adoção de interpretação conforme a Constituição para afastar a incidência da Medida Provisória 144 e da Lei 10.848, de 15 de março de 2004, no que concerne a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia."



30/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERALV O T O

(SOBRE A VIOLAÇÃO DO ART. 246)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, no que interessa ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, dispõe o caput do art. 176 da Constituição federal que pertencem à União os potenciais de energia hidráulica para efeito de sua exploração ou aproveitamento.

É importante ressaltar que o caput não foi alterado pela Emenda Constitucional 6/1995. Esta inovou, sim, na disciplina, contida no § 1º do dispositivo, sobre as restrições à exploração do aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica por empresas privadas, mediante autorização ou concessão pelo poder público.

Dispunha a redação original do § 1º do art. 176 da Constituição que "o aproveitamento dos potenciais" a que se refere o caput do artigo somente poderia ser efetuado, mediante autorização ou concessão da União, "por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei".

A EC 6/1995 veio a admitir a exploração ou aproveitamento "por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras" com sede e administração no País, na forma da lei.

Surge a pergunta: A emenda alterou de forma significativa a disciplina constitucional do setor de energia elétrica, no que se refere aos potenciais de energia hidráulica? Houve alteração substancial do conteúdo dessa norma constitucional?

Creio que não.

Transcrevo a exposição de motivos subscrita pelos então ministros de Estado da Justiça, da Previdência e Assistência Social, da Fazenda, da Administração e Reforma do Estado, do Planejamento e Orçamento e de Minas e Energia, encaminhada ao Congresso pela Mensagem presidencial 193, de 16.02.1995:

"Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Em obediência às diretrizes formuladas por Vossa Excelência no sentido do aperfeiçoamento do texto constitucional, encaminhamos a presente Emenda à Constituição Federal, que integra o conjunto de alterações necessárias à viabilização da retomada do crescimento econômico e social do País.

2.- A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedido a esta última. Para tanto, firme-se o conceito de empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

3. A discriminação ao capital estrangeiro perdeu sentido no contexto da eliminação das reservas de mercado, maior interrelação entre as economias e necessidade de atrair capitais estrangeiros para complementar a poupança interna. Com relação ao tratamento preferencial nas aquisições de bens e serviços por parte do Poder Público, a proposta corrige imperfeição no texto constitucional, passando a favorecer os produtos produzidos e serviços prestados no País, ao invés de empresas classificadas segundo a origem do capital. Com isso, pretende-se restabelecer o importante instrumento de poder de compra do Estado para estimular a produção, emprego e renda no País. É digno de nota que a proposta vincula o tratamento preferencial conferido aos produtos e serviços produzidos internamente à igualdade de condições (preços, qualidade, prazos, etc) entre os concorrentes.

4. Uma vez eliminado o conceito de empresa brasileira de capital nacional, faz-se necessário proceder ao ajuste no inciso IX do art. 170, conforme prevê a Emenda apresentada, que mantém, entretanto, o tratamento preferencial a empresas de pequeno porte.

5. Nota-se que as alterações propostas não impedem que legislação ordinária venha a conferir incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, inexistindo qualquer vedação constitucional nesse sentido.

6. Com o mesmo escopo, a Emenda efetua alteração no §1º do art. 176, de forma a eliminar a exclusividade da pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais de energia elétrica por empresa brasileira de capital nacional. Pretende-se, assim, viabilizar a atração de investimentos estrangeiros para o setor de mineração e energia elétrica, mantido o controle da União mediante autorização ou concessão."

Como se vê, com a modificação levada a efeito no § 1º do art. 176, alterou-se, sim, o setor de geração de energia elétrica. Mas essa alteração foi marginal, porquanto se deu pontualmente, em relação a um tópico específico desse setor, qual seja, o da natureza das empresas que viessem a participar

desse mercado, com o foco da alteração centrado na composição do respectivo capital.

Essa adaptação do texto constitucional fez-se necessária em virtude da supressão, promovida pela própria EC 6/1995, do art. 171 do texto original de 1988, dispositivo que previa a figura da **empresa brasileira de capital nacional**, a qual, nos termos do texto constitucional revogado, poderia vir a ser agraciada com benefícios em caso de compra de bens e serviços pelo Poder Público (art. 171, § 2º, revogado). Noutras palavras, o texto revogado estabelecia uma espécie de discriminação positiva em favor dessa modalidade empresarial, prática, aliás, bastante corriqueira nos países ditos desenvolvidos, como bem assinala o professor - e hoje nosso colega - Eros Grau.

Extinto esse modelo de empresa por força da mudança constitucional (extinção que atingiu todos os setores da economia, e não apenas o setor elétrico), tornou-se imperativa a alteração dos dispositivos constitucionais que faziam remissão a esse modelo societário. Esse foi o único objetivo da alteração promovida no § 1º do art. 176 da Constituição. Por conseguinte, seria um exagero, a meu ver, tentar estabelecer uma vinculação direta, incontornável, entre o objeto da Medida Provisória 144/2003, cuja constitucionalidade ora se discute, e a EC 6/1995.

Além disso, se, por hipótese, a regra original vedasse a exploração ou o aproveitamento do potencial de energia hidráulica por qualquer espécie de empresa privada e sobreviesse a emenda para permitir essa exploração, eu entenderia que essa alteração suscitaria a vedação de que dispõe o art. 246 da Constituição, para a regulamentação dessa inovação por medida provisória. Mas, no caso, o texto original já autorizava a exploração por empresas privadas, embora criando restrições quanto ao perfil societário destas. Disso resultava que a regulamentação infraconstitucional já trazia regras ajustadas a essa situação, adaptadas ao modelo de delegação de serviços públicos mediante licitação. Suponhamos que, após a promulgação da emenda, não houvesse nenhuma alteração infraconstitucional, e nenhuma empresa nos novos moldes se instalasse no Brasil. Nessa situação, a emenda não teria causado transformação alguma no setor elétrico. E nem se diga que isso é elocubração acadêmica; o que se busca aqui é estabelecer a consequência que um marco normativo trouxe para situações fáticas.

Dentro do modelo constitucional original de exploração por empresas privadas mediante delegação, alterou-se apenas o tópico referente aos requisitos exigidos das empresas que se candidatariam nos procedimentos licitatórios que se realizassem dali por diante. Tanto é assim que a alteração abrangeu os requisitos não apenas para as empresas que desejassem explorar

os potenciais hidráulicos mas também para aquelas que desejassem explorar jazidas e recursos minerais, como reza o caput do art. 176.

Nesse raciocínio, faço referência ao lúcido argumento lançado como *obiter dictum* pelo ministro Octavio Gallotti em seu voto no julgamento da medida liminar na ADI 1.518:

"Comporta esse dispositivo, segundo penso, o sentido e a finalidade lógica de excluir, do campo de atuação das medidas provisórias, a regulamentação destinada a dar eficácia às inovações constitucionais porventura introduzidas, não a estratificar a disciplina anteriormente existente para determinada instituição, impedindo a sua atualização e aprimoramento nos limites que já autorizava, originariamente, a Constituição, - hipótese que aparenta ser, no caso, a configurada pelas normas impugnadas na presente ação."

A alteração foi pontual, e o alcance do art. 246 da Constituição vincula-se a essa limitação.

Acrescento ainda que os precedentes citados não me convenceram da irreversibilidade dessa orientação nesta Corte. O julgado na ADI 1.597 diz respeito a norma que tratava expressamente de questões de composição acionária de empresas no contexto das privatizações - o que justificou claramente a aplicação do art. 246 da Constituição.

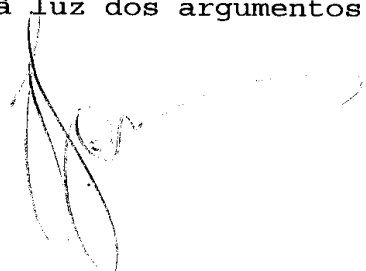
Já quanto ao teor das decisões nas ADI 2.005 e 2.473, a meu ver elas não aprofundaram suficientemente a discussão do problema, além de terem sido tomadas em julgamento de cautelares, o que permitiria maior liberdade do Pleno para

decidir à luz das peculiaridades **deste** caso, sem se apressar a cristalizar um entendimento específico.

Acredito, portanto, que os precedentes mencionados pelo ministro relator mereceriam revisão, ou, ao menos, não vinculariam definitivamente os julgamentos posteriores a eles.

Peço, portanto, vênha ao eminente ministro Gilmar Mendes, para dele divergir, entendendo inaplicável, na espécie, o art. 246 da Constituição, à luz dos argumentos acima expostos.

É como voto.



30/03/2005**TRIBUNAL PLENO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQUERENTE(S)	: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB
ADVOGADO(A/S)	: GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Sr. Presidente, peço vênua, única e exclusivamente, para esclarecer dois aspectos no meu voto. Primeiro, a questão da alteração de redação; segundo, como estamos apreciando a Medida Provisória n. 144, minha posição é a de que não há nenhum preceito na medida provisória que regulamente o § 1º do artigo 176; a regulamentação é toda do artigo 175. Portanto, não se aplica o artigo 246.



30/03/2005

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa convergem, no que toca à inaplicabilidade do artigo 246 da Constituição Federal, sob o fundamento de que a Emenda nº 6 não introduziu novidades materiais no setor de energia elétrica. Eu até acrescentaria: nem mesmo uma qualificação desse setor de energia elétrica enquanto serviço público, porque isso já constava da redação originária da Constituição, no artigo 21, inciso XII, letra "b". Esse setor de energia elétrica, tanto quanto a atividade de aproveitamento dos potenciais hidráulicos, tudo já constava da Constituição como atividade configuradora de serviço público, porém passíveis de transpasse à iniciativa privada, no plano da prestação material, mediante concessão ou permissão. Está dito isso, também, no artigo 21, inciso XII, letra "b" da Constituição, redação originária. A titularidade dos dois setores era pública, mas o exercício, não. O exercício já estava aberto à iniciativa privada mediante concessão ou permissão, na linguagem do art. 175 da Carta Magna brasileira.



De sorte que o art. 176, § 1º, com redação introduzida pela Emenda nº 06, **data venia** do ponto de vista do Ministro Gilmar Mendes, parece mesmo se restringir a uma adaptação quanto à nova exigência subjetiva para a empresa que se interessasse por explorar o serviço de energia elétrica e os potenciais de energia hidráulica. O que se deu, com a Emenda 6, foi uma radical modificação no art. 176, § 1º, pois deixou de se referir a brasileiro ou a empresa brasileira de capital nacional como os vários sujeitos aptos a receber as autorizações ou concessões do gênero.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - E derroga, assim, o art. 176, § 1º, para ampliar o universo dos eventuais concessionários ou permissionários de capital nacional ou não: a mudança é radical.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro Carlos Britto, o art. 171, quando resolve introduzir na Constituição um conceito de empresa, diz:

"Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede em administração do 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".

O que significa que essa empresa brasileira de capital nacional não incluía nem excluía investimento estrangeiro, era todo ele privado, o que se exigia era que o capital privado tivesse o controle do capital votante e ainda, de fato e de direito, o poder decisório de gerir suas atividades. Isso estabelecia a essa empresa brasileira de capital nacional, pelo § 2º, do então art. 171, uma preferência na aquisição de bens e serviços, ou seja, havia um diferencial em relação a isso. O que se resolveu fazer com a Emenda nº 06 foi exatamente extinguir esta distinção para se estabelecer a única distinção que havia no Direito brasileiro anterior "salvo restritamente" - lembrem-se de que essa figura foi herdada da famosa lei de reserva da informática, ela criou essa figura de empresa brasileira de capital nacional e que é de triste memória, em termos de resultados de informática no Brasil.

Agora, no entanto, essa situação mostra que não houve absolutamente um recuo do Estado, tanto isso é verdade que teríamos um problema grave para examinar situação da empresa Itaipu, binacional; lá o controle não é brasileiro. Há um controle paritário para exploração de um potencial de energia elétrica e já existia anteriormente, inclusive, em pequena monta, empresas brasileiras que controlavam produção, exploravam energia elétrica no país, através de pequenas barragens, no sistema de divisão. Era o caso, por

exemplo, de, no Rio Grande do Sul, termos vários municípios em torno de Santa Maria que tinham empresas que exploravam essa situação.

Então, a alteração que se fez, ao suprimir o art. 171, foi extinguir-se constitucionalmente um conceito que a Constituição tinha feito: empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional - isso desapareceu. Permaneceu o quê? Exclusivamente essa situação. O texto se compatibilizou com aquele desaparecimento de um conceito que tinha sido extinto na Constituição.

Vossa Excelência tem toda razão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E o caráter de serviço público quanto ao aproveitamento dos potenciais permaneceu, a titularidade continuou estatal, apenas o exercício da atividade é que foi ampliado de sorte a alcançar empresas estrangeiras, desde que constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração em nosso País.

De maneira que não vejo também a Medida Provisória nº 144/03 como a ter por objeto a regulamentação do art. 176, § 1º da Constituição. Como consequência, entendo também inaplicável o art. 246.



30/03/2005

TRIBUNAL PLENO

**ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr. Presidente,
acompanho os votos dissidentes, com o devido respeito. 

Supremo Tribunal Federal

30/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL**VISTA**

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Senhor Presidente, confesso a Vossa Excelência que me sensibilizam os argumentos trazidos hoje pelo Ministro Eros Grau, mas também o voto, hoje reiterado, do Ministro Gilmar Mendes.

A questão, parece-me, é saber se a conversão dessa medida provisória coonesto vício de que padeceria, ou não, a medida provisória, já que ela alcança a matéria alterada por meio de emenda promulgada até 1º de janeiro de 1995.

Tendo ouvido os votos todos que me antecederam, não chego à conclusão de modo a poder, como os Colegas, entender de plano inaplicável o art. 246.

Em razão dessa dúvida em que me encontro, peço vista dos autos.



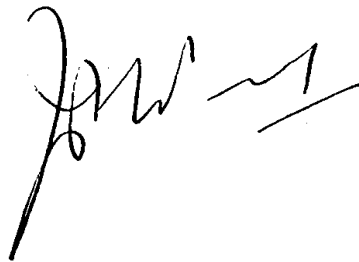
30/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, neste ponto deixo manifestada a minha adesão ao voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido da incidência do artigo 246, proibitivo de disciplina por medida provisória da emenda constitucional que liberalizou a exploração de potenciais hidrológicos por empresas sem controle estatal ou sem capital nacional.

CR/



30/03/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Também registro meu posicionamento em relação à divergência manifestada pelo Ministro Eros Grau.



30/03/2005**TRIBUNAL PLENO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Sr. Presidente, apenas por dever histórico, porque algum dia será lido esse acórdão, gostaria de fazer uma ressalva: não concordo com V.Exa. em relação à "triste lei de informática", mesmo porque desde o anteprojeto estive de acordo com ela.

Só quero deixar registrado.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes que, preliminarmente, quanto à medida provisória, conferia interpretação conforme a Constituição Federal para afastar sua incidência em qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, tendo em vista a restrição imposta pelo artigo 246 da Carta Federal; e no que se refere aos demais artigos, deferia a medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos 1º, 2º e 7º da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, na parte que dá nova redação ao artigo 10 da Lei nº 8.631, de 04 de março de 1993, e a indeferia quanto aos demais dispositivos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 04.02.2004.

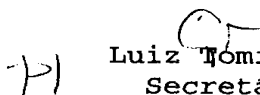
Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de que a edição de medida provisória prejudica o exame das alegações por vício formal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que concedia a liminar para afastar da aplicação da Lei nº 10.848/2004 qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 04.08.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 29.09.2004.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, que deferiam a liminar para dar interpretação conforme a Constituição para considerar inaplicável não só a medida provisória como a lei de conversão a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, e do voto do Senhor Ministro Eros Grau, que divergia no sentido de que não era aplicável a hipótese ao artigo 246 da Constituição, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e o Presidente, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 30.03.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

 Luiz Tomimatsu
Secretário

11/10/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL**VOTO VISTA**

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou em 04.02.04 o julgamento conjunto dos pedidos de medida cautelar formulados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.090 e 3.100, que impugnaram a Medida Provisória 144, de 11.12.03, depois convertida na Lei 10.848, de 15.03.04.

O ato normativo contestado, além de dispor sobre a comercialização de energia elétrica, promove alterações nas legislações ordinárias que tratam (1) sobre a remuneração legal do investimento dos concessionários de serviços públicos de energia elétrica (Lei 5.655/71), (2) sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica (Lei 8.631/93), (3) sobre as normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos (Lei 9.074/95), (4) sobre a instituição da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica (Lei 9.427/96), (5) sobre a política energética nacional e o Conselho Nacional de Política Energética (Lei 9.478/97), (6) sobre a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS e de suas subsidiárias (Lei 9.648/98), (7) sobre a realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica (Lei 9.991/00) e (8) sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, a recomposição tarifária extraordinária, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e a universalização do serviço público de energia elétrica (Lei 10.438/02).

2 - Na sessão de 04.08.04, este Plenário superou a discussão relativa aos reflexos da conversão da medida provisória em lei na alegação de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 246 da Constituição Federal. Ressaltada a identidade dos campos normativos dos atos impugnados, entendeu a maioria que esta questão não se encontrava prejudicada, por não dispor a lei de conversão de imunidade jurídica com relação à medida provisória, “*não convalidando*,”

por conseguinte, eventuais vícios formais por ela apresentados originariamente” (Informativo 355). Por este motivo, concentrou-se esta Corte, a partir daí, na análise de eventual violação ao art. 246, tendo em vista a alteração sofrida pelo art. 176, § 1º, da Carta Fundamental, provocada pela Emenda Constitucional 6, de 15.08.95.

O eminente relator, Ministro Gilmar Mendes, sobre este ponto específico, acompanhado pelo voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu a existência de vício formal ante a impossibilidade, ditada pelo referido art. 246, de edição de medida provisória *“no que concerne a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia.”* Transcrevo as razões centrais que fizeram S. Ex.^a chegar a tal conclusão, *verbis*:

“Feitos tais registros, a demonstrar a evolução da jurisprudência da Corte sobre o tema, e dentro dos lindes deste exame cautelar, considero que há plausibilidade do direito invocado quanto à ofensa ao art. 246 da Constituição.

Penso que o entendimento firmado na ADI (MC) 2473 possui uma precisão e uma clareza maior que a exegese firmada na ADI 2005, uma vez que na ADI 2005 não houve ressalva quanto à geração de energia decorrente da exploração de potenciais não hidráulicos. De fato, em um primeiro exame do disposto no art. 176, § 1º, da Constituição, no que toca às fontes de energia, vê-se apenas uma referência expressa aos potenciais de energia hidráulica, e não às demais fontes.

Nesse exame de cautelar, não me parece cabível, portanto, uma interpretação tão restritiva como aquela da ADI 2005. Tenho como aplicável ao caso, todavia, o precedente da ADI 2473, uma vez que o considero mais consentâneo com a regra do art. 176, § 1º, da Constituição, na redação da Emenda nº 6, uma alteração substancial na moldura do setor elétrico brasileiro. De um sistema baseado na ampla intervenção estatal passamos a um novo paradigma, voltado ao investimento privado e às regras de mercado, com uma atuação do Estado em posição outra, especialmente como agente regulador. E na tarefa de concretizar a nova decisão constituinte foram editadas inúmeras normas, que acabaram por conformar um ambiente legislativo inconfundível com o anterior. É evidente, nessa evolução constitucional e legislativa, uma correlação necessária e inafastável entre as normas legais do setor elétrico e a inovação da Emenda nº 6. Lembre-se, sobretudo, que a regra do art.

246 surge justamente na Emenda nº 6, tendo sido reproduzida na Emenda nº 7, também de 1995.

Assim, considerando os precedentes firmados pela Corte nas ADI's 2005 e 2473, e considerando que o art. 176, § 1º, da Constituição, foi objeto de substantiva alteração pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, tenho como aplicável ao caso a restrição do art. 246.

Todavia, na linha do referido precedente da ADI 2473, tendo em vista a possibilidade de aplicação de preceitos da Medida Provisória às fontes outras de produção de energia, considero adequada a adoção de interpretação conforme a Constituição para afastar a incidência da Medida Provisória 144 e da Lei 10.848, de 15 de março de 2004, no que concerne a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia."

Após os votos divergentes dos eminentes Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, que foram acompanhados pelos eminentes Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Nelson Jobim, pedi vista dos autos para um melhor exame da presente questão.

3 - O artigo 246 da Constituição Federal foi introduzido pelas Emendas Constitucionais 6 e 7, ambas de 1995, e teve o seu alcance ampliado pela Emenda 32, de 2001. Esta é a sua atual redação:

"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." (Vale dizer, até a promulgação da EC 32/01, ou seja, 11.09.01.)

4 - Na ADI 1.518-MC, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 25.04.97, impugnou-se medida provisória que alterou a legislação referente à contribuição social do salário-educação em momento posterior à promulgação da EC 14/96, que havia suprimido a possibilidade de dedução, a favor das empresas, dos custos direcionados ao ensino fundamental de empregados e dependentes, benesse prevista na redação original do art. 212, § 5º, da Carta Magna.

Embora tenha o eminente Ministro Octavio Gallotti demonstrado que a medida provisória atacada não poderia ter regulamentado norma que só estaria em vigor no ano seguinte ao da promulgação da Emenda (e do próprio ajuizamento da ação direta), expôs S. Ex.^a, *a latere*, entendimento que considero a melhor interpretação do art. 246, nesses termos:

“Comporta esse dispositivo, segundo penso, o sentido e a finalidade lógica de excluir, do campo de atuação das medidas provisórias, a regulamentação destinada a dar eficácia às inovações constitucionais porventura introduzidas, não a estratificar a disciplina anteriormente existente para determinada instituição, impedindo a sua atualização e aprimoramento nos limites que já autorizava, originariamente, a Constituição, hipótese que aparenta ser, no caso, a configurada pelas normas impugnadas na presente ação.”

Em outras palavras, buscou asseverar meu ilustre antecessor que apenas se mostra razoável e sistemática uma interpretação restritiva do art. 246 da Constituição Federal, que proíba a edição de medida provisória, unicamente, para o disciplinamento infraconstitucional **das alterações efetivamente promovidas** pelo legislador constituinte derivado, sendo, portanto, inadequado entender vedada tal regulamentação, do momento da promulgação da Emenda em diante, de todo e qualquer quesito do campo temático-normativo abordado no dispositivo constitucional reformado.

5 - No julgamento da ADI 1.597-MC, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 19.12.2002, abriu-se oportunidade, nesta Corte, de específica e conjugada análise da alegação de ofensa aos arts. 176, § 1º e 246, ambos da Carta Magna. É que o art. 1º da MP 1.481-48/97, ao alterar o art. 13 da Lei 8.031/90 (Programa Nacional de Desestatização), afastou qualquer limite percentual para a aquisição em leilão, pelas pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, das ações de empresas que viessem a ser submetidas ao processo de privatização¹. O eminente relator aduziu que o dispositivo impugnado, porque inserido em Diploma considerado norma geral no sistema de desestatização, poderia autorizar a alienação da totalidade das ações de sociedades de economia mista operantes na pesquisa e na lavra de recursos e potenciais referidos no

¹ Art. 13, IV, da Lei 8.031/90, na sua redação original: “Art. 13 - Os processos de desestatização observarão, além das normas fixadas nos artigos anteriores, os seguintes preceitos: IV - alienação de ações a empresas e pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras não poderá exceder a 40% (quarenta por cento) do capital votante, salvo autorização legislativa, que determine percentual superior.”; Art. 13, caput, da Lei 8.031/90, após modificação introduzida pelo art. 1º da MP 1.481-48/97: “A alienação de ações a pessoas físicas ou jurídicas poderá atingir cem por cento do capital votante, salvo disposição legal ou manifestação expressa do Poder Executivo, que determine percentual inferior.”

caput do art. 176, “sem qualquer limitação quanto à nacionalidade ou forma de constituição da empresa adquirente”, tendo sido estipulado, todavia, na redação dada pela Emenda 6/95 ao § 1º do art. 176 da Constituição, “que tais atividades somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Considerando haver incompatibilidade entre o dispositivo contestado e os referidos comandos constitucionais, votou S. Ex.^a, naquela assentada, pela exclusão cautelar do campo de incidência da medida provisória “a alienação de ações de sociedade de economia mista que se dediquem às atividades enquadradas no § 1º do art. 176 da Constituição, com a redação em vigor”.

O eminente Ministro Nelson Jobim, em voto-vista, abriu divergência das conclusões alcançadas pelo relator. Asseverou S. Ex.^a que a Constituição de 1988 distinguia, em seu art. 171, as empresas brasileiras das empresas brasileiras de capital nacional, e que somente estas últimas poderiam obter a autorização ou a concessão referidas no art. 176, § 1º da mesma Carta. Mencionou, ainda, S. Ex.^a, que a Emenda 6, de 15.08.95, revogou o *discrímen* previsto no art. 171, tendo substituído, por consequência lógica, a expressão “empresa brasileira de capital nacional”, presente no art. 176, § 1º, por “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”. Concluiu, assim, o Ministro Jobim, que a legislação alterada pela MP então impugnada não tratava de autorização ou concessão das atividades referidas no § 1º do art. 176 da Constituição, e que este dispositivo:

“(…) pela redação vigente, estabelece que as atividades nele previstas só poderão ser efetuadas por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede no País.

Não há nenhuma restrição quanto à nacionalidade ou forma de constituição de empresa que venha adquirir ações da sociedade privatizada, como quer o voto do Relator.

O que há são regras destinadas unicamente à própria empresa privatizada, titular da autorização ou da concessão: deve (a) estar constituída sob as leis brasileiras e (b) ter sua sede e administração no País.

Nada mais.”

Definidas estas duas posições, decidiu a maioria, por seis votos a cinco, pela suspensão da vigência da norma, nos termos do voto do relator.

6 - Permiti-me um maior detalhamento desse caso para demonstrar que por força tanto das manifestações prevalecentes quanto das que ficaram vencidas, delineou-se, nesse julgado, o verdadeiro alcance da alteração promovida pela Emenda 6/95 no art. 176, § 1º, da Constituição Federal, relativa, unicamente, aos sujeitos que deixaram de ter e aqueles que passaram a ter autorização constitucional para a realização das atividades descritas neste último comando, representados, respectivamente, pelas empresas brasileiras de capital nacional (espécie extinta) e pelas empresas constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração no País. Nas palavras do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, proferidas no julgamento do citado precedente, “a Emenda Constitucional 6 elimina da Constituição de 1988 a distinção econômica da nacionalidade das sociedades comerciais, suprimindo o conceito de empresa brasileira de capital nacional”. Quanto às atividades lá descritas (pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica) nada se alterou, nada foi acrescentado pela Emenda Constitucional 6/95.

Entendimento contrário caracterizaria, ao meu ver, o engessamento de uma das vias de elaboração normativa no que se refere ao tema do aproveitamento dos potenciais hidrelétricos, o que parece não ter sido a intenção do constituinte derivado ao eliminar a referência brasileira de capital nacional. A alegação dos autores de que a EC 6/95 teria configurado um novo ambiente institucional e regulatório do setor elétrico brasileiro, baseado no investimento privado (fl. 11), não subsiste à constatação de que na redação original do art. 176, § 1º presente estava a autorização constitucional para a exploração, por empresas privadas, das atividades lá mencionadas, embora existisse especial requisito no tocante à composição do capital social. Em outros termos, parece-me claro que o foco da mudança promovida pela EC 6/95 não está no eixo público/privado, mas na relação nacional/estrangeiro.

7 - Exemplo de irrepreensível aplicação da interpretação restritiva e não-literal do art. 246 da Constituição se deu no julgamento cautelar da ADI 1.975, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.01, na qual se contestou medida provisória que determinava a desconsideração do período de 08.03.99 a 07.03.00 para efeitos de progressão e de promoção funcional dos servidores do Poder Executivo da União e que extinguiu, ainda, mediante revogação, o adicional por tempo de serviço previsto no art. 67 da Lei 8.112/90. Alegou-se que as alterações promovidas pela Emenda 19/98 nos arts. 37 e 39 – comandos que dizem respeito à carreira e ao sistema remuneratório dos servidores públicos – impediriam, sob pena de ofensa ao art. 246, o disciplinamento, via medida provisória, da aquisição de direitos inerentes à carreira e do gozo de vantagem pecuniária.

Com a usual precisão, salientou o eminente relator que à exceção das específicas carreiras da magistratura e do Ministério Público, *“nem o texto original da Constituição, nem o que hoje vigora, por força da EC 19/98, cuidam da antiguidade como critério de promoção ou progressão horizontal na carreira”*, não estando configurada, portanto, regulamentação das disposições constitucionais alteradas pela referida emenda, mas sim inovação que se mostrava fruto do regular *“exercício da competência legislativa da União para dispor sobre o regime jurídico dos seus servidores públicos”*. Asseverou, ainda, S. Ex.^a, que os preceitos modificados pela EC 19/98 somente abordaram o tema da carreira dos servidores públicos quanto a novo requisito para a promoção por merecimento (participação em curso de formação e aperfeiçoamento), *“não com a que (...) possa advir da simples antiguidade”*. Do mesmo modo, e por fim, demonstrou o ilustre relator que sobre adicional apenas se mencionou na introdução do subsídio como modalidade remuneratória devida a agentes políticos e, na ocorrência de previsão legal, a servidores públicos organizados em carreira, *“fixada em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”*.

Note-se que esta Corte, ao afastar, nessa ocasião, o argumento de violação ao art. 246 da Carta Magna, sinalizou, mais uma vez, que a utilização proscrita da medida provisória situa-se na regulamentação do específico objeto das alterações trazidas na emenda constitucional, permanecendo plenamente possível a atualização e o aprimoramento normativo de disciplinas tratadas na Constituição, com a utilização de todas as espécies compreendidas no processo legislativo – incluída a medida provisória – desde que originariamente autorizadas, em cada caso, pela Constituição.²

Não faz sentido, insisto, que uma das vias de elaboração legislativa (ainda que restrita à presença dos requisitos de relevância e urgência), necessária, muitas vezes, para garantir a implementação de políticas públicas, seja sempre afastada na ocorrência de alteração, por emenda, de qualquer específico aspecto integrante de um universo temático de maior amplitude. A esse propósito, conforme referido no voto-vista do eminente Ministro Eros Grau, sobre a matéria aqui tratada, relativa à prestação de serviços públicos do setor elétrico, foram editadas treze medidas provisórias, antes e depois da EC 6/95, que depois foram convertidas nas Leis 9.074/95 e 9.648/98.

² Esta Corte também afastou a alegação de violação ao art. 246 da Constituição, pela eventual regulamentação de matéria ligada à EC 19/98, no julgamento cautelar da ADI 2.125, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.09.00.

8 - E aqui, Senhor Presidente, firmo minha divergência às conclusões obtidas nos precedentes mais destacados no voto do eminente relator.

Ao contrário do que ocorrido nos julgados acima referidos, entendo que no julgamento cautelar das Ações Direta de Inconstitucionalidade 2.005 e 2.473, ambas de relatoria do eminente Ministro Néri da Silveira, destoou este Tribunal da melhor interpretação do art. 246 da Constituição Federal. Ressalvo, obviamente, o caráter superficial ou delibatório exigido nesta fase de julgamento, na qual se busca verificar apenas a plausibilidade jurídica da arguição de inconstitucionalidade, além do perigo na demora. Tal fato, como destacado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, *“permitiria maior liberdade do Pleno para decidir à luz das peculiaridades deste caso, sem se apressar a cristalizar um entendimento específico”*.

9 - Da ADI 2.005, julgada em 26.05.99, impressionou-me a excessiva largueza interpretativa dada à modificação implementada pela EC 6/95 ao citado art. 176, § 1º, da Lei Fundamental, a ponto de alcançar matérias como (1) a simples definição da necessidade de autorização da ANEEL para implantação de usinas termelétricas³, (2) a possibilidade de consórcio empresarial manifestar, seis meses antes da geração de energia, o regime legal da atividade a ser desempenhada⁴ ou, ainda, (3) a fixação da competência da ANEEL para expedir os atos de outorga das concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços e instalações de energia elétrica⁵, todas indiscutivelmente relacionadas à prestação de serviço público na atividade de aproveitamento dos potenciais de energia elétrica.

Ora, conforme demonstrado pelo eminente Ministro Eros Grau, a exigência contida no art. 176, § 1º *“habilita o agente econômico a empreender atividade econômica em sentido estrito”*, mas a regulamentação propriamente dita da atividade de prestação do serviço público mediante o referido aproveitamento tem como matriz constitucional o art. 175 e, como veículo, a lei mencionada neste mesmo comando, hoje consubstanciada num conjunto normativo formado, dentre outras, pelas Leis 8.987/95, 9.074/95, 9.427/96 e 9.648/98.

10 - Na ADI 2.473-MC, dentre os vários dispositivos impugnados da Medida Provisória 2.152-2⁶, de 01.06.01, encontrava-se o art. 26, que buscava afastar,

³ Art. 4º da MP 1.819-1/99, que buscava alterar o art. 6º da Lei 9.974/95, dentre outros.

⁴ Art. 4º da MP 1.819-1/99, que buscava inserir § 1º no art. 18 da Lei 9.974/95.

⁵ Art. 5º da MP 1.819-1/99, que buscava alterar o inc. IV do art. 3º da Lei 9.427/96

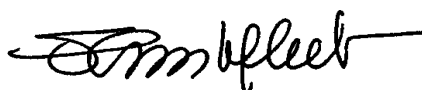
⁶ MP 2.152-2, de 01.06.01, que *“cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências.”*

no que conflitassem com o ato normativo impugnado e com as decisões da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, as disposições das Leis 8.987/95 e 9.427/96, Diplomas que, conforme claramente expõem suas próprias ementas, “*dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal*” e “*Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica*”.

Não obstante a expressa remissão do conteúdo dessas leis ao assunto tratado no art. 175 da Constituição Federal, este Plenário, no julgamento do pedido de medida liminar, entendeu indevido o afastamento, pela via da medida provisória, “*da aplicação de leis que se destinam à disciplina da regra maior do art. 176, § 1º, da Constituição, no que concerne a potencial hidráulico*”. Apesar de ter acompanhado, naquela ocasião, o voto do eminente Ministro José Néri da Silveira, questiono, pelas razões aqui expostas, a adequação daquele posicionamento, expendido, ressaltado, em mero exame cautelar.

11 - A par de todas estas ponderações acerca do alcance dos arts. 176, § 1º e 246 da Carta Magna, não me parece razoável, ainda, entender que o constituinte derivado tivesse a intenção de vedar a utilização de medida provisória na regulamentação de setor (elétrico) cuja implementação de empreendimentos possui, conforme ressaltado pelo eminente relator, elevados custos, complexos planejamentos e execução a longo prazo, e que pode exigir, muitas vezes, a imediata atuação do Poder Público quando este “*vislumbra qualquer perspectiva de pane no sistema nos anos futuros*”. Seria contraditória a leitura ampliativa dos efeitos da alteração sofrida pelo art. 176, § 1º e o reconhecimento, nesta Corte, do regular atendimento do requisito de urgência na edição do ato ora analisado.

12 - Portanto, Senhor Presidente, rogando vênias ao eminente Ministro relator, acompanho a divergência e afasto a alegação de vício formal, por ofensa ao art. 246 da Constituição Federal, na elaboração da Medida Provisória 144, de 10.12.03, convertida na Lei 10.848, de 15.03.04.



11/10/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Senhora presidente, não gostaria mais de discutir este assunto a esta altura da evolução. Quando medito sobre esse tema, sou tentado a propor que transformemos esse julgamento de cautelar no julgamento de mérito. Vou aduzir algumas razões, uma delas do ponto de vista de técnica processual.

A liminar, pelo menos no estágio em que se encontra, não nos permite fazer um juízo com algum tipo de modulação de efeitos. Ou concedemos ou negamos a liminar, ao contrário do que é possível fazer-se quando se tem o julgamento de mérito. Inclusive – acredito - já tivemos um caso em que esse tema mais ou menos se colocou, no qual foi proposto encerrássemos o debate em torno da liminar e que cuidássemos de aparelhar o processo para o julgamento de mérito.

Gostaria de relembrar ao tribunal, para que tenhamos consciência do processo delicado da jurisdição constitucional nessa matéria, onde se tratava de uma medida provisória, depois convolada em lei. Este processo de ADI começa no dia 15 de dezembro de 2003, e nós estamos julgando a cautelar ainda. Fico em dúvida quanto ao adequado método de julgamento, especialmente quanto à cautelar, nesta seara, especialmente em se tratando da matéria que se cuida.

Quando recebi este processo, diante da delicadeza da matéria, poderia até ter dado a liminar em consonância com a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal à época, mas não o fiz - poderia tê-lo feito segundo a Lei nº 9.868 - tendo em vista a delicadeza da matéria de que se cuida. E eu, tendo sido Advogado-Geral da União, à época do racionamento, não poderia

cometer esse tipo de ato, deveria ter a noção desta questão. Eu a trouxe no primeiro dia de fevereiro de 2004, e, desde então, temos tido sucessivos pedidos de vista; já houve discussão sobre a prejudicialidade por conta da transformação da MP em lei.

Gostaria, também, de fazer uma reflexão sobre o disposto no artigo 246. Considero este artigo um dispositivo pouco inspirado, diria mesmo infeliz. Temos, hoje, medidas provisórias tratando de direitos fundamentais, regulando o art. 5º, porém, não se pode ter medida provisória sobre emenda constitucional. Ainda nesta nova versão, a partir da Emenda nº 32, manteve-se essa restrição entre a Emenda nº 06, de 1995, até a Emenda nº 31. Portanto, é um dispositivo de pouca inspiração. O espírito santo jurídico andou longe de quem fez essa emenda. De qualquer sorte, gostemos ou não, ele foi inscrito no Texto Constitucional, motivo esse que me levou a proferir o voto segundo a doutrina jurisprudencial e a jurisprudência que o tribunal consolidou em torno desse assunto. Posteriormente, na rediscussão do tema, tive também a sensação de ter demonstrado que a questão era delicada porque, embora a alteração fosse muito pequena na Emenda nº 6, ela tinha um significado até histórico: introduziu a primeira versão do art. 246. Não imagino que o motivo seja apenas para regular eventuais processos ligados às pessoas jurídicas, as quais serão habilitadas nesta questão. O entendimento do Tribunal, naquelas duas ADIs já referidas, é que envolvia o próprio processo de exploração de que se cuidava. Isso é que ficou assentado.

Então, fico com esse sentimento de perplexidade, de certa divisão de espírito.

De um lado, constrange-me – confesso - enormemente discutir a cautelar. Ficaria extremamente temeroso se houvesse a possibilidade de concessão da cautelar, em fins de 2006, em relação a uma medida provisória que foi editada em dezembro de 2003, a propósito do sistema elétrico. Isso nos chama para uma revisão séria, completa, da análise desse tipo de tema, sob pena de resultar ineficaz; ou nos obrigarmos, queiramos ou não, a um tipo de juízo meramente consequencialista nesse tipo de questão.

Parece-me que se tivermos de discutir, em outra feita, uma eventual medida provisória, teremos de encerrar o julgamento antes de termos esses fatos consumados, essas situações consolidadas.

Por outro lado, no caso, havia essa referência; não se podia ignorá-la. Na verdade, barateou-se a jurisprudência do Supremo. O governo sabia que existia essa jurisprudência. As duas ADIs anteriores precedentes foram provocadas pelo Partido dos Trabalhadores inclusive. Então, não há como alegar que de fato esse precedente não existia. Estava-se tentando contornar, afrontar a jurisprudência. Isso me pareceu muito sério. Agora, aqui, não há como invocar esse mote: não sabia. Aqui se sabia sim. E é responsabilidade forte, responsabilidade da AGU, da Casa Civil em editar uma medida provisória contra uma orientação recente do Supremo Tribunal Federal. É preciso que as pessoas assumam as suas devidas responsabilidades neste tempo. A medida provisória quando foi editada, em dezembro de 2003, contrariava a jurisprudência pacífica deste Tribunal.

O meu cuidado nesta questão, Senhora Presidente, é por isso. De fato, quando vi a matéria recolocada em pauta, imaginava suscitar uma questão de ordem para propor que considerássemos prejudicado o julgamento cautelar e passássemos para o julgamento da própria ação direta. Não me parece fazer sentido, a esta altura, julgarmos a cautelar. Essa é a questão que gostaria de trazer ao tribunal: consideramos prejudicados os votos e passamos a julgar o próprio mérito da ação, porque, assim, poderemos eventualmente discutir a questão, tendo em vista a sua largueza integral, toda a sua dimensão, inclusive fazendo eventual modulação/defeitos. O que não se pode é escarnecer o tribunal; editar uma medida provisória contra a jurisprudência do tribunal, fazendo esse tipo de experimentalismo. Essa é a questão que gostaria de submeter ao tribunal.

11/10/2006

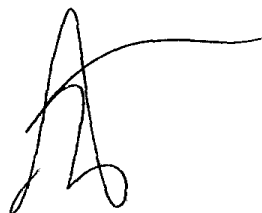
TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

(S/ PROPOSTA)

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, eu não me oporia que terminássemos esse julgamento da cautelar e, em seguida, adentrássemos no julgamento do mérito.



11/10/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERALVOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, essa questão é muito importante. O que está em jogo é a constitucionalidade ou não do chamado novo modelo do setor elétrico.

Se o anularmos agora, vamos reinstalar uma situação de insegurança e dúvida com relação à constitucionalidade do modelo.

O pecado de termos demorado tanto tempo para examinar a matéria não pode ser corrigido com um pecado maior ainda, o de reinstalar-se a insegurança.

Há, inclusive, número de votos suficientes no sentido de afirmar a constitucionalidade, se não me engano.

Talvez fosse o caso de terminarmos o julgamento, que já está encaminhado, e após tomarmos uma providência em relação às preocupações do Ministro Gilmar, que são minhas também.

Ultrapassamos a dúvida e, quando se alcança uma posição, voltamos atrás? Temo que essa não seja uma boa solução.



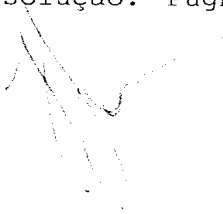
11/10/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6
DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhora Presidente, peço vênica ao Ministro Gilmar, pois também penso não ser uma boa solução. Pugno pela continuidade do julgamento já iniciado.



11/10/2006**TRIBUNAL PLENO****MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL**

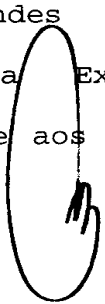
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, compreendo a preocupação do ministro Gilmar Mendes, mas creio que tarda a conclusão do julgamento do Tribunal no campo precário e efêmero que é o da medida acauteladora.

Precisamos, realmente, redirecionar os nossos esforços, homenageando, acima de tudo, esses processos objetivos, resgatando o papel do Supremo como guardião da Carta da República.

Creio que já há, inclusive, maioria formada no sentido do indeferimento da cautelar.

A esta altura, afastar-se simplesmente do cenário jurídico os votos proferidos e projetar-se ainda mais o exame do tema gerará, como ressaltado pelo ministro Eros Grau, insegurança. Que o Tribunal se pronuncie, deferindo ou indeferindo a liminar, finalizando o julgamento nesta assentada! Que não haja mais pedido de vista no tocante a essa questão, mesmo porque é uma verdadeira tortura dar-se o adiamento da conclusão, da apreciação de certa matéria, após formar juízo sobre ela e se ter, na bancada - já que não há tempo para analisarmos processos pendentes de apreciação -, de recuperar a convicção formada anteriormente.

Peço vênia ao ministro Gilmar Mendes para não acompanhá-lo, registrando que comungo com Sua Excelência: precisamos, acima de tudo - repito -, dar prioridade aos processos objetivos.



11/10/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, acompanhei o Ministro Gilmar Mendes no voto que proferiu, deferindo liminarmente a medida cautelar, mediante interpretação conforme.

Também acompanho agora as preocupações de Sua Excelência com as tentativas, sejam elas por via de lei, sejam por medidas, provisórias, de alterar-se a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal: preocupações que deixei explícitas no julgamento da ADIn 2.797 - se não me engano -, relativo à lei que prodigalizou a prerrogativa de foro, evidentemente, tentando atropelar a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal na interpretação direta da Constituição.

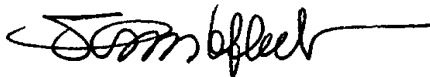
Mas, como realmente se assinalou, a esta altura do julgamento liminar, com seis votos já proferidos no mesmo sentido, **data venia**, não entendo oportuno anular-se este julgamento para precipitar o julgamento de mérito, desde que, espero, este julgamento liminar termine hoje, e logo os autos voltarão ao Relator, Ministro Gilmar Mendes, para dar o andamento acelerado que entender devido ao caso para o julgamento de mérito.



11/10/2006**TRIBUNAL PLENO****MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6**
DISTRITO FEDERAL**VOTO S/ PROPOSTA**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Presidente):
Também peço vênia ao Ministro Gilmar Mendes, cujas preocupações são válidas e refletem a realidade desta Corte, que conta, apenas na pauta deste plenário, com cerca de 600 feitos aguardando julgamento e 170 mil processos no passivo geral do Tribunal.

Apenas faço o registro para constar que este voto vista foi devolvido no dia 03/10/2005.



11/10/2006

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, não confiro ao art. 246 o elastério que o subscritor da ADI nº 3.090 lhe confere por dois motivos: em primeiro lugar, porque esse art. 246 cerceia uma importante competência que a Carta Magna outorga ao Presidente da República, que é exatamente a edição de medidas provisórias. Por essa razão, esse art. 246 deve ser interpretado com muita parcimônia.

Em segundo lugar, como pude perceber do voto de Vossa Excelência, esta Medida Provisória nº 144 aparentemente - digo aparentemente porque estamos ainda em sede de cautelar - não regula matéria alterada por emendas constitucionais editadas entre 1995 e 2001, ou seja, no período que medeia entre a edição das Emendas Constitucionais nºs 06 e 32.

Portanto, por essas razões, indefiro a cautelar.



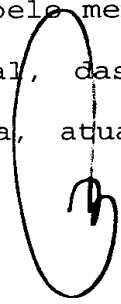
11/10/2006**TRIBUNAL PLENO****MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, todos conhecem o meu pensamento sobre o instituto da medida provisória.

Entendo que a previsão do artigo 62 da Carta da República há de merecer sempre interpretação estrita. De início, incumbe ao Poder Legislativo normatizar; ao Executivo, executar as leis aprovadas pelo Congresso Nacional e, ao Judiciário, o julgamento dos conflitos de interesse.

Toda norma constitucional que abre oportunidade a verdadeira mesclagem somente pode merecer a interpretação estrita. Por isso, tenho os requisitos próprios para chegar-se à edição de medida provisória, a relevância e a urgência, como qualificados. Não cabe o empréstimo do entendimento comum a esses vocábulos. É indispensável que realmente a situação concreta exija, em termos de regulação, de normatização, a ação imediata, em verdadeira penada única, como é a penada a cargo do Chefe do Poder Executivo.

Assento, portanto, para fundamentar o meu voto, esta premissa: somente em situações excepcionais pode-se empolgar o mencionado artigo 62, e, então, como que se alijando, pelo menos na via do imediatismo, a atividade do Congresso Nacional, das duas Casas Legislativas, chegar à disciplina de certo tema, atuando - repito - o Chefe do Poder Executivo.



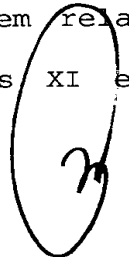
Em 1995, houve uma preocupação maior do legislador com a edição de medidas provisórias. Três emendas constitucionais restringiram explicitamente a utilização desse mecanismo: a primeira, a Emenda Constitucional nº 6, ao incluir no título das disposições constitucionais gerais o artigo 246:

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 a partir de 1995.

Tomo, aqui, o vocábulo regulamentação em sentido mais abrangente do que aquele normalmente consagrado, já que, de início, a Constituição Federal deve ser regulamentada por lei no sentido formal e material - e a medida provisória não é lei, muito embora tenha força de lei. A alusão, no citado artigo 246, à regulamentação pode ser substituída por disciplina de tema versado em emenda promulgada a partir de 1995. Essa Emenda nº 6 data de 16 de agosto de 1995.

Tivemos a edição da Emenda Constitucional nº 7 - também em 16 de agosto -, repetindo-se o texto que já constava da emenda anterior, sem alterar-se sequer vírgula, numa verdadeira sobreposição.

Veio a Emenda Constitucional nº 8 e, em relação à competência da União, prevista no artigo 21, incisos XI e XII, estabeleceu:



ADI 3.090-MC / DF

Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.

Com essa emenda, o referido inciso XI ficou assim:

XI- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Pedagógico se mostrou o artigo 2º, porque o próprio inciso XI remete a lei. Repito ser premissa básica que, toda vez que a Constituição remete a lei, alude à atuação do poder competente para, evidentemente, aprovar normatização sob o ângulo formal e material.

É sintomático que, na Emenda Constitucional nº 6, tenha-se disposto quanto à nova redação do § 1º do artigo 176, a versar que:

"Art. 176 [...]

§ 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," - não se exigindo mais o capital estritamente nacional - "que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas."

Ao preceituar essa abertura - e enquadrar a participação de empresas que não tenham capital estritamente nacional como a encerrar uma abertura na exploração -, fez-se ver

ADI 3.090-MC / DF

que não se poderia disciplinar o novo modelo de exploração via medida provisória.

E o que houve com a edição da Medida Provisória nº 144? Está, em bom vernáculo, revelado na introdução:

"MEDIDA PROVISÓRIA Nº 144, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2003.
Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, [...]"

A partir de que dado? Exploração por empresas que não tenham o capital integralmente nacional.

Ora, dizer-se, a esta altura, que a Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, não versou algo que decorreu de emenda posterior a 1995 é, com a devida vênia, desconhecer a realidade. É desconhecer que tivemos o trato, como ressaltado, de um novo modelo quanto à exploração hidráulica e energética. Mas, a época é de desconhecimento de parâmetros. Isso é muito perigoso em um Estado Democrático de Direito. A época é de colocação, em plano secundário, da jurisprudência constitucional do próprio Supremo. A época é de fechamento da Lei Maior e de relegá-la, em termos de limitações, a segundo plano.

Não tenho como me afastar do voto proferido pelo relator, ministro Gilmar Mendes. Houve, sem sombra de dúvidas, a disciplina de um novo modelo de exploração decorrente da alteração introduzida no texto da Carta, mais precisamente no artigo 176, § 1º, pela Emenda Constitucional nº 6, a qual não só modificou o

ADI 3.090-MC / DF

dispositivo constitucional como também vedou a disciplina mediante medida provisória.

Peço vênia àqueles que divergiram de Sua Excelência para subscrever, na integralidade, o voto proferido, inclusive quanto à análise dos precedentes desta Corte e desconhecimento desses mesmos precedentes por aquele que editou a Medida Provisória nº 144, e deferir, portanto, a liminar, nos termos do voto de Sua Excelência, ou seja, para suspender a eficácia da medida provisória nos limites anunciados - repito - por Sua Excelência.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.090-6

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes que, preliminarmente, quanto à medida provisória, conferia interpretação conforme a Constituição Federal para afastar sua incidência em qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, tendo em vista a restrição imposta pelo artigo 246 da Carta Federal; e no que se refere aos demais artigos, deferia a medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos 1º, 2º e 7º da Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, na parte que dá nova redação ao artigo 10 da Lei nº 8.631, de 04 de março de 1993, e a indeferia quanto aos demais dispositivos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 04.02.2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de que a edição de medida provisória prejudica o exame das alegações por vício formal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que concedia a liminar para afastar da aplicação da Lei nº 10.848/2004 qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 04.08.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 29.09.2004.

C

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, que deferiam a liminar para dar interpretação conforme a Constituição para considerar inaplicável não só a medida provisória como a lei de conversão a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, e do voto do Senhor Ministro Eros Grau, que divergia no sentido de que não era aplicável a hipótese ao artigo 246 da Constituição, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e o Presidente, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 30.03.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.

Decisão: Rejeitada a questão de ordem proposta pelo Relator. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu a medida cautelar, vencidos os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 11.10.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário