

EXMO. SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO LEILÃO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA ASSOCIADO À ALIENAÇÃO DAS AÇÕES DAS EMPRESAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

REFERENTE AO EDITAL DO LEILÃO Nº 2/2018-PPI/PND

REFERENTE ÀS EMPRESAS: AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A., BOA VISTA ENERGIA S.A., COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ACRE, COMPANHIA ENERGÉTICA DE ALAGOAS E CENTRAIS ELÉTRICAS DE RONDÔNIA S.A.

ASSOCIAÇÃO DOS EMPREGADOS DA ELETROBRÁS- AEEL, associação sem fins lucrativos fundada em 13 de abril de 1983, inscrita no CNPJ sob o nº 28.015.840/0001-47, com endereço a Avenida Presidente Vargas nº 509, 22º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20.071-003, telefones (21) 3553-3501 e 3553-3502, e-mail aeel@aeel.org.br, por intermédio de seus advogados (procuração anexa), com escritório no endereço à SHIS, QL 4, conjunto 1, casa 11, Lago Sul, Brasília/DF, CEP 71.610-215, onde receberão as intimações e notificações referentes à causa, vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, bem como o art. 9º de seu Estatuto Social, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO LEILÃO Nº 2/2018-PPI/PND

pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos, nos termos do artigo 41, §1º da Lei nº 8.666/93 e da Seção V do referido Edital.

I – A SÍNTESE FÁTICA

1. É de conhecimento público e notório que o Governo Federal iniciou tratativas para a realização da desestatização (desinvestimento) do complexo ELETROBRÁS, cuja intenção foi anunciada pelo Ministério de Minas e Energia já no mês de agosto do ano passado.
2. Em 19/04/2018, foi publicado pelo Presidente da República o Decreto nº 9.351, em que fora determinada a inclusão da sociedade de economia mista ELETROBRAS, no Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências como imputar ao BNDES a realização de estudos com a finalidade de se dar início aos procedimentos necessários à privatização da referida sociedade de economia mista. É o seguinte o teor do Decreto mencionado:

Decreto nº 9.351, de 19 de abril de 2018

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

Art. 1º Fica qualificada, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, e incluída no Programa Nacional de Desestatização - PND, a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras, para início dos procedimentos necessários à contratação dos estudos pertinentes, tão logo seja aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 9.463, de 2018.

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

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

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

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

MICHEL TEMER

W. Moreira Franco
Joaquim Lima de Oliveira

3. Na data de 30/05/2018, o plenário do Tribunal de Contas da União aprovou a publicação de editais de venda de distribuidoras da Eletrobras. Entretanto, o TCU impôs condições para a realização da desestatização das mencionadas distribuidoras que ainda não foram implementadas, o que impede o prosseguimento do processo licitatório.

4. Em seguida, o BNDES publicou o Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND, por meio do qual pretende promover a licitação para outorga do contrato de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, associada a transferência do contrato acionário das ações das distribuidoras do complexo ELETROBRAS, mediante oferta pública de ações, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – PPI. A data para entrega dos documentos necessários para habilitação no processo foi realizada em 19/07/2018.

5. No entanto, em sede de tutela de urgência o juízo da 19ª Vara Federal do Rio de Janeiro decidiu pela concessão da cautelar, a fim de suspender a realização do leilão até que houvesse o julgamento definitivo de mérito da ação.

6. Contra o deferimento da decisão, a União, em 13 de julho do ano corrente, interpôs Agravo de Instrumento nº 0007496-58.2018.4.02.0000, a fim de cassar a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. O recurso fora distribuído à 8ª Turma Especializada do TRF2, sob relatoria do Desembargador Guilherme Diefenthaler, que proferiu despacho na mesma data acima mencionada, o qual manteve a concessão da tutela de urgência proferida pelo juízo singular.

7. Diante da manutenção da liminar, a União Federal apresentou Ação de Suspensão de Segurança perante o TRF2, na ocasião, o douto Desembargador presidente concedeu pedido de Suspensão da Segurança contra a decisão proferida pelo Juízo da 19ª Vara Federal do Rio de Janeiro-RJ, alegando que há prévia autorização legal para desestatização das distribuidoras da ELETROBRAS, citando as seguintes normas: Lei de nº 9.619/98, Lei nº 9.648/98 Medida Provisória nº 2.181-45/2001. Nenhuma das normas,

contudo, supre a exigência de autorização legislativa imposta pelas recentes decisões desta Corte Suprema, em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

8. Dito isso, vale consignar que a distribuidora da ELETROBRAS no Piauí – CEPISA, teve seu controle acionário transferido a empresa Equatorial Energia S.A. na data de 26 de julho do corrente ano. No entanto, as demais distribuidoras - Companhia Boa Vista Energia S.A., Companhia Energética de Alagoas, Centrais Elétricas de Rondônia S.A., Companhia de Eletricidade do Acre S.A. e Amazonas Distribuidora de Energia S.A, em que pese não terem sido objeto do certame realizado na data supramencionada, estão na iminência de serem ofertadas.

9. O BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES – exarou Comunicado Relevante nº 8 alterando o cronograma de licitação, antes proposto pelo Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND., em que as demais distribuidoras deverão ser ofertadas em um certame previsto para o dia 30 de agosto próximo

10. Nessa senda, cabe consignar, nesta oportunidade, que a Medida Provisória n. 814/2017, que incluía – de modo inconstitucional – a ELETROBRAS no Programa Nacional de Desestatização, teve sua vigência cessada, sem conversão em lei pelo Congresso Nacional, vez que não foi votada após o transcurso de 120 dias de sua apresentação – 29/12/2017 , conforme preconiza o art. 10 da resolução n. 1/2002-CN combinado com o artigo 62 da Constituição Federal.

11. Por fim, ressalta-se, conforme explicitado anteriormente, que por meio do mencionado Decreto nº 9.351, o Presidente da República buscou incluir “no Programa Nacional de Desestatização – PND, a Centrais elétricas S.A. – Eletrobras”. Ocorre que o Decreto nº 9.351, de 19 de Abril de 2018 é típico “decreto autônomo”, que não serve à regulamentação de qualquer preceito legal. Logo, inexistindo lei autorizadora da desestatização da Eletrobras, é patente a nulidade do próprio Edital produzido pelo BNDES – Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND.

II- A ALIENAÇÃO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA EXIGE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

12. De início, cabe sublinhar o fato de que o Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND, ato concreto da administração, inicia, efetivamente, o processo de privatização da ELETROBRAS. Isso porque tal edital tem por objeto estabelecer as condições de desestatização das distribuidoras de energia elétrica, bem como o procedimento de licitação das mesmas. Cabe destacar, ainda, o fato de que o Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND tem a finalidade de tornar as CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. mais atraentes aos possíveis futuros compradores da sociedade de economia mista.

13. No entanto, não há lei que autorize a desestatização da ELETROBRAS, de forma que o próprio Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND¹, cuja anulação ora se requer, viola a Constituição Federal. Senão vejamos.

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

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

[...]

¹ Documento anexo.

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

15. Se o Estado, por meio de lei formal, entendeu ser caso de intervenção para atender aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal, não pode a Administração Pública, por decisão exclusiva, decidir que a intervenção não se justifica. Essa compreensão se baseia no consolidado *princípio do paralelismo das formas*. Na dicção de PAULO BONAVIDES, o princípio do paralelismo das formas sugere que “*um ato jurídico só se modificará mediante o emprego de formas idênticas àquelas para elaborá-lo*”².

16. A instituição de sociedade de economia mista, na forma expressamente preconizada pelo inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, só pode ser autorizada mediante a edição de lei. Da mesma forma, a desconstituição ou extinção das sociedades de economia mista deverá ser expressamente veiculada em lei, ficando defeso às normas infra legais disporem sobre matéria de estrita competência da legislação ordinária.

17. Ora, o Edital de Leilão n.º 2/2018-PPI/PND, ato concreto da administração, inicia, efetivamente, o processo de privatização da ELETROBRAS, sem, contudo, exista lei que autorize a sua desestatização, apenas por determinação do Decreto nº 9.351/18.

18. No entanto, ressalta-se que o ato administrativo está situado em patamar hierárquico inferior à lei. Permitir que um ato administrativo inicie o processo de privatização que objetiva desconstituir um ente criado por lei significa subverter perigosamente a hierarquia que organiza as normas jurídicas em um Estado Democrático de Direito.

19. A reserva de lei em sentido formal prevista na Constituição para autorizar a criação de sociedades de economia mista (art. 37, XIX) é justificada pela

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 18ª edição, Malheiros editores, São Paulo, 2006, p. 206.

necessidade de que o Poder Legislativo delibere sobre o atendimento dos requisitos que autorizam a intervenção do Estado no domínio econômico (*imperativos de segurança nacional* ou a *relevante interesse coletivo*), nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal. A reserva de lei a que se refere a Constituição, no inciso XIX do art. 37, qualifica-se como *absoluta* (ou reserva de lei em *sentido estrito*), não sendo possível, no que concerne a essa matéria, que a decisão parlamentar seja substituída por atos do Poder Executivo³. A necessidade de autorização legislativa para a desconstituição de sociedade de economia mista consubstancia *reserva legal qualificada*: se a Constituição Federal reservou à lei específica a criação da sociedade de economia mista, somente lei específica poderia desconstituí-la. O Ministro Sepúlveda Pertence, no voto proferido no julgamento da ADI 234/RJ, esclarece o ponto:

Exatamente porque, concebido como instrumentos da política econômica do Estado agente econômico, devessem surgir do juízo político sobre a concorrência dos pressupostos do art. 173, o art. 37, XIX, reclamou lei específica para a criação de empresa pública e da sociedade de economia mista.

Na interpretação de qualquer texto normativo, mormente do texto constitucional, é impossível admitir a hermenêutica que, de um lado afirma uma exigência e de outro permite que essa exigência seja fraudada: reservar à lei a criação da sociedade de economia mista ou da empresa pública e consequentemente exigir a participação do Legislativo no juízo da existência do interesse público, na intervenção ativa do Estado em determinado setor da economia e, não obstante, permitir que no dia seguinte, o Governador – imagine-se a hipótese do veto do governador à lei de criação de sociedade de economia mista, rejeitado pela Assembleia – possa o Governador, livremente, alienar o controle dessa sociedade de economia mista é absurdo que não ouse atribuir à Constituição.⁴

20. Somente o Poder Legislativo, na dicção da Constituição, está autorizado a deliberar sobre se estão presentes os requisitos que autorizam a entrada do Estado no campo das atividades econômicas. E quem é competente para deliberar se os requisitos estão presentes no momento da criação da sociedade de economia mista é

³ STF, HC 85060, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, j. em 23/09/2008.

⁴ STF, ADI 234, Relator Min. Néri Silveira, Tribunal Pleno, j. em 22/06/1995.

também competente para decidir sobre se tais requisitos permanecem ou não presentes, determinando a permanência ou a retirada do estado do setor da economia em que atua. A **decisão sobre a desestatização da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias e controladas compreende deliberação que incide sobre o mesmo objeto da decisão que autorizou a criação dessas empresas.** O respeito ao *princípio do paralelismo das formas* não se revela mera exigência formalista, mas constitui o meio necessário à preservação de competência privativamente reservada ao legislador pela Constituição Federal.

21. Essa compreensão foi acolhida pela jurisprudência do colendo Superior Tribunal Federal. No julgamento da ADI 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição, para afirmar a possibilidade dessas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, quando importarem em *perda do controle acionário* por parte do Estado. O precedente recebeu a seguinte ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, de ações de sociedade de economia mista.

2. Segundo os dispositivos impugnados, as ações de sociedades de economia mista do Estado do Rio de Janeiro não poderão ser alienadas a qualquer título, sem autorização legislativa. Mesmo com autorização legislativa, as ações com direito a voto das sociedades aludidas só poderão ser alienadas, sem prejuízo de manter o Estado, o controle acionário de 51% (cinquenta e um por cento), competindo, em qualquer hipótese, privativamente, a Assembleia Legislativa, sem participação, portanto, do Governador, autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado.

3. O art. 69, "caput", da Constituição fluminense, ao exigir autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia mista, e constitucional, desde que se lhe confira interpretação conforme a qual não poderão ser alienadas, sem autorização legislativa, as ações de sociedades de economia mista que importem, para o Estado, a perda do controle do poder acionário. Isso significa que a autorização, por via de lei, há de ocorrer quando a alienação das ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. A referida alienação de ações deve ser, no caso,

compreendida na perspectiva do controle acionário da sociedade de economia mista, pois é tal posição que garante a pessoa administrativa a preponderância nas liberações sociais e marca a natureza da entidade.

4. Alienação de ações em sociedade de economia mista e o "processo de privatização de bens públicos". Lei federal n. 8031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Observa-se, pela norma do art. 2., parágrafo 1., da lei n. 8031/1990, a correlação entre as noções de "privatização" e de "alienação pelo Poder Público de direitos concernentes ao controle acionário das sociedades de economia mista", que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais.

5. Quando se pretende sujeitar a autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista. Importa ter presente que isto só se faz indispensável, se efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade. Nesses limites, de tal modo, é que cumpre ter a validade da exigência de autorização legislativa prevista no art. 69 "caput", da Constituição fluminense.

6. Julga-se, destarte, em parte, procedente, no ponto, a ação, para que se tenha como constitucional, apenas, essa interpretação do art. 69, "caput", não sendo de exigir-se autorização legislativa se a alienação de ações não importar perda do controle acionário da sociedade de economia mista, pelo Estado.

7. É inconstitucional o parágrafo único do art. 69 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ao estipular que "as ações com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas, desde que mantido o controle acionário, representado por 51% (cinquenta e um por cento) das ações". Constituição Federal, arts. 170, 173 e parágrafos, e 174. Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e avista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será. Destarte, admissível, no sistema da Constituição Federal que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidas ou, desnecessariamente exploradas pelo setor público.

8. Não pode o constituinte estadual privar os Poderes Executivo e Legislativo do normal desempenho de suas atribuições institucionais, na linha do que estabelece a Constituição Federal, aplicável ao Estados-membros.

9. É também, inconstitucional o inciso XXXIII do art. 99 da Constituição fluminense, ao atribuir competência privativa a Assembleia Legislativa "para autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado". Não cabe excluir o Governador do Estado do processo para a autorização legislativa destinada a alienar ações do Estado em sociedade de economia mista. Constituição Federal, arts. 37, XIX, 48, V, e 84, VI, combinados com os arts. 25 e 66.

10. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, declarando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 69 do inciso XXXIII do art. 99, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem assim para declarar parcialmente inconstitucional o art. 69, "caput", da mesma Constituição, quanto a todas as interpretações que não sejam a de considerar exigível a autorização legislativa somente quando a alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implique a perda de seu controle acionário.⁵

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

Ação direta de inconstitucionalidade. Questão de Ordem.

2. No julgamento da ADIN 234-1/600 - RJ, o STF, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação e declarou a inconstitucionalidade do inciso XXXIII do art. 99 e do parágrafo único do art. 69, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, ainda, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação, relativamente ao caput do art. 69 aludido, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por "lei formal específica", só sendo necessária, entretanto, quando se cuidar de alienar o controle acionário de sociedade de economia mista.

⁵ STF, ADI 234, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 22/06/1995.



3. Publicada a decisão no Diário da Justiça da União, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requereu a exclusão da ata de julgamento do termo específica, sustentando que não corresponde essa expressão ao que foi decidido pela Corte, a qual apenas exigiu, na hipótese do caput do art. 69 da Carta fluminense, a existência de "lei formal genérica".

4. Petição conhecida como embargos de declaração, após ter sido publicado o acórdão.

5. Reconheceu-se não existir inteira coincidência entre o que foi objeto da análise dos votos do Relator e do Presidente com os termos segundo os quais ficou proclamada a decisão e, assim, constante da ata de julgamentos da sessão plenária respectiva.

6. Verificou-se, entretanto, que não constituiu objeto de expressa discussão, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o ponto referente a ser necessária autorização legislativa, por lei formal específica, quando se cuida de alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implicando a perda de seu controle acionário.

7. Em face disso, o Tribunal recebeu, em parte, os embargos de declaração para determinar seja retirada da ata de julgamento, na parte relativa ao feito, a expressão específica, passando a proclamação do resultado, neste ponto, a constar, nos seguintes termos: "E, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação com relação ao caput do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista."⁶

23. Mais recentemente, no ano de 2008, o Plenário do STF reafirmou esse entendimento ao julgar a ADI 1.348, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 364, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. NORMA QUE IMPEDE A ALIENAÇÃO DAS AÇÕES ORDINÁRIAS DO BANCO DO ESTADO DO RIO DE

⁶ STF, ADI 234, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. em 04/10/1995.

JANEIRO - BANERJ - E DETERMINA A ARRECADAÇÃO DE RECEITAS E OS PAGAMENTOS DE DÉBITOS DO ESTADO, EXCLUSIVAMENTE, PELO BANCO ESTADUAL.

1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual.
2. Conteúdo análogo das normas impugnadas nesta Ação; distinção apenas na vedação dirigida a uma sociedade de economia mista estadual específica, o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - Banerj.
3. Aperfeiçoado o processo de privatização do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, na forma da Lei fluminense n. 2.470/1995 e dos Decretos ns. 21.993/1996, 22.731/1997 e 23.191/1997. Condução do processo segundo o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar mantida.
4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

24. A tese ora defendida, além de encontrar conforto na jurisprudência do colendo Supremo Tribunal federal, corresponde, com precisão, à tradição legislativa brasileira. Não é demais lembrar que foi por meio de lei formal que o Congresso Nacional excluiu a ELETROBRAS do Plano Nacional de Desestatização. Com efeito, a Lei n. 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, previa no §1º do art. 31 que estavam “*excluídas do Plano Nacional de Desestatização -PND a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S/A -ELETROBRÁS e suas controladas: Furnas Centrais Elétricas S/A, Companhia Hidro Elétrica do São Francisco -CHESF, Centrais Elétricas do Norte do Brasil -ELETRONORTE e Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul S/A -ELETROSUL e a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE*”. A decisão política em sentido contrário também deve ser tomada por meio de

lei, de forma que tanto o Decreto 9.351/18 quanto o Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND não têm aptidão para iniciar o procedimento de privatização da companhia.

25. Não há dúvida de que deve ter aplicação, ao presente caso, o princípio do paralelismo das formas impõe a conclusão de que o ato jurídico de inclusão da ELETROBRAS no PND, e, conseqüentemente, a abertura de edital de licitação para estabelecer as condições de desestatização de suas distribuidoras de energia elétrica, só podem se materializar mediante o emprego da lei formal.⁷ Se a sociedade de economia mista teve sua criação autorizada por lei para cumprir determinada missão pública, surge como imperativo lógico que o mesmo requisito se mostre essencial no caso de alienação do respectivo controle acionário, sob pena de subtrair do “*órgão de representação popular o poder de julgar, soberanamente, da conformidade ou não desse ato com o interesse público*”⁸ No caso da ELETROBRAS, é bom recordar que até mesmo as alterações no modo de realização do interesse público envolvendo o seu objeto de atuação sempre foram realizadas por meio de lei em sentido formal⁹.

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

⁷ A propósito da exigência da autorização legislativa prevista no art. 37, incisos XIX e XX da Constituição Federal, Eros Roberto Grau anota: “*Os preceitos instrumentam o controle da expansão do Executivo pelo Legislativo. Não importam, em si, retenção dessa expansão; apenas impõem a participação do Legislativo no processo de decisão que se tome a respeito. Não se distinguem, neles, empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito – objeto específico de ordenação pelo art. 173 – daquelas que prestam serviço público. O controle que o Legislativo passa a exercer quanto à conformação do ‘tamanho’ do Executivo é bastante amplo*” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 8. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 248)

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Sociedade de economia mista transformada em sociedade anônima ordinária – inconstitucionalidade, *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 25, jan./mar. 1999, p. 67.

⁹ Com o advento do novo marco regulatório do setor elétrico introduzido pela Lei nº 10.848, de 7 de abril de 2004, que prevê a realização de leilões para precificar o fornecimento de energia elétrica no atacado, a atuação das empresas do grupo ELETROBRAS nesse certames tornou-se decisiva para assegurar patamares de preços mais baixos. Mais recentemente, a Lei nº 11.651, de 7 de abril de 2008, autorizou a ELETROBRAS a participar de outras sociedades, no Brasil ou exterior, que tenham por objeto a geração ou transmissão de energia elétrica.

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

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

Ressalte-se, porém, que a referida Medida Provisória não encerra, nem de longe, a consecução do planejamento de desestatização aqui tratado. O processo de democratização da Eletrobras é o objeto de Projeto de Lei próprio, registrado sob o n. 9.463, de 2018, o qual dispõe sobre a desestatização da referida companhia, altera as Leis n. 10.438, de 2002, n. 9.991, de 2000, n. 5.899, de 1973, e dá outras providências. (...)

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

27. O art. 1º do Projeto de Lei n. 9.463, apresentado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, coincide em tudo com o conteúdo do Decreto 9.351/2018, que viabilizou a publicação do Edital do Leilão n.º2/2018-PPI/PND, ao dispor que “A desestatização da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. -Eletrobras se dará na forma da Lei no 9.491, de 9 de setembro de 1997, e obedecerá às regras e condições estabelecidas nesta Lei”¹⁰. Foi o próprio Presidente da República que, em 22.01.2018 – ao apresentar o mencionado Projeto de Lei –, reconheceu que a inclusão da ELETROBRAS no PND dependia de autorização legislativa.

¹⁰ A íntegra do Projeto de Lei está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=665C935A08E26DDA60CF7502E095933A.proposicoesWebExterno1?codteor=1638088&filename=PL+9463/2018>. Acesso em: 06.06.2018.



28. O princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. Pois bem, a postura da Administração, no caso concreto, deve ser analisada na perspectiva da teoria dos atos próprios, enquadrando-se nas fórmulas jurídicas *venire contra factum proprio* e *tu quoque*, como consectários do princípio da boa-fé objetiva. Judith Martins-Costa explica a teoria dos atos próprios e seus desdobramentos nos seguintes termos, *verbis*:

Este vem amparado na teoria dos atos próprios, segundo o qual se entende que ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé. O seu feito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal. A teoria dos atos próprios desdobra-se em duas importantes vertentes. Numa direção vem particularizada doutrinariamente sob a denominação *tuo quoque* - pela natureza do sinalagma, surgindo como uma extensão da exceção de contrato não cumprido, uma vez traduzir a regra pela qual a pessoa que viola uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Na segunda direção, vem expressa pela máxima que proíbe *venire contra factum proprium*.¹¹

29. Ora, se a privatização não foi autorizada por meio de Lei, não há fundamento jurídico para que ocorra qualquer ato preparatório ou inicial por parte do BNDES, como modelar o procedimento de licitação das distribuidoras de energia da ELETROBRAS. Na esfera do direito público, como se sabe, o princípio da legalidade, fixado no *caput* do art. 37 da Constituição federal, vincula *positivamente* o administrador ao que

¹¹ Judith Martins-Costa, A boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 460-461.



a lei estabelece. O Administrador só pode fazer o que a lei determina ou permite. Essa vinculação positiva à lei distingue a esfera da Administração Pública da esfera da vida privada. Nesta, os particulares podem agir desde que a lei não os proíba, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal. A lei exerceria, nesse sentido, uma função *negativa* relativamente à conduta individual privada e uma *função positiva* no que concerne à Administração. O tema é enfrentado no seguinte aresto da Lavra do Ministro Luiz Fux: “O ato administrativo, no Estado democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina”¹².

30. O Decreto 9.351/18 não tem o condão de legitimar atos preparatórios – como o Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND – à prática de uma operação que, enquanto não sobrevier autorização legislativa, é incompatível com o ordenamento jurídico. Tudo isso sugere a possibilidade iminente de que um grave dano ao erário seja produzido sem que as condições jurídicas exigidas para o início do processo de desestatização da ELETROBRAS tenham sido implementadas na ordem jurídica.

III - DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

31. O BNDES desrespeitou a decisão tomada pelo Tribunal de Contas da União na data de 30/05/2018¹³. Isso porque, conforme será arguido, o BNDES não preencheu diversos requisitos determinados por aquele Tribunal para a realização da licitação para alienação das distribuidoras de energia da ELETROBRAS.

32. De início, deve-se frisar a determinação do TCU no sentido de que o processo licitatório fosse suspenso na hipótese – que, mais tarde, veio a se confirmar – de a MP 814/2017 não ser convertida em lei, a fim de permitir a realização de novos estudos de impacto. Transcreve-se o trecho do acórdão do TCU:

¹² STJ, REsp 584798/PE, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento 04/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 2015.

¹³ Acórdão em anexo

37. Ademais, como já antecipado no item 311 da instrução à peça 28, a edição da MP 814/2017 contribuiu decisivamente para a celebração do acordo entre as distribuidoras, a Eletrobras e a Petrobras. Porém, notícias recentes antecipam que essa Medida Provisória não será convertida em lei. Se isso for confirmado, poderão ser alterados os contornos jurídicos, econômicos e financeiros que viabilizaram a desverticalização da AmE. Ainda poderá a caducidade da MP 814/2017, já a partir de 1º/6/2018, alterar o impacto da deliberação da Eletrobras sobre a assunção de dívidas das distribuidoras, como anotado no item 285 da instrução à peça 28.

38. Com base nisso, proponho que seja **determinado ao MME que, na eventualidade de a MP 814/2017 não ser convertida em lei e houver modificação de deliberações da Eletrobras e da Petrobras que possam alterar contornos jurídicos, econômicos e financeiros dos estudos ora examinados, em especial quanto à anuência da Petrobras à desverticalização da Amazonas Energia e à assunção de dívidas das distribuidoras pela Eletrobras, abstenha-se de dar continuidade ao processo de desestatização em tela e encaminhe novo estudo fundamentado sobre o impacto dessas deliberações no processo em exame para apreciação por esta Corte de Contas.**

33. A mencionada Medida Provisória n. 814/2017, que incluía – de modo inconstitucional – a ELETROBRAS no Programa Nacional de Desestatização, teve sua vigência cessada, sem conversão em lei pelo Congresso Nacional. Isso porque tal MP não foi votada pelo Congresso Nacional dentro do prazo de 120 dias a contar da sua apresentação, em 29/12/2017, conforme preconiza o art. 10 da resolução n. 1/2002-CN combinado com o artigo 62 da Constituição Federal. Confira-se, a propósito, a notícia divulgada pelo sítio eletrônico do Senado Federal:

Venceu o prazo de vigência da Medida Provisória (MP) 814/2017, que reestrutura o setor elétrico no país. O ato de encerramento da vigência foi publicado no *Diário Oficial da União* desta quarta-feira (6).

A MP já havia sido aprovada sob a forma de projeto de lei de conversão pela comissão mista, mas faltava a análise nos Plenários da Câmara e do Senado. O trecho mais polêmico da MP 814 — salienta o senador Eduardo Braga (MDB-AM), que presidiu a comissão mista — havia sido retirado do parecer pelo relator, deputado Júlio Lopes (PP-RJ). Ele suprime o artigo que autoriza o governo a incluir a Eletrobras e suas

controladas no Programa Nacional de Desestatização (PND).

O presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, já havia informado no último dia 22 que a Câmara não votaria a MP. De acordo com Maia, o governo enviará um projeto de lei sobre o tema.

34. Assim, fica evidente o obstáculo intransponível à realização da desestatização pretendida pelo Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND, uma vez que as condições impostas pelo TCU para a realização desse certame ainda não se implementam.

35. Conforme reconhecido pelo TCU, a MP 814/2017 foi apresentada como fator decisivo à celebração do acordo entre as distribuidoras, a ELETROBRAS e a PETROBRAS, de forma que a perda de sua eficácia traz todo um novo contorno ao cenário de desestatização que não pode ser omitido aos futuros compradores. Como foi amplamente noticiado recentemente, “[a]pesar do aval do TCU, há dúvidas sobre a capacidade da Eletrobras de conseguir interessados para as empresas, depois que o Congresso decidiu não votar a Medida Provisória (MP) 814. Essa MP continha mecanismos para facilitar a venda das distribuidoras, altamente endividadas”¹⁴. A não conversão da MP 814/2017 em lei criou ambiente de enorme insegurança jurídica para a operação de venda das distribuidoras. Tudo isso importaria, segundo a decisão do TCU, a revisão dos estudos de impacto jurídico, econômico e financeiro envolvido na venda dessas distribuidoras.

36. *Ad argumentandum tantum*, vale ressaltar que o requisito trazido pelo Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND, no Capítulo V – Das Etapas do Leilão, item 5.7.1, por meio do qual se que condiciona o Leilão da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. à aprovação pela ANEEL de seu processo desverticalização¹⁵, não se presta a afastar o preenchimento das outras condições impostas pelo acórdão do TCU.

¹⁴ V. <https://oglobo.globo.com/economia/tcu-da-aval-para-privatizacao-de-distribuidoras-da-elektrobras-22733514>. Acesso em: 16.06.2018.

¹⁵ Veja-se: “5.7.1 O Leilão da AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A. fica condicionado a despacho ou ato equivalente da ANEEL que aprove e/ou ateste o cumprimento dos requisitos da operação anuída pela Resolução Autorizativa ANEEL n.º 4.244/2013, relativa ao processo de desverticalização das atividades de geração e transmissão das atividades de distribuição da Amazonas Distribuidora de Energia S.A.. Em não sobrevivendo o ato mencionado até o dia imediatamente anterior à data limite para a entrega dos documentos mencionados no

37. Como se vê, o mencionado item do edital não é capaz de afastar ou preencher o requisito imposto pelo Tribunal de Contas da União. Ora, a MP 814/2017 perdeu sua eficácia, gerando, por consequência, cenário diverso daquele em que o TCU aprovou a venda das distribuidoras, de forma que se faz necessário um novo estudo dos impactos jurídico, econômico e financeiro a serem analisados por aquele Tribunal de Contas. A aprovação pela ANEEL de eventual processo de desverticalização da Amazonas Minas e Energia não tem condão de afastar a exigência de conversão da MP/814 em lei; ou, em não sendo convertida, a exigência de realizações de novos estudos de impacto a serem apreciados pelo TCU.

38. Esse fato novo – perda da eficácia da MP 814/2017 –, por si só, é suficiente para suspender o processo de desestatização, conforme determinação do Plenário do TCU, de modo a permitir que seja realizado novo estudo fundamentado sobre o impacto da não conversão da MP 814/2017 em lei no processo de desestatização em exame.

39. Como se não bastasse, há vários requisitos determinados pelo TCU para a realização da desestatização das distribuidoras de energia, dos quais o BNDES não se desincumbiu de preencher ao publicar o edital cuja nulidade se pretende, *in verbis*:

[...] seja determinado ao MME que, anteriormente à realização do certame:

a) dê transparência a qualquer ato que tenha editado ou venha a editar e que tenha o condão de alterar os contornos econômico-financeiros das empresas a serem privatizadas em especial quanto à correção do ponto inicial de deságio de flexibilização tarifária referente à Companhia Energética de Alagoas S.A. (Ceal), antes calculado em 99,2%, em função do desfecho do acordo judicial relativo à ação trabalhista movida pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas no Estado de Alagoas relacionada ao Plano Bresser.

b) divulgue ao mercado, com auxílio do BNDES, os montantes de investimentos de responsabilidade da Amazonas Energia relativos ao Leilão – Aneel 2/2018 e não considerados nos estudos de avaliação,

subitem 5.1, a Comissão de Licitação emitirá Comunicado Relevante sobre o andamento do Leilão em relação à distribuidora”.

com os respectivos prazos de implementação e as estimativas de impacto nos contornos econômico-financeiros da privatização, especialmente quanto à viabilidade econômica da concessão.

[...] seja determinado ao MME, ao BNDES e à Eletrobras que, antes da realização do certame, avaliem formas de promover o compartilhamento de eventuais benefícios futuros que os Ativos Imobilizaram em Curso, adquiridos pelas distribuidoras subsidiárias da Eletrobras, possam vir a apresentar aos novos concessionários e façam constar critérios claros e objetivos no edital do certame que delimitem este compartilhamento.

40. Ora, em razão da magnitude e complexidade do que fora determinado pelo TCU, é evidente que não haverá tempo hábil à realização de tais providências antes que seja realizada a entrega dos documentos necessários à habilitação do certame, o que ocorrerá em 19/07/2018. Para se chegar a essa conclusão – de que a complexidade e extensão dos requisitos impostos pelo TCU como condições para a realização da alienação das distribuidoras é incompatível com o prazo previsto no Edital publicado pelo Réu –, Vossa Excelência pode se valer, legitimamente, das máximas da experiência¹⁶. Isso porque, fazendo alusão a fatos de seu conhecimento pessoal, advindos de sua experiência de vida, poderá sopesá-los com aqueles extraídos dos autos, formando, assim, sua livre convicção¹⁷.

41. Em síntese, o Edital do Leilão n.º 2/2018-PPI/PND, publicado pelo BNDES, desrespeitou a decisão plenária do TCU duplamente: (i) primeiro, deu sequência à licitação para outorga do contrato de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, associada a transferência do contrato acionário das ações das distribuidoras do complexo ELETROBRAS, apesar da perda da eficácia da MP 814/2017 e da inexistência da apresentação de novos estudos de impacto – tal como determinado pelo

¹⁶ Para a “*confirmação da hipótese*”, no quadro da inferência probatória, seja a da proposição formulada, seja a da proposição contrária, o juiz, quando não se trata da chamada “*prova legal*”, se vale de “*conhecimentos*” hauridos no decorrer de sua vida, os chamados “*background knowledges*” do direito anglo-americano, a que correspondem, de modo geral, no sistema do *civil law*, as “*máximas da experiência*” ou “*regras da experiência comum*” (Michele Taruffo, “La prova nel processo civile”, in “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, Giuffrè, editor, 2012, p. 225 e seg.).

¹⁷ STJ, RHC 6.190/SP, Rel. Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, in DJ de 19.12.1997, p. 67533.

Plenário do TCU; (ii) segundo, o Ministério de Minas e Energia não se desincumbiu – e nem se desincumbirá até a apresentação das propostas no certame iniciado, dada a complexidade e extensão dos trabalhos que lhe foram exigidos, das exigências que lhe foram impostas pelo TCU, como acima demonstrado.

IV – PEDIDO

42. Requer, portanto, que seja cancelado o processo de licitação, devido ao seu caráter precário e a ilegalidade dos termos do Edital nº 02/2018.

Termos em que,

Pede deferimento.

Brasília/DF, 15 de agosto de 2018.



Beatriz Veríssimo de Sena
OAB/DF n.º 15.777



Gabriella Andrade e Alencar
OAB-DF 44.895