



Sandro Roberto da Silveira Junior

**O Supremo Tribunal Federal nos anos 90:
O controle de constitucionalidade da Reforma do
Estado de Fernando Henrique Cardoso em Ações
Diretas de Inconstitucionalidade movidas pelo
Partido dos Trabalhadores**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
orientação do Professor
Guilherme Balbi.**

SÃO PAULO

2022

RESUMO:

Durante seu mandato, o Presidente Fernando Henrique Cardoso mobilizou a Reforma do Estado, que propôs a transformação do Estado Brasileiro, então Empreendedor e Burocrático, para Regulador e Gerencial. Por contar com larga maioria no Congresso Nacional, FHC tinha uma governabilidade favorável que o possibilitou de passar vários pontos de sua reforma. Não contando com o mesmo cenário favorável no Congresso, o Partido dos Trabalhadores, principal partido da oposição, recorreu ao STF para tentar reverter parte das perdas legislativas. Assim, o Supremo teve que lidar com a judicialização de uma das principais pautas do chefe do executivo nos primeiros anos com a Constituição de 1988 em vigor. Ao longo dos julgamentos desta disputa judicializada, o STF deu mais decisões favoráveis ao governo, mas com motivações distintas e ausência de critérios claros de controle da Reforma, com uso de fundamentações de cunho social e econômico tanto para impugnar quanto para manter dispositivos desta Reforma.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Controle de Constitucionalidade; Direito Administrativo; Reforma do Estado; Ciência Política; Presidencialismo de coalizão.

Agradecimentos

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Maria Eliane e Sandro, com o qual me honro de compartilhar o nome. Por me possibilitarem a sonhar, compartilharem a vida comigo e me apoiarem em todos os momentos de minha vida. Amo vocês infinitamente!

Ao meu orientador, Guilherme Balbi, que me ajudou enormemente para que esta monografia conseguisse ser feita. Obrigado por me acompanhar nessa jornada e por compartilhar momentos de surto, desespero, retornos e mensagens de madrugada entre outros e, é claro, a contribuição inestimável que você deu a esta pesquisa. Te deixo meu muito obrigado.

Aos meus amigos de longa data, Enzo, Lais, Paola e Helena. Saibam que mesmo que tenhamos tomado caminhos diferentes, tenho vocês no coração para sempre e prezo pela amizade linda que construímos.

À minha Professora, Ana Elvira, que me ajudou a entrar na Escola de Formação e que me alegrou em conversas virtuais em anos de pandemia e que me deu todo o apoio para entrar na Escola de Formação.

À minha Professora de Direito Administrativo, Juliana Palma, uma das professoras mais brilhantes que já conheci, que em conversas me apresentou a realidade da Reforma do Estado. Deixo meu agradecimento pela atenção e o carinho com que ela me acompanhou na monografia. Assim como deixo meu agradecimento pelas maravilhosas aulas de administrativo.

Ao meu Professor de Direito Constitucional, Rubens Glezer, gostaria de agradecer por me ajudar a me apaixonar ainda mais por direito constitucional e pelas conversas que ajudaram a permear este trabalho e por me abrir os olhos para ver o STF de uma maneira totalmente diferente. Também digo que te perdooo pelos 14 textos filosóficos em inglês que você teve o carinho de colocar como bibliografia obrigatória da disciplina de constitucionalismo de crise. Foi uma experiência excêntrica inesquecível.

Gostaria de agradecer às Professoras Luciana Gross e Eloísa Machado que me acolheram como monitor em suas respectivas disciplinas. Também ao Professor José Garcez por sempre manter sua porta aberta para maravilhosas conversas de assuntos diversos.

Às minhas amigas queridas Carolina, Beatriz e Luana, por estarem do meu lado e compartilharem comigo momentos de alegria, desesperos, surtos coletivos, risadas histéricas e loucuras que vivemos em coletivo. A amizade de vocês ajudou a dar sentido a minha graduação e vocês são muito especiais para mim. Obrigado por tudo, amo vocês.

Aos meus amigos Gabriel, João, Luca, Lucas. Obrigado pela amizade e por vocês conseguirem eliminar o meu sossego de maneiras variadas. Também pelos maravilhosos momentos que pude compartilhar com vocês até agora e as risadas que saem naturalmente enquanto estamos juntos e às nossas partidas de jogos de tabuleiro que incendeiam a discórdia.

Aos meus amigos da Escola de Formação, Susana, Pedro, o outro Pedro, Giovana, Paulo, Bia, Giulia e Isabel. Conhecer vocês foi algo muito precioso e eu guardo nossos momentos juntos no coração e agradecemos pelos maravilhosos momentos que passamos juntos nas quartas-feiras e sextas-feiras e em cafés variados.

Em especial, um agradecimento a Susana e Pedro pelas noites madrugadas e dias inteiros passados em cafés para que nossas monografias fossem feitas. Vocês são tudo.

Também deixo agradecimentos às minhas afilhadas calouras, Rafaela e Isadora, com as quais compartilho uma amizade muito especial e a aos meus veteranos Ana e Matheus, que compartilham meu amor por direito constitucional e acompanharam essa monografia e à Laena, com quem compartilho a admiração pelo direito administrativo.

À minha amiga de todos os momentos, Gabriela, que me acompanhou na Escola de Formação, mas que me persegue desde o primeiro semestre onde fazíamos premissas de personalidade jurídica. Te agradeço

imensamente pela amizade, carinho e por nossos momentos que guardo no coração.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a equipe da Escola de Formação, Mari, Joli e Yasser. Obrigado pela experiência extraordinária que foi ser aluno da Escola de Formação esse ano. O esforço de vocês foi notável para essa que foi uma das melhores atividades que fiz na graduação.

*Dedico este trabalho à minha irmã, Maria Fernanda.
Te amo daqui até o fim.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. METODOLOGIA	10
3. SISTEMATIZAÇÃO DAS DECISÕES E DAS GRANDES TESES DA CORTE	15
3.1. O alvo das ADIs: A Reforma do Estado	15
3.2 Os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal	20
3.2.1 ADI 1263 MC (06/04/1995)	20
3.2.2 ADI 1485 MC (07/08/1996)	22
3.2.3 ADI 1649 MC (29/10/1997)	26
3.2.4 ADI 1668 MC (20/08/1998)	29
3.2.4.1 Medida Liminar dos arts. 8º e 9º da Lei nº 9.412/97	30
3.2.4.2 Medida Liminar dos incisos I, II e III do art. 18 da Lei nº 9.412/97.....	35
3.2.4.3 Medida Liminar dos incisos IV, X e XV do art. 19 da Lei nº 9.412/97	37
3.2.4.4 Medida Liminar do inciso II do art. 22 da Lei nº 9.412/97	40
3.2.4.5 Medida Liminar do parágrafo único do art. 54 e os arts. 55, 56, 57, 58 e 59 da Lei nº 9.412/97	41
3.2.4.6 Medida Liminar do inciso III, §1º e a expressão "ou concomitância" contida no §2º do art. 65, arts. 66 e 69 da Lei nº 9.412/97	45
3.2.4.7 Medida Liminar da expressão "as disposições desta lei e especialmente" do art. 89 e incisos I a X do mesmo art. da Lei nº 9.412/97	50
3.2.4.8 Medida Liminar do art. 91, caput e §§ 1º ao 3º da Lei nº 9.412/97.....	51
3.2.4.9 Medida Liminar das expressões "simplificado" e "termos por ela regulados" do art. 119 e o termo "ressalvados os casos de inelegibilidade" do art. 210	53
3.2.4.10 Conclusão do julgamento da ADI 1668 MC	55

3.2.5 ADI 1975 MC (20/05/1999)	56
3.2.6 ADI 2125 MC (06/04/2000)	62
3.2.7 ADI 1717 (07/11/2002)	68
3.3 As teses gerais do Tribunal	65
4. MAIORIAS E MINORIAS DAS DECISÕES.....	73
4.1 O STF da época	73
4.2. Tabelas das Decisões	78
5. CONCLUSÕES	85
5.1 Conclusão Final	92
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

1. Introdução

Em minha curta vivência universitária, o Supremo Tribunal Federal sempre foi uma instituição que me intrigou. Sempre achei interessante ver como aquele longínquo tribunal de Brasília tomava decisões que mudavam os rumos do país. Em muitos casos, com uma simples canetada de um único ministro.

Além do meu interesse particular, é inegável que a corte tem ganhado uma importância cada vez mais importante no cenário político brasileiro. Autores como Oscar Vilhena¹ evidenciam como o Tribunal partiu para o centro do jogo político, sendo definido pelo autor como sendo Supremocracia. Outros, como Rubens Glezer², trazem as consequências da ampliação do poder da Corte e sua atuação no limite da legalidade da Constituição.

Portanto, não há dúvidas que o STF entrou como um dos protagonistas nas relações políticas e nas disputas entre os poderes da República. Daí, veio meu interesse pela busca de um tema que pudesse mostrar essa construção institucional acerca da Corte.

Assim, ao ter aulas sobre a metodologia de análise jurisprudencial de López Medina³, de analisar as maiorias e minorias da corte ao longo do tempo e suas teses fixadas, veio o meio pelo qual eu faria a pesquisa. Após a aula sobre pesquisa acerca da litigância estratégica na Corte, meu tema ficou quase completo: eu gostaria de pesquisar sobre como a Corte se comporta diante dos pedidos de um partido político.

Nas palavras do meu professor de metodologia de análise jurisprudencial, Guilherme Klafke, a metodologia de Medina mostraria a "história que é contada" pela corte num determinado período. E assim surgiu a ideia da pesquisa: ver a relação que o Tribunal estabelece com um partido, em especial de oposição, durante um período.

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Batalha dos Poderes. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

² GLEZER, Rubens Eduardo. Catimba Constitucional: do Antijogo à Crise Constitucional. São Paulo: Juspodivm, 2021

³ MEDINA, Diego Eduardo López. El Derecho De Los Jueces. 2. ed. Bogotá: Legis S.A., 2012.

Mas, ao mesmo tempo, achei interessante ver o Supremo em um outro período. Um momento diferente do Tribunal e em que ele não tivesse consolidado a Supremocracia descrita por Vilhena. Assim, decidi que seria no século passado, mais especificamente, nos anos 90.

Porém, por essa década ser famosa por momentos de grande conturbação política, como o impeachment de Fernando Collor de Mello, e econômica, caso da crise de hiperinflação e o confisco das poupanças. Logo, entendi que seria mais interessante ver o Tribunal em um período de mínima estabilidade em que o Tribunal não tivesse que lidar com momentos de grande crise. Por isso, escolhi o governo Fernando Henrique Cardoso, já que seu governo foi após a estabilização econômica do plano real e por ter sido o único presidente eleito democraticamente, desde Juscelino Kubitschek, a não sofrer um processo de impeachment e não ter sido derrubado, ou renunciado.

Aliás, FHC ainda conseguiu se reeleger, o primeiro desde Getúlio Vargas a ser escolhido para mais de um mandato e o primeiro a ter uma reeleição uma seguida da outra. Assim, escolhi seu governo, do período de 1995 a 2002 para ser o recorte temporal do trabalho.

Portanto, os oito anos que FHC foi o Presidente da República, de 01/01/1995 a 31/12/2002, foi o tempo que este trabalho analisou. Um período em que o Presidente terminou seus dois mandatos, o Estado Democrático de Direito estava consagrado e com a Constituição de 1988 em pleno vigor e com o Supremo Tribunal Federal agindo em um período de estabilidade institucional sem grandes crises políticas e econômicas.

Como é um trabalho de litigância estratégica e análise jurisprudencial, era necessário um partido político que entrou no STF contra o governo. O antagonista escolhido foi o Partido dos Trabalhadores, por ser o maior partido de oposição ao governo na câmara. Além disso, através de uma pesquisa preliminar, observei que foi o partido que mais entrou com ações no STF na época. Logo, a disputa política escolhida foi o PT contra o governo FHC em ações judiciais no STF.

Assim, a ideia é ver se diante das ADIs (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) que o PT entrou, o STF chegou ou não a desafiar o governo no sentido de barrar suas políticas. E se, como defendem alguns

autores como Daniel Bogéa⁴, o Tribunal acabou se comportando como uma extensão da discussão legislativa, e que partidos de oposição que possuem pouca influência no congresso usam o Tribunal para o conseguir o que não obtiveram no legislativo.

Dessa forma, temos o embate, PT e governo FHC e arena desta disputa política, o STF. Como tema desse embate, escolhi analisar a Reforma do Estado. Uma das principais pautas de Fernando Henrique Cardoso e, conseqüentemente, ver como o Supremo julgou essas ADIs ao longo deste período de tempo.

Em suma, o tema da pesquisa pode ser definido como: **O STF nos anos 90: o controle de constitucionalidade da Reforma do Estado de Fernando Henrique Cardoso em Ações Diretas de Inconstitucionalidade movidas pelo Partido dos Trabalhadores.**

2. Metodologia

Para a realização desta pesquisa, decidi analisar os casos julgados no Tribunal Pleno da Corte. Logo, foram apenas consideradas apenas as ADIs que o Partido dos Trabalhadores entrou contra as leis e medidas provisórias que alteraram a dinâmica da Administração Pública brasileira. Em especial, as que instituíram e regularam o alcance e o funcionamento das agências reguladoras, alteraram a dinâmica de funcionamento das empresas estatais e mudaram o modo de organizar a burocracia.

Portanto, foram excluídas ADIs que tratavam de temas relativos aos outros poderes, como ações que envolviam a burocracia do legislativo e do poder judiciário, aumentos de salários de servidores, direito tributário e finanças públicas e direito eleitoral. Portanto, foram vistas apenas normas que alteraram o funcionamento da máquina pública, e não com seu financiamento e pagamento de seus servidores.

Em suma, temos a seguinte pergunta de pesquisa e suas subsidiárias, as subperguntas:

⁴ BOGÉA, Daniel. Partidos Políticos e STF: Decifrando a Simbiose Institucional. São Paulo: Appris, 2021

Como o STF julgou os atos da reforma do Estado do governo FHC em julgamentos ocorridos entre 01/01/1995 a 31/12/2002 em ADIs impetradas pelo Partido dos Trabalhadores durante esse mesmo período?

Perguntas subsidiárias:

- I. O STF tinha critérios perenes para exercer o controle de constitucionalidade da reforma do Estado de FHC?
- II. O Supremo construiu uma linha jurisprudencial sólida para efetuar ou não o controle de constitucionalidade das ADIs impetradas pelo PT?
- III. Os ministros indicados pelo governo alteraram a dinâmica de votação dessas ações?
- IV. O Supremo Tribunal Federal foi um empecilho à coalizão de governo passarem as suas propostas de Reforma do Estado?
- V. Algum precedente mudou os rumos de votação da corte? Ou seja, alguma decisão foi determinante para o STF consagrar algum entendimento sobre o tema?

Para responder essas perguntas, seria necessário ver quais ações foram impetradas pelo PT acerca da Reforma do Estado. Como o STF não coloca na ementa ou no acórdão a temática "Reforma do Estado", o que facilitaria esta pesquisa, foi necessário encontrar palavras-chave que pudessem elencar nos acórdãos os julgados que tratam da Reforma do Estado. Assim, coloquei a seguinte composição no indexador da corte: **"PT ou Partido dos Trabalhadores e Admin\$"**.

Esta composição de palavras consegue encontrar no indexador do Tribunal os julgados cuja impetrante foi o Partido dos Trabalhadores tanto em sua forma abreviada "PT" quanto escrita pelo extenso "Partido dos

Trabalhadores". Para encontrar a temática do julgamento, foi escolhida a palavra "Admin\$" pois esta combinação com o cifrão traz palavras começadas com "Admin". Assim, é possível ver ações que envolvam a Administração Pública no geral.

Para circunscrever o período, foi colocado no site da corte o período entre 01/01/1995 ao dia 31/12/2002, primeiro último dia do governo Fernando Henrique, contando seus dois mandatos. Portanto, foram analisadas as decisões julgadas no Supremo durante esse período e que digam respeito a normas que o governo, mesmo não tendo produzido, tenha apoiado.

Assim, estas foram as ações selecionadas pelo indexador da corte e por seleção manual. Casos de direito eleitoral, administração própria do poder legislativo e progressão salarial dos funcionários públicos foram cortados.

Aliás, as normas escolhidas foram aquelas que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro durante o governo FHC. Ou seja, leis, decretos, emendas e outros dispositivos legais que não foram feitos no governo Fernando Henrique não foram considerados neste trabalho. Apenas as normas feitas e apoiadas pelo governo e que foram julgadas durante o mandato. Normas julgadas posteriormente também não foram consideradas.

Dessa maneira, estas foram as ADIs estudadas nesta pesquisa:

ADI	Data de Julgamento	Data de Distribuição	Requerente	Relator
ADI 1263 MC	06/04/1995	05/04/1995	PT	Ilmar Galvão
ADI 1485 MC	07/08/1996	25/07/1996	PT	Néri da Silveira
ADI 1649 MC	29/10/1997	13/08/1997	PT, PC do B, PDT e PSB	Maurício Corrêa
ADI 1668 MC	20/08/1998	09/09/1997	PT, PC do B, PDT e PSB	Marco Aurélio
ADI 1975 MC	20/05/1999	24/03/1999	PT	Sepúlveda Pertence
ADI 2125 MC	06/04/2000	22/12/1999	PT	Maurício Corrêa
ADI 1131	04/09/2002	12/09/1994	PT e PDT	Ilmar Galvão

ADI 1717	07/11/2002	26/11/1997	PT, PC do B e PDT	Sydney Sanches
-----------------	------------	------------	----------------------	-------------------

Com as ações levantadas, foi feito um fichamento em que foi elencado a maioria formada pelo plenário do STF, o placar, a tese vencedora da maioria e as teses e placares construídas pelas minorias da casa que foram de maneira contrária à linha majoritária. Assim, foi montada uma tabela com os placares e minorias ao longo do período. Isto dentro da metodologia de López Medina para contar a construção jurisprudencial da Corte.

Ao longo da pesquisa, encontrei 4 grandes teses para elaborar a tabela no modelo inspirado em Lopez Medina. **Assim, as grandes teses que surgiram da leitura dos julgamentos foram:**

- 1. Constitucional pois a tese está de acordo com à Constituição**
- 2. Constitucional por motivos alheios da Constituição**
- 3. Inconstitucional por violar à Constituição**
- 4. Inconstitucional por motivo alheio à Constituição**

O motivo da escolha destas teses veio do fato de que, embora diversas sejam as temáticas envolvidas nos julgamentos, os ministros utilizam essas linhas argumentativas. Ora enxergam que as teses favoráveis ao governo estão de acordo com a Constituição por não colidirem com o texto da Carta. Outrora vêm a realidade prática dos órgãos públicos como motivo suficiente de não afastar a norma e impugná-la⁵. Da mesma maneira, ocorreram momentos em que, seja maioria ou minoria, surgiram teses na Corte que consideraram a norma inconstitucional por afrontar a CF.

Assim, serão colocadas as ADIs e as Teses em um plano cartesiano, onde na vertical lateral esquerda, estão as datas em que elas foram julgadas.

⁵ Destaca-se a atuação do Ministro Nelson Jobim que em diversas ações usou a realidade dos gestores públicos e a viabilidade da atuação do Estado como maneira de evitar que a lei favorável ao governo não fosse declarada inconstitucional.

Na horizontal superior, estão as 3 grandes teses elaboradas pelo Tribunal, com o indicativo das minorias. Para exemplificar:

ADIs	Tese 1	Tese 2	Tese 3	Tese 4
Data 1 - ADI 1				
Data 2 - ADI 2				
Data 3 - ADI 3				
Data 4 - ADI 4				
Data 5 - ADI 5				
Data 6 - ADI 6				

Como explicado anteriormente, esta construção de tabela possibilita ver a história que a Corte conta nesse período. O que ela decidiu ao longo do tempo. Ao comparar isso com a cronologia do período, é possível ver se existe um padrão decisório da corte.

Logo, com a tabela no modelo de Medina, separando as teses do Tribunal, vai ser possível ver como a histórias dessas ADIs foram contadas. Ver quais foram os resultados que o Supremo deu aos pedidos do PT e ver se a disputa barrou, ou não, a pauta da reforma do Estado.

Aliás, para essa pesquisa, tenho algumas hipóteses que me acompanharam ao longo do curso da pesquisa:

- I. Acredito que o STF não estabeleceu padrões claros de votação, mas votou majoritariamente a favor do governo.**
- II. Os ministros indicados por FHC não mudaram a dinâmica de votação da Corte nem foram relevantes para o resultado, tendo em vista que, em 8 anos, FHC só indicou 3 ministros, e dois foram durante o final do segundo mandato.**

E um **preconceito**: acredito que os ministros indicados durante a ditadura militar foram mais deferentes ao governo. Isto é, como vieram de um período de exceção democrática, momento em que a corte tinha sua capacidade institucional limitada, eles poderiam ter trazido esta postura da Ditadura Militar para a realidade democrática da Constituição de 1988

Enfim, vamos ao trabalho:

3. Sistematização das decisões e das grandes teses da Corte

Para prosseguirmos com o trabalho, é necessário entendermos como a Corte votou e as teses que o Tribunal fixou após os julgamentos. Bem como o que as minorias, as posições majoritárias da Corte fixaram como teses e o que o Partido dos Trabalhadores pediu à Corte.

Assim, este capítulo da monografia será dividido em duas partes: (i) ver as ações que foram julgadas pela corte e suas teses e entendimentos e (ii) entender quais são as teses, conjunto de teses, universais que foram compartilhadas entre as ações. Ou seja, ver uma maneira de juntar as teses do tribunal nessas ADIs para vermos a análise de sua jurisprudência.

3.1. O alvo das ADIs: A Reforma do Estado

Uma das principais agendas do governo FHC foi a Reforma do Aparelho do Estado⁶. Ela entrou como uma das principais agendas políticas atrelada a estabilização econômica iniciada pelo Plano Real.

Para entender do que se trata essa agenda política, é necessário recorrer ao **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**⁷. Neste documento, a Administração Fernando Henrique deixou claro seus objetivos e o que propunha com essa reforma.

⁶ Nome original colocado no Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado. Este plano diferencia Reforma do Estado de Reforma do Aparelho. Mas, a Reforma do Aparelho é algo mais específico, porém ambas estão dentro da grande definição Reforma do Estado.

⁷ BRASIL.Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995.

Assim, o Plano constrói o que seria a Administração Pública da época anterior ao governo: uma administração burocrática, hierarquizada, centralizada e focada na rigidez dos processos. Com pouco apreço pelos resultados das políticas públicas, esta Administração, na visão do plano, seria voltada a ela mesma em modo de autorreferência. Isso, de acordo com o Plano, afastou a Administração da realidade. Além do mais, este modelo de Estado caracterizou o interesse público não como o interesse da coletividade, mas sim como a afirmação do poder do Estado.

Além disso, o Plano associa esse modelo burocrático de Administração com de Estado Empreendedor, que seria aquele que surgiu com o programa de substituição das importações. Neste modelo, o Estado **induz de maneira direta o desenvolvimento econômico** e presta diretamente os serviços públicos.

Em contraposição à Administração Burocrática e ao Estado empreendedor, a Reforma do Aparelho do Estado propõe, respectivamente, a **Administração Gerencial** e o **Estado Regulador**.

A Administração Gerencial seria o oposto da Burocrática: ao invés de se preocupar com o processo hierárquico e rígido, a Administração se preocuparia com o resultado. Aplicando a avaliação *a posteriori* dos resultados e introduzindo a avaliação do trabalho desempenhado pelo servidor, valorizando o trabalho daqueles empenhados em oferecer o melhor serviço.

Desta forma, a Reforma do Aparelho propõe introduzir aspectos da iniciativa privada e das empresas à Administração. Tratando o contribuinte como o "cliente" e o Estado como o "prestador de serviço".

Já a transição do **Estado Empreendedor** para o **Regulador** seria o Estado deixar de investir diretamente no desenvolvimento econômico e na prestação direta dos serviços públicos. Ao invés disso, o Estado adquire uma dupla função: reguladora e promotora. Passando para a iniciativa privada o que pode ser desempenhado por ela e admitindo a entrada de organizações privadas da sociedade civil na prestação do serviço público.

Logo, o Estado seria apenas responsável por regular a atividade econômica e os serviços públicos. Assim como ser o promotor de seu

desenvolvimento. Portanto, seria uma forma do Estado agir de maneira indireta em contraponto a maneira direta do Estado Empreendedor.

Nesse contexto, é que surgiram importantes leis, medidas provisórias e emendas à Constituição que possibilitaram a implementação desse novo modelo de Estado. Como a criação das Agências Reguladoras, a Lei das Organizações Sociais, o fim do Regime Jurídico Único da Administração, a Lei das Telecomunicações entre outras.

Com essas transformações legais, a Reforma do Estado se propôs a abrir mais espaço à iniciativa privada e implementar o papel regulador e promotor do Estado.

Como oposição a este modelo, o Partido dos Trabalhadores, principal partido opositor no Congresso Nacional, se opôs a esse novo modelo. Com isso, o Partido dos Trabalhadores fez uma forte contraposição a Reforma do Estado tanto no Congresso Nacional quanto no STF.

Além do mais, o governo FHC tinha ampla maioria no Congresso⁸. No senado, os partidos que compunham a coalizão governista, PMDB, PFL, PSDB e PTB, possuíam **57 das 81 cadeiras** na 50ª Legislatura (1995 - 1998). Aproximadamente **68% das cadeiras do Senado**.

Respectivamente, entre os anos de 1995 à 1998, o PMDB possuía 20 cadeiras, o PFL, 19 cadeiras, o PSDB, 14 cadeiras e o PTB, 4 cadeiras.

Já na 51ª Legislatura, entre os anos de 1999 à 2002, a coalizão presidencial composta pelos mesmos partidos políticos, possuíam **58 cadeiras das 81 do Senado**. Respectivamente, o MDB possuía 25 cadeiras, o PFL, 16 cadeiras, o PSDB, 13 cadeiras, e o PTB permaneceu com 4 cadeiras.

Ou seja, no Senado Federal, para aprovar uma Lei é necessário a maioria simples (50% + 1 dos senadores presentes na sessão) e para aprovar uma Lei Complementar a maioria qualificada (50 + 1 de todos os senadores, 41 votos). Já para aprovar uma emenda à Constituição Federal, é necessário $\frac{3}{5}$ dos votos totais do Senado, 49 votos.

Portanto, dentro da câmara alta, Fernando Henrique possuía ampla maioria para passar tanto alterações na legislação ordinária e complementar

⁸ Dados coletados do site oficial do Senado Federal: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/legislaturas-antiores/-/a/50/por-partido#fn-suplente>

quanto para emenda a CF. Logo, o governo tinha uma base confortável para aprovar a Reforma do Aparelho do Estado.

O quadro não era diferente na Câmara dos Deputados. Membros da coalizão presidencial, 291 deputados foram eleitos em 1994. Em 1998, o quadro não foi diferente. Com a eleição de 318 deputados federais, o governo FHC teve ampla maioria para aprovar tanto projetos de lei quanto emendas à Constituição. Bem como uma maioria para transformar suas medidas provisórias em lei.

Assim, Câmara e Senado tinham um cenário favorável a FHC. Na visão de Sérgio Abranches⁹, a grande dificuldade que FHC enfrentava no congresso era equilibrar os dois partidos pivô do governo, PMDB e PFL. De resto, o governo não tinha grande resistência no Congresso e ainda contava com uma coalizão enxuta de 4 partidos políticos, o que facilitava as negociações.

Logo, a oposição feita pelos partidos de esquerda, PT, PSB, PDT e PCdoB, não tinham cadeiras suficientes para barrar nem as emendas à constituição que possuem maior exigência de votos para serem aprovadas. Portanto, não tendo como impedir que a agenda política passasse no âmbito legislativo, a oposição estendeu o debate para outra instância, o Judiciário.

Isso fez com que a disputa política, PT versus FHC, fosse repassada para o Supremo Tribunal Federal. Ficando o tribunal responsável em dar a palavra final acerca da disputa política. Isso entra em consonância com o que Daniel Bogéa¹⁰ defende em seu livro acerca da relação do judiciário com os partidos políticos de oposição. Para o autor, partidos de oposição que não teriam chances de passar sua agenda no Congresso, recorrem ao STF. Daniel chega, inclusive, a colocar um trecho de uma entrevista do ex-ministro Octavio Gallotti, que esteve no STF durante o governo FHC, em que o ministro conta que ouviu do deputado Jamil Haddad, do PSB, que ele tinha mais resultados no Supremo do que no Congresso. Vejo que o cenário do PT é o mesmo, um partido opositor que não consegue maioria no congresso e recorre ao Supremo para conseguir derrubar medidas da Reforma do Estado.

⁹ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018

¹⁰ BOGÉA, Daniel. *Partidos Políticos e STF: Decifrando a Simbiose Institucional*. São Paulo: Appris, 2021

Este era o cenário da época. Um presidente com uma forte agenda de reformas com uma proposta de modificar a Administração Pública e a função do Estado na economia. Além disso, um congresso controlado por uma enxuta coalizão de 4 partidos. Onde a única resistência à agenda seriam as disputas entre os dois grandes partidos que formavam a coalizão, PFL e PMDB.

Mas, a oposição em si, não conseguia barrar a agenda. Isso criava um ambiente em que a oposição tinha que recorrer a outros meios para impedir a ampla vitória do ambiente majoritário que foi construído no congresso. Logo, por ação deliberada do PT, o STF foi colocado para ser a terceira casa dessa disputa do Governo FHC com a oposição.

Em suma, por meio de ADIs impetradas contra Emendas à Constituição, às Leis e às Medidas Provisórias, o PT tentou conseguir o que não conseguia no Congresso, impedir a Reforma do Estado. Contudo, é importante salientar, essa reforma foi uma grande alteração no quadro do Estado Brasileiro, logo seria natural que várias discussões constitucionais ocorressem acerca destas mudanças. Inclusive o fato de várias mudanças ocorreu por medidas provisórias editadas e reeditadas pelo governo.

Portanto, não tiro o mérito do Partido dos Trabalhadores questionar a constitucionalidade da Reforma do Estado. Mas, a meu ver, o PT usou o STF como um modo, como define Bogéa, de conseguir ter uma voz mais relevante no debate em meio a um Congresso com forte inclinação de apoio ao governo. Algo que eu não considero, de nenhuma maneira, ilegítimo já que faz parte do STF ter um papel contra majoritário em momentos que a maioria no congresso e no executivo violam a Constituição. Todavia, de um modo mais realista, o Supremo é mais uma arena de confronto para opositores que tentaram de modo estratégico impedir a pauta de seus adversários.

Ou seja, não estou reduzindo a conduta do PT como meramente deliberada, é óbvio que existem pontos que precisam ser debatidos, mas isso não deixa de ser uma forma de ampliar o debate. Isso também não coloca o governo FHC numa posição de estar correto em todo o momento.

Um presidente com uma coalizão enxuta como a de Fernando Henrique tem muita facilidade de passar sua pauta, mesmo com algumas possíveis

inconstitucionalidades. E, para o governo, é importante que o STF não barre sua pauta.

Assim, agora é hora de ver as ações que foram julgadas pela Corte contra a Reforma.

3.2 Os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal

A seguir, os casos que envolveram a Reforma do Estado julgados pelo STF:

3.2.1 ADI 1263 MC¹¹ (06/04/1995)

Esta ação foi relatada pelo Ministro Néri da Silveira. A ADI chegou em seu gabinete em 05/04/1995 e teve sua medida cautelar julgada no dia seguinte.

Nesta, o PT questionou se as empresas estatais poderiam ser acrescentadas ao PND (Programa Nacional de Desestatização) por meio dos **arts. 1º e 2º, §3º da MP nº 945 de 1995** que alterou a redação da Lei 8.031 de 1990, que regulava o programa.

A redação dos arts. da MP que foram atacados é o seguinte:

Art. 1º - Os dispositivos adiante indicados da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, passam a ter a seguinte redação:

.....
.....

Art. 2º

§3º - Não se aplicam os dispositivos desta Lei às empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI a XXIII do art. 21, Art. 159, inciso I, alínea "c", e o Art. 177 da Constituição, ao Banco do Brasil S/A e, ainda, ao órgão oficial ressegurador referido no inciso II do Art. 192 da Constituição, não se aplicando a redação aqui prevista às participações acionárias detidas por essas entidades,

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1263 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, abr 1996

desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações.

Além desta MP, também foi atacado na ADI o Decreto nº 572 de 1992 que foi publicado durante o governo Collor:

Art. 1º Ficam incluídas no Programa Nacional de Desestatização - PND, para os fins da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, as empresas:

I - Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. - ESCELSA; e

II - Light Serviços de Eletricidade S.A.

Art. 2º As ações representativas das participações acionárias da União e das entidades da Administração Pública Federal indireta nas sociedades referidas no artigo anterior deverão ser depositadas no Fundo Nacional de Desestatização, no prazo máximo de cinco dias, contados da data de publicação deste decreto, nos termos do art. 10, da Lei nº 8.031, de 1990.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação

De acordo com a argumentação do Partido dos Trabalhadores, estes dispositivos da **MP 945 de 1995** e do **Decreto 572 de 1992** seriam inconstitucionais por **violarem o art. 21, incisos XI e XII da CF** que continua, na época¹²,o seguinte teor:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em

¹² Redação dada antes da EC nº 8 de 1995

- articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra - estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

De acordo com o PT, as empresas estatais que prestarem os serviços listados nestes dispositivos constitucionais não poderiam ser privatizadas. Isto porque eles seriam serviços exclusivos da União, portanto não poderiam ser passíveis de desestatização como foi feito pela medida provisória do governo FHC.

Como resultado, o Relator do caso, o Ministro Néri da Silveira, entendeu que **não havia problema de as empresas estatais entrarem no PND**. Portanto, é claro, que **respeitassem as normas da constituição**, as quais, Néri não especifica quais são.

Assim, o julgamento foi **unânime em indeferir o pedido feito pelo Partido dos Trabalhadores**. Aliás, apenas Néri se manifestou em plenário, não havendo a manifestação de outro ministro além dos votos em ata. Dessa forma, com os votos em ata, ficou o julgamento por **10 a 0**. Com apenas o voto de Néri proferido em plenário, com os votos ao vivo ficou o julgamento com um total de **1 voto a 0**.

3.2.2 ADI 1485 MC¹³ (07/08/1996)

Já esta ação diz respeito à composição de membros do conselho de Administração da Caixa Econômica Federal. O PT questionou o fato de funcionários de carreira do banco ganharem uma remuneração adicional aos seus vencimentos enquanto pertencerem a este órgão da Caixa. O ministro que relatou essa ADI foi o Néri da Silveira.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1485 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Néri da Silveira. Brasília, DF, out 1997

Tal Lei se insere no contexto da reforma do Estado pois ela entra no conceito de Administração Gerencial. Ou seja, aproximar o exercício da Administração Pública a uma forma mais próxima do privado e fugindo um pouco da rígida burocracia do modelo de Administração Burocrática. Isso ocorria pois o funcionário ganhava um adicional não previsto originalmente em seu vencimento característico de sua carreira na Administração.

Desta forma, os dispositivos questionados pelo partido que entram na Reforma foram os artigos 2º e 5º da Lei nº 9.292 de 1996 que continham como conteúdo, que autorizava os funcionários da caixa a receberem um adicional remuneratório por participarem do conselho:

Art. 2º O art. 119 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art. 119
.....
.....

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer entidades sob controle direto ou indireto da União, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica."

Já o art. 5º desta mesma lei tem o seguinte teor, no sentido de revogar outras normas que vedasse o adicional:

Art. 5º Revogam-se a Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1989, e as demais disposições em contrário.

A lei que este artigo revogou (Lei nº 7.733 de 1989) tinha o seguinte conteúdo, ou seja, esta lei tinha a vedação aos servidores da caixa de receberem o adicional ao integrarem o conselho de administração:

Art. 1º O exercício de mandato de membro de Conselho Consultivo, Conselho de Administração, Conselho Fiscal, ou outros órgãos colegiados, nas empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias controladas ou coligadas, por servidores da Administração Federal direta ou indireta, não será remunerado.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

De acordo com o Partido dos Trabalhadores, estes dispositivos contrariam o art. 37, incisos XVI e XVII da Constituição da República que eram o seguinte:

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

[...]

XVI - é **vedada a acumulação remunerada de cargos públicos**, exceto, quando houver compatibilidade de horários:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII **a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas**, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público;

(Grifos meus).

Logo, de acordo com o PT, os funcionários públicos que integrassem o conselho de administração e recebessem por isso, estariam acumulando

cargos e salários. Algo proibido, de acordo com o Partido dos Trabalhadores, pela Constituição.

Podemos dizer, de maneira simplificada, que o PT fez a seguinte pergunta ao STF acerca da matéria questionada: **É constitucional servidores públicos das empresas estatais receberem um adicional remuneratório por participarem dos Conselhos de Administração destas empresas?**

Na visão do Partido, esta possibilidade de receber adicional remuneratório seria inconstitucional por acumular cargos. Assim, geraria um confronto direto com os incisos XVI e XVII (antes da EC de 1998 que alterou a redação desses incisos) que vedam a acumulação de cargos, com exceção das alíneas do inciso XVI do art. 37 da CF.

Como decisão da Corte, que foi unânime com voto em ata¹⁴, os ministros decidiram que a Lei era constitucional. Assim, votaram com o relator, Néri da Silveira, os ministros **Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa**. Sendo fixado um placar de 10 a 0 neste julgamento.

O relator entendeu que, pelas empresas estatais se tratarem pessoas jurídicas de direito privado, o exercício de servidores nesses cargos não seria uma acumulação de função pública. Portanto, ele distinguiu a função pública descrita no art. 37 da CF do cargo em questão da lei questionada pelo PT. Dessa forma, não se trata do mesmo cargo, o que seria permitido que os servidores participem do conselho e sejam remunerados.

Néri também lembra que existem casos em que os servidores podem ocupar cargos de chefia na forma da lei. Que inclusive, existe remuneração na forma da lei para casos como esse, que seriam os cargos de confiança, em comissão

Em suma, a Corte, em votação em ata, de maneira unânime entendeu, como o relator, que o cargo de membro do Conselho da Caixa não seria uma acumulação de cargos. **Portanto, a lei é constitucional por não ir de**

¹⁴ Em ata é quando o ministro não diz seu voto oralmente no plenário, mas sim assinam a ata do julgamento dizendo que concordaram com a decisão tomada.

maneira contrária à Constituição da República, em especial, por não contrariar os dispositivos elencados pelo PT, o art. 37, XVI e XVII.

Como conclusão, o STF entendeu que por ser uma pessoa jurídica de direito privado, as estatais poderiam ter mais maleabilidade remuneratória. Assim, a corte entendeu que a ideia da Reforma do Estado de trazer maiores semelhanças com o setor privado era algo constitucionalmente aceito neste campo remuneratório.

3.2.3 ADI 1649 MC¹⁵ (29/10/1997)

Ainda no campo das empresas estatais, a ADI 1649 MC trata sobre a criação de subsidiárias pela Petrobrás. Em especial, o PT questionou se seria necessária uma lei específica para cada estatal criada pela empresa.

Essa dúvida vinha do art. 37, XIX e XX da CF. Esses dispositivos continham, antes da EC nº 19 de 1998, a seguinte redação que dava margem para interpretar que seria necessária uma lei específica para a criação de cada nova subsidiária:

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

[...]

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

XX - depende de **autorização legislativa**, em **cada caso**, a criação de **subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior**, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

[...]

(Grifos meus).

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1649 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, out, 1997

O questionamento que o PT trouxe ao STF, como dito anteriormente, foi se a CF exigia, para cada empresa subsidiária criada, uma autorização específica, que seria veiculada por uma lei diferente. Portanto, podemos resumir o questionamento do partido na seguinte questão: **É constitucional uma empresa estatal criar subsidiárias sem uma lei específica autorizando a criação de cada uma?**

O partido também questionou se a lei violaria a separação de poderes - ao trazer uma violação, por parte do executivo, das atribuições do legislativo. Assim, suscitaram o art. 2º da Constituição

A lei que trouxe esse questionamento por parte do partido opositor foi a Lei nº 9.478 de 1997. Em especial, os seus artigos 64 e 65:

Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS **autorizada a constituir subsidiárias**, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

Art. 65. A PETROBRÁS deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

De acordo com o Partido dos Trabalhadores, esses artigos, ao autorizarem a criação de subsidiárias sem a necessidade de uma lei específica para cada uma, violariam a separação de poderes pois passaria por cima do poder legislativo. Ou seja, seria o executivo violando uma prerrogativa, autorização específica para a criação de uma subsidiária de uma empresa estatal.

O entendimento do relator do caso, Maurício Corrêa, foi de que os próprios dispositivos impugnados dariam a autorização legislativa que a Constituição exige. Neste sentido, o ministro escreveu em seu voto:

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: (...) Substituindo o novo diploma legal o anterior consubstanciado na antiga Lei nº 2.004/53, que deu

origem à formação da estatal, parece-me estar preenchido o requisito da lei específica a que se refere o inciso XIX do artigo da Constituição Federal dado que autorização legislativa exigida pelo inciso XX deste artigo está atendida pela delegação referida nos artigos 64 e 65 da Lei nº 9.478.

Portanto, para Corrêa, a autorização legislativa que se trata a Constituição já estaria dada por essa lei. Não sendo necessário, por assim dizer, uma lei específica para a criação de cada uma das novas subsidiárias constituídas pela Petrobrás. Logo, não houve nem a violação formal da criação de subsidiárias nem a violação à separação de poderes.

Neste julgamento, a votação não ficou apenas em votos registrados em ata. Os ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim (este sendo o primeiro indicado por FHC à corte) também deram manifestações acerca do tema com votos proferidos no plenário. Enquanto Velloso restringiu-se a repetir a argumentação do relator, ministro Corrêa, Jobim trouxe uma tese favorável diferente dos dois.

Jobim, além de concordar com o raciocínio de Corrêa, avança em argumentos favoráveis ao sentido da Reforma. Inicialmente, traz a compreensão que a necessidade de lei autorizando a criação de empresas estatais viria de uma visão de necessidade do Estado, enquanto interventor na economia, precisar de limites em sua atuação, não podendo, por exemplo, criar estatais sem autorização. O que seria, em sua visão, o modo como o Estado intervém na economia. Por isso, a necessidade de lei autorizando a criação e não uma exigindo a extinção de uma empresa estatal.

Além disso, Jobim também elenca que uma lei para cada subsidiária criada iria condenar a atividade econômica da Petrobrás como empresa. Nesse sentido, Jobim traz o seguinte entendimento em seu voto:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM: (...) Pretender exigir leis específicas para a criação de subsidiária é condenar, efetivamente, a atividade econômica de uma empresa estatal, como a Petrobrás, à morte, uma vez que não terá condições de alocar recursos do mercado para seus investimentos.

Ou seja, Jobim usa como argumento a viabilidade econômica da Petrobrás como empresa. Como sendo a maneira como se lida com a Administração Indireta um modelo mais empresarial do setor privado. Portanto, o ministro utiliza a visão de Estado Gerencial, pauta presente do Plano Diretor da Reforma do Estado, para justificar, além da argumentação trazida por outros ministros, a constitucionalidade da lei desta ADI. Assim, seria uma argumentação de constitucionalidade que não está circunscrita ao texto constitucional, mas sim na realidade prática do manejo da Petrobrás e na pauta política do governo FHC.

Em suma, esta ação, em decisão unânime, fixou a tese que **os artigos 64 e 65 da Lei nº 9.478 de 1997 são constitucionais, pois eles já trazem a autorização legislativa para a criação de subsidiárias nas empresas estatais que é exigida na Constituição.**

Além, é claro, da tese subsidiária de Jobim que a Petrobras ficaria inviabilizada como empresa caso precisasse de uma lei para cada subsidiária que ela criasse.

Sendo unânime a decisão, votaram com o relator, Maurício Corrêa, os ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, com votos proferidos no plenário. Em ata, votaram com Corrêa os ministros Celso de Mello, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Ilmar Galvão.

Com todos os votos, proferidos no plenário e registrados em ata, o julgamento teve o resultado de **9 votos favoráveis a 0.**

3.2.4 ADI 1668 MC (20/08/1998)¹⁶

Nesta ADI, o **PT pediu a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.472 de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações.**

Esta foi a primeira Lei que instituiu uma agência reguladora nos moldes que temos hoje em dia no Brasil. Portanto, a continuidade ou não dela poderia significar a viabilidade constitucional do Estado Regulador perante o Estado Empreendedor. Assim, a manutenção deste dispositivo legal era fundamental

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, ago 1998

para o governo FHC e, em contrapartida, era fundamental para o PT, enquanto partido de oposição, derrubá-la. Isto significaria uma grande derrota para a Reforma do Estado, pois inviabilizaria judicialmente a existência das agências reguladoras e, conseqüentemente, representaria a impossibilidade de se estabelecer uma das facetas da Reforma, o Estado Regulador.

Este julgamento foi o mais complexo tratado neste trabalho já que o Partido dos Trabalhadores e os outros partidos que entraram com a ADI fizeram diversos pedidos liminares que foram avaliados em separado ao longo do julgamento. Por isso, ele foi dividido em diversas partes em que tanto o PT quanto o governo tiveram vitórias e derrotas distintas. Assim, este subcapítulo vai ter algumas divisões para facilitar a análise.

Por fim, é importante ressaltar que o ministro escolhido para relatar este imbróglio no Supremo foi o Min. Marco Aurélio Mello, que teve opiniões divergentes ao longo do julgamento. Ora concedia o pedido do PT, ora negava. Bem como as maiorias do julgamento, como já dito, ambos os lados tiveram vitórias nesta ADI. Entretanto, o principal objetivo do PT nesta ação - impedir o surgimento de agências reguladoras - não obteve êxito, por mais que alguns aspectos tenham conseguido ser barrados no plenário da Corte.

3.2.4.1 Medida Liminar dos arts. 8º e 9º da Lei nº 9.412/97

A primeira parte da ADI com medida liminar dizia respeito à criação da ANATEL, a primeira agência reguladora do Brasil. O PT criticou a criação desta autarquia por ela criar um precedente de independência administrativa. Portanto, seria algo feito em contradição com a Constituição da República.

Este é o conteúdo da dos dispositivos que criaram a ANATEL:

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

Esses dispositivos deram à ANATEL a condição de autarquia especial, ou seja, autonomia administrativa, financeira e funcional perante os órgãos da Administração Direta e com poder regulamentar independente. Assim, a agência passou para a Administração Indireta Federal, fazendo com a que a regulamentação da atividade de telecomunicações deixasse de ser feita diretamente pela Administração Direta e passasse a ser exercida por um órgão autônomo.

O objetivo da criação desta agência é regular a prestação dos serviços de telecomunicações em geral. Possibilitando, assim, que o setor privado prestasse este serviço público. Portanto, uma pauta central da transformação do Estado Empreendedor para o Regulador. Isto pois o Estado deixa de prestar diretamente e unicamente os serviços de telecomunicações e passa a compartilhar com a iniciativa privada a prestação desse serviço. E com a agência, a regulação que era feita diretamente pela Administração Direta quando ela prestava o serviço, passa a ser regulada por uma autarquia.

Entretanto, de acordo com o PT, esses artigos da Lei Geral de Telecomunicações violam a Constituição pois geram uma espécie de Administração separada - com independência financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes. Tais elementos compõem justamente o conceito de Administração indireta autárquica especial usado em livros de direito administrativo.

Mas, o curioso desta ADI, é que o PT, por mais que se comporte como um partido opositor tentando impedir a Reforma do Estado, ele faz um

questionamento que, ao meu ver, vai além do debate e da disputa políticos. Principalmente pelo fato que o modelo original de Administração Burocrática, constitucionalizado pela redação original da CF/88, foi colocado sob tensão e está sendo alvo de questionamento. Isto porque as agências reguladoras foram uma novidade do direito brasileiro durante os anos 90.

Elas desafiaram a lógica antiga de Administração Centralizada e hierarquizada, além de contarem com poder normativo. Logo, esse questionamento do partido, sob meu ponto de vista, foi fundamental para compreender o espaço que estas agências ocupam no ordenamento e na Administração Pública brasileira, bem como garantir que a recente Constituição brasileira não fosse violada por um governo que, como mostrado, contava com tanto poder no congresso.

Dessa maneira, para sustentar a incompatibilidade das agências com a Constituição, o Partido invocou o art. 37, XIX da CF:

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

[...]

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

De acordo com o PT, neste artigo, o art. 37, XIX, não comportaria o regime administrativo mais independente das agências reguladoras, pois ele, de acordo com o PT, consagrou a Administração Burocrática na Constituição. Aliás, o partido ainda argumentou que os artigos questionados da Lei Geral de Telecomunicações, da maneira que foram escritos, impediria a revisão dos atos tomados pelas agências reguladoras.

Outro argumento trazido é o da separação de poderes, em especial as competências dos ministros de Estado. Assim, o PT elenca os arts. 2 e 84 da Constituição. Os quais contemplam a seguinte redação:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 84. **Compete** privativamente ao **Presidente da República**:

[...]

II - **exercer**, com o **auxílio dos Ministros de Estado**, a **direção** superior da **administração federal**;

[...]

Art. 87. Os **Ministros de Estado** serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. **Compete ao Ministro de Estado**, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - **exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal** na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir **instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos**;

III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

(Grifos meus).

De acordo com estes artigos, na interpretação trazida pelo Partido dos Trabalhadores, dentro da separação dos poderes da República (art.2 da CF), ficou com o presidente e os ministros de estado (arts. 84 e 87 da CF) a incumbência de coordenar a Administração Pública. Logo, ao delegar poderes mais independentes e prerrogativas que impeçam a ingerência nas decisões tomadas pelas agências reguladoras, as agências estariam usurpando este poderes dos ministros de estado e do presidente da república.

Outro poder invocado pelo PT em sua argumentação foi o legislativo. De acordo com o Partido, o art. 21, XI e o art. 48 da CF destinariam a este poder a capacidade de legislar sobre telecomunicações. Assim, este poder não poderia ser repassado para uma autarquia da maneira como foi feita pela Lei Geral de Telecomunicações.

Dessa maneira, o conteúdo destes dispositivos constitucionais:

Art. 21. **Compete à União:**

[...]

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;

[...]

Art. 48. **Cabe ao Congresso Nacional**, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as **matérias de competência da União**, especialmente sobre:

[...]

XII - telecomunicações e radiodifusão;

(Grifos meus).

Em suma, o PT trouxe três argumentos principais: (i) o modelo de Administração Pública estabelecido na CF não comporta agências reguladoras, (ii) as agências reguladoras usurpam competências dos ministros de Estado e do Presidente da República sobre dirigir a Administração Federal e (iii) elas usurpam competências do Congresso Nacional sobre legislar sobre telecomunicações.

Em seu voto, o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, entendeu que a independência exagerada e a usurpação de competência de outros poderes por parte da ANATEL não existem. Para ele, os arts. 8 e 9 não afastam a tutela do Ministério das Comunicações. Assim, ele indeferiu esse pedido liminar.

No mesmo sentido que ele, votou o ministro Sepúlveda Pertence, o único que proferiu o voto em plenário acerca desta matéria. Pertence foi no mesmo sentido que Marco e ressaltou que a autoridade de direção do ministro de Estado não é afastada pela lei. Portanto, a argumentação do partido não procede. Assim, os ministros decidiram que este dispositivo não é inconstitucional pois não ataca diretamente a Constituição.

Eles foram os únicos que pronunciaram seus votos em plenário, dando um total de 2 votos a 0. Demais ministros votaram em ata junto ao relator. Sendo o resultado **unânime**.

3.2.4.2 Medida Liminar dos incisos I, II e III do art. 18 da Lei nº 9.412/97

Este foi outro dispositivo que foi atacado durante a ADI:

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

Ele se insere na argumentação do Partido de ingerência na competência legislativa. De acordo com o Partido, o presidente poderia extinguir por vontade própria, ou criar, serviços de telecomunicações sem passar pelo poder legislativo, que teria essa competência.

Marco Aurélio não concordou com esta argumentação. Para ele, esta era uma natureza do cargo de Presidente presente no art. 84, IV e VI da CF - poder editar regulamentos e decretos. Bem como o art. 175 da CF. Em suma, o ministro entendeu que não houve invasão na competência legislativa e que essas competências são naturais do Presidente.

Outro que se pronunciou a respeito desta matéria, o Ministro Nelson Jobim, defendeu a constitucionalidade e a tese do governo. Ao longo desta ADI, o ministro se posicionou várias vezes de maneira a defender a constitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações. O interessante desta atuação é que, como já dito anteriormente neste trabalho, o ministro Jobim foi indicado pelo Presidente Fernando Henrique, sendo, inclusive, sua primeira indicação à Corte.

Além de Jobim, o Ministro Sepúlveda Pertence também se manifestou no julgamento. Embora Pertence tenha dentro desta ADI e em outras se manifestado de maneira favorável a Reforma do Estado, em alguns pontos desta ADI, e em outras, ele acolheu os pedidos feitos pelo PT.

Para Jobim, o inciso I do art. 18 da Lei Geral de Telecomunicações não estaria cedendo todo esse poder ao Presidente de poder extinguir ou criar quando quiser os serviços de telecomunicações. Assim, ele diz em seu voto a respeito do tema na ADI:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM: (...) Não cabe ao Presidente definir o que está sendo prestado ao serviço público ou serviço privado, correspondente, isto sim, à possibilidade de viabilizar, aqui, que em determinada situação possa haver concomitância com os dois regimes.

Ou seja, Jobim encontrou uma outra visão acerca deste dispositivo. Um outro caminho de afastar a acusação do Partido dos Trabalhadores de que o Presidente teria poderes arbitrários sobre as telecomunicações. Ele entendeu que, na realidade, este inciso servia apenas para que houvesse concomitância dos dois regimes. Logo, como em outras vezes, Jobim olha, ao fazer seu voto, para a realidade prática da prestação do serviço e não exclusivamente no debate de dicotomia se constitucional ou não o dispositivo legal.

Já Pertence, que abriu a divergência neste ponto, entendeu que, de fato, foi dado ao Presidente da República este poder de, por meio de decreto, instituir ou eliminar o serviço. Sendo assim, Pertence entendeu que o inciso I do art. 18 colidia com o art. 21, XI, CF e deferiu a liminar.

Como apenas os três se manifestaram em plenário, sendo os outros votos em ata, o placar ficou em **2 a 1**.

O curioso é a divergência dos votos escritos e os votos em ata. Os votos escritos, como mostrado, deu 2 a 1 pelo indeferimento sendo Sepúlveda Pertence o único que havia se manifestado pelo deferimento deste pedido do PT. Mas, em ata, aparece que Celso de Mello e Néri da Silveira foram os únicos que votaram contra. Resultando em um placar de 9 a 2 pelo indeferimento sendo a divergência de Néri e Mello. É curioso ver que o voto de Pertence não

foi computado junto com os outros dois pelo deferimento da liminar mesmo tendo um voto dele escrito e registrado como proferido em plenário.

3.2.4.3 Medida Liminar dos incisos IV, X e XV do art. 19 da Lei nº 9.412/97

Inicialmente, este pedido não gerou grande debate acerca dos dois incisos iniciais, IV e X, mas a argumentação do PT de que o inciso XV tinha que ser suspenso, ganhou voz no tribunal. E, posteriormente ao longo do julgamento, ministros aderiram ao pedido de interpretação conforme os dois primeiros incisos, o IV e o XV. Eis o teor dos dispositivos em disputa com enfoque especial para o inciso polêmico:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

[...]

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

[..]

XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

Neste pedido, Marco Aurélio concorda com o PT no sentido de que a Agência Reguladora não poderia se intrometer em bens de terceiros particulares. Portanto, para ele, o inciso problemático deste art. foi o XV, que autorizou a busca e apreensão de bens. Em suma, ele cedeu este pedido e suspendeu liminarmente o inciso XV e deu interpretação conforme a CF aos outros dois incisos impugnados do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações.

Para defender novamente a Lei, Jobim abre divergência de Marco Aurélio, para Jobim, o interesse público imediato justificaria o inciso suspenso por Marco. Jobim sustenta o seguinte:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM: - Sr. Presidente, sustento que a ordem natural das coisas, nesta hipótese, caracteriza por uma atividade imediata do poder público na preservação dos interesses públicos.

Ele ainda diz que esse é um caso típico de poder de polícia e que o inciso em questão não afasta a discussão do fato no poder judiciário em caso de ilegalidade na conduta da ANATEL. Portanto, ele indeferiu a liminar.

Neste ponto do julgamento, além de Jobim e Marco, outros ministros também se manifestaram. O primeiro a se manifestar depois de Jobim foi o ministro Maurício Corrêa que concordou com o relator:

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, o inciso XV é claro, diz "realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência". Com essa autorização, fica a ANATEL com competência para fazer todo tipo de busca e apreensão que entender, na área de telecomunicações. Isso é demais.

Ora, dizer que se faz a apreensão para depois se defender é regra atentatória e violenta, a meu ver, **data vênica**. O certo seria pedir autorização judicial e depois fazer apreensão. Aí sim.

Depois dele, se manifestaram Pertence e Velloso. O segundo concordou integralmente com o voto do Relator. Já Pertence concordou com a posição de Corrêa no sentido de que o art. 19, XV da Lei Geral de Telecomunicações. Entendo o mesmo que Corrêa que seria uma violação do devido processo legal esse poder da agência. Entretanto, ele ressalta que isso não implicaria na revogação do poder de polícia da ANATEL:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: (...) Claro que não desconheço nem quero revogar o poder de polícia administrativa da Agência criada, mas ele há de ser regulado em termos específicos, sem os riscos que essa norma absolutamente genérica pode acarretar.

Porém, Sepúlveda Pertence discordou dos demais, sendo favorável a emitir interpretação conforme aos arts. IV e X, ou seja, deferir o pedido do PT. Assim, votou o ministro acerca destes incisos:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: (...)
Peço vênua ao eminente relator, com relação aos incisos IV e X, para propor interpretação conforme. Estou de acordo com S. Exa., em que impede que a Agência tenha funções normativas desde, porém, que absolutamente subordinada à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar.

Para ele, a autoridade do Presidente como regulamentador da Lei de Telecomunicações não pode ser afastada. Em suma, entendeu que o poder normativo da ANATEL deveria estar subordinado à autoridade regulamentadora do Presidente da República.

Assim que Pertence votou, Marco Aurélio aderiu a sua tese acerca destes incisos, o IV e X. Tal entendimento foi acompanhado pelo ministro Sydney Sanches, que concordou com o ponto trazido por Pertence e acompanhado de Marco, mas concordou sobre o ponto do inciso X com o Ministro Nelson Jobim.

Já Néri da Silveira, assim como os colegas listados, também votou em plenário no sentido de apoiar o entendimento dos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Assim, votou a favor da interpretação conforme dos incisos IV e X e pela suspensão do XV.

No voto de Moreira Alves, também manifestado em plenário, votou junto com Jobim acerca do inciso XV, ou seja, indeferindo o pedido do PT. Mas, também foi contra a posição trazida por Sepúlveda acerca dos incisos IV e X.

Assim, com os votos proferidos no plenário, sobre a suspensão do inciso XV, votaram a favor os ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Carlos Velloso e Néri da Silveira. De maneira contrária, votaram os ministros Nelson Jobim, Sydney Sanches e Moreira Alves. Assim, com votos em plenário, o placar foi de **4 a 3** a favor da suspensão do inciso XV.

Sobre a interpretação conforme dos incisos IV e X, votaram, em plenário, a favor os ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Néri da Silveira. Contrário a interpretação conforme, votou o ministro Moreira Alves. Dando um placar de **4 a 1**.

Com os votos em ata, o entendimento de Marco Aurélio e Sepúlveda foram os majoritários. Entretanto, a discussão, de ambos os lados, não aprofundou dispositivos constitucionais para sustentar a decisão. Ambos focaram nos princípios e nos aspectos práticos dos efeitos da lei.

3.2.4.4 Medida Liminar do inciso II do art. 22 da Lei nº 9.412/97

Este artigo, o 22, da Lei Geral de Telecomunicações, autorizou a ANATEL dispor de normas próprias de licitação em suas compras. Eis o conteúdo da norma em disputa nesse pedaço do julgamento.

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

[...]

II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;

Em seu voto, o ministro relator, Marco Aurélio, não impugnou a medida como pediu o Partido dos Trabalhadores. O magistrado apenas ressaltou uma interpretação conforme que as normas internas de licitação deveriam incidir, de acordo com a Constituição, sobre essas normas que a ANATEL viesse a editar para fazer suas compras e suas contratações de serviços.

De uma maneira pouco surpreendente, o Ministro Nelson Jobim se manifestou no plenário. Porém, dessa vez para concordar com essa interpretação com Marco Aurélio de que seria necessária uma leitura conforme. Entretanto, de uma maneira diferente.

Para Jobim, como a ANATEL fazia compras de material de alta tecnologia, seria necessário um crivo mais especial para que a agência pudesse fazer as contratações necessárias para a execução de suas funções. Novamente, o ministro traz ao centro do debate a realidade da autarquia, e

não o texto constitucional em si para justificar e sustentar o seu voto, nos seguintes termos:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator na interpretação conforme, no sentido de que normas próprias dizem-se específicas; considerando a circunstância de que, no sistema de telecomunicações, que é algo de tecnologia de ponta, tem-se uma série de sistemas e transmissões de sinais novos que, para explicações e licitações, requererão, nesses casos, normas específicas.

Sepúlveda Pertence também resolveu entrar no debate em plenário e proferiu seu voto, concordando com o posicionamento de Marco Aurélio acerca do tema. Mas, acompanhou seguindo a visão de Marco acerca da autorização constitucional dessas possíveis normas, mas submetidas à CF e aos princípios gerais da lei de licitações e contratos, a Lei nº 8.666.

Não tendo outros ministros se manifestando nesse julgamento, o placar foi de 3 a 0 para a interpretação conforme. Em ata, foi unânime. Porém, a *ratio decidendi* de Jobim foi diferente da de seus colegas. Enquanto Marco e Pertence relacionaram a leitura do inciso em questão a CF e a Lei de Licitações e Contratos, Jobim decidiu com base na realidade prática da ANATEL.

3.2.4.5 Medida Liminar do parágrafo único do art. 54 e os arts. 55, 56, 57, 58 e 59 da Lei nº 9.412/97

Os artigos a seguir atacados dizem respeito às normas de licitação ANATEL. Achei oportuno colocá-las, como venho fazendo, por extenso, para facilitar a leitura. Aceito o ônus de uma possível poluição visual em nome de uma maior facilidade de ver a norma que foi atacada. Assim, eis os artigos da Lei de Telecomunicações em debate:

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade

por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

I - para a contratação de bens e serviços comuns de alto valor, na forma do regulamento;

II - quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III - para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV - quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.

Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

Esta parte da Lei Geral de Telecomunicações trata sobre procedimentos próprios de licitação por parte da ANATEL. Possibilitando, assim, que a agência celebrasse contratos administrativos com procedimentos próprios sem seguir as regras previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei 8.666/93.

O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, manteve seu entendimento acerca da licitação neste caso também. Como ele já havia entendido que as

normas de licitações e contratos emitidas pela ANATEL deveriam ser interpretadas de acordo com a CF e a Lei de Licitações e Contratos. Dessa maneira, Marco manteve esse entendimento acerca destes artigos.

Em suma, o ministro suspendeu a eficácia desses artigos aplicando os princípios e regras previstos no art. 37 da CF. Além de estender as regras da licitação, sendo as normas definidas na Lei nº 8.666, para as compras e contratações da ANATEL. O ministro também ressalta que essas normas específicas que foram trazidas pela Lei da ANATEL acerca da licitação enfraquecem o que é previsto na Lei 8.666. Portanto, na visão do Ministro, deveria se aplicar esta e suspender os arts. 54 a 59 da Lei Geral de Telecomunicações.

Após o voto de Marco, Jobim entra no debate novamente. Para tentar afastar o entendimento de Marco Aurélio, Jobim diz que o art. 22 da CF, em seu inciso XXVII, não afasta que a União faça outras normas específicas acerca de licitação que não sejam a Lei 8.666, como entendeu Marco Aurélio. Portanto, Jobim abre a divergência e votou por indeferir a liminar.

Corrêa acompanhou Marco Aurélio e ainda ressaltou a atividade parlamentar, dizendo que o objetivo da Lei 8.666 de 1993 tinha o objetivo de vincular toda a Administração. Assim, a Lei 9.472 de 1997 não poderia afastar suas normas. Ele ainda salientou que uma mudança na maneira de licitar deveria passar por uma alteração da 8.666:

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - (...)

Ora, se é uma norma geral para prevalecer em toda administração pública, e se esta tivesse realmente interesse de proceder na forma da Constituição, que apresentasse ao Congresso Nacional a proposta de modificação da Lei nº 8.666/93 para introduzir nova sistemática de concorrência pública, ou seja, instituindo o leilão e a censura, como preconizados na lei impugnada. Por que não fez isso?

Fez-se uma lei especial que excepciona toda administração pública?

Não, Sr. Presidente! Ela tem endereço certo.

O ministro Carlos Velloso também proferiu seu voto em plenário, com um voto que acompanhou Nelson Jobim. De acordo com Velloso, se Estados e Municípios podem editar normas específicas para eles mesmos, por que a

União não poderia fazer o mesmo através de leis federais? Em suma, Velloso vê que a Constituição autoriza a União a criar normas específicas acerca da licitação sem ter que seguir, necessariamente, a 8.666.

Em contraste com Velloso e Jobim, Pertence encontrou um outro ponto para acompanhar Marco Aurélio. De acordo com Sepúlveda, não poderia uma norma específica delegar a uma agência normas que divirjam do conteúdo da 8.666/93. Desta forma, assinala o ministro:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: (...)

O que se tem pois, na verdade, lei específica da União e, sim, ao lado, e se for necessário, contra a Lei Geral das Licitações, a autorização a uma agência administrativa para normas sujeitas apenas aos parâmetros inteiramente abertos dos incisos do art. 55.

Assim, Pertence acompanhou Marco Aurélio e votou para suspender os artigos elencados nessa parte do julgamento. Com Pertence acrescentado à tese de Marco a ideia de que normas de agências reguladoras, mesmo delegadas em lei, não podem ir contra a lei geral de licitações, a 8.666/93.

Para outro ministro que também se manifestou, Octavio Gallotti, entendeu que as normas que a agência poderia emitir não teriam o peso legal elencado por Sepúlveda ao ponto de contraporem a lei geral. Mas, sim de estabelecer procedimentos próprios da agência. Assim, ele votou junto com Jobim e Velloso.

Já Néri da Silveira acompanhou Velloso, Jobim e Gallotti a respeito do art. 54 da Lei Geral de Telecomunicações. Entendeu que nada impede a União de legislar sobre uma lei federal específica acerca da matéria. Mas, concordou com Marco e Sepúlveda acerca do art. 55 que a lei não pode delegar a uma agência a autoridade que o artigo dispõe a ela.

3.2.4.6 Medida Liminar do inciso III, §1º e a expressão "ou concomitância" contidas no §2º do art. 65 e os arts. 66 e 69 da Lei nº 9.412/97

Esta parte da ADI 1668 MC diz respeito aos serviços prestados em concomitância entre o regime público e o privado. Eis os artigos atacados em questão:

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

[...]

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade **ou concomitância** a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

[...]

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

[...]

Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos.

Parágrafo único. Forma de telecomunicação é o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação da informação ou de combinação destas, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens.

Para o relator do caso, Marco Aurélio, a prestação concomitante de serviços públicos e privados não seria cabível dentro do direito brasileiro. Citando Celso Antônio Bandeira de Mello, sustenta o ministro:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - (...) Por natureza e conseqüências, não se confundem serviços a serem prestados no regime

privado e no regime público. Tal mistura distancia-se da melhor técnica, acabando-se por afastar, tendo em vista especialmente os serviços que venham a ser explorados em regime público, as peculiaridades ditadas pelos princípios constitucionais. Conforme ressaltado na inicial, a partir da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "... como é a abrangência do serviço - restrito ou coletivo - que determina o regime - privado ou público - a ser adotado, não há como admitir que um serviço seja ao mesmo tempo de interesse restrito e interesse coletivo". (...).

Portanto, seguindo a visão cientificista de Bandeira de Mello, Marco Aurélio entende que é ilógica a concomitância do serviço. Nesse sentido, se um serviço é prestado pelo poder público, ele é de interesse coletivo, logo incompatível com um serviço privado que é de interesse restrito. Logo, podemos ver que o ministro recorreu à doutrina administrativa para impugnar uma norma. Sem observar um dispositivo constitucional, sobre a incompatibilidade da prestação do serviço, para declarar inconstitucional essa parte da Lei Geral de Telecomunicações.

Além disso, para Marco Aurélio, ocorre a impossibilidade da concomitância do serviço já que, para o particular, exercer o serviço é necessária apenas a permissão. Enquanto, para o poder público poder exercer o serviço, é necessário passar por processo licitatório. Inclusive para a delegação a particulares. Assim, fazendo a concomitância com os dois regimes, privado e público, na prestação do serviço, acaba afastando o art. 175 da Constituição Federal - que exige a realização de processo licitatório, na visão do ministro.

Ou seja, como o serviço prestado pelo particular só precisa de autorização, e o público de licitação, juntar os dois em concomitância diverge do art. 175 da CF que exige a licitação. Este foi o entendimento do Ministro, que votou pela suspensão de todos estes artigos.

Nelson Jobim, novamente, manifesta sua opinião no plenário. Mas também, o posicionamento de Marco Aurélio acerca desta questão seria um abalo muito grande a Reforma do Estado já que isto impediria que o Estado atuasse junto à iniciativa privada no desenvolvimento da estrutura de telecomunicações. Dessa maneira, Jobim teve o seguinte entendimento:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, não vejo inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente do regime público, do regime privado, ou, concomitantemente, a ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, alguns casos concretos, o interesse público no sentido que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado - forma pela qual poderá ser financiado - e aberto ao público.

Portanto, a impossibilidade de concomitância dos dois regimes, vista por Marco Aurélio como um ponto que acarreta inconstitucionalidade da norma, para Jobim, não seria um problema. Para ele, como mostrado, é natural que a natureza do serviço seja definida pela agência e ele não entra no ponto de a diferenciação do serviço privado ser autorizado por permissão ou advir de um processo licitatório.

Aliás, para complementar a sua argumentação, Jobim, novamente, utiliza a realidade prática do Brasil para mostrar a constitucionalidade da norma. Assim, Jobim apresenta uma visão realista em oposição à visão cientificista de Bandeira de Mello que é trazida por Marco Aurélio. Logo, suscita o ministro:

Em países como o nosso, com imensa dimensão territorial, podemos citar como exemplo o sistema de comunicação usado nos rios da Amazônia. Há um sistema de comunicação usado pela Polícia Federal, no Alto Juruá, no Amazonas, ao qual tem acesso público. Então, temos que a Agência poderá estabelecer essa forma de comunicação.

Logo, para Jobim, a realidade, em especial da Amazônia, mostra a importância de se autorizar a concomitância do serviço para a população. Principalmente em áreas de infraestrutura precária em que, muitas vezes, apenas a infraestrutura pública está à disposição, como mostra o ministro. Por mais que ele não entre em um debate normativo, é interessante ver como Jobim, ao invés de se ater a um debate puramente teórico e normativo feito por Marco Aurélio, vê como os institutos jurídicos da Lei Geral de Telecomunicações são importantes em sua aplicação prática, o acaba fazendo

Jobim formular um argumento de cunho consequencialista e realista ao invés de estritamente normativo.

Desta vez, a visão de Marco Aurélio não teve coro dentro da Corte. Velloso, Corrêa e Pertence votaram junto com Jobim. Porém, por motivos distintos. Velloso e Corrêa votaram integralmente com Jobim com sua argumentação baseada na realidade prática. Sepúlveda Pertence também acompanhou o raciocínio de Jobim, mas ressaltou um outro aspecto, o fato de não haver incompatibilidade do serviço ser prestado de maneira concomitante:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: (...) Não me parece, à vista da alteração constitucional do art. 21 da constituição, que haja a impossibilidade essencial de que o serviço, por ser de interesse coletivo, seja prestado em regime público, como está na lei, e, concomitantemente, em regime privado. É esta, má ou boa, a inspiração da revisão constitucional.

Assim, o entendimento de Marco Aurélio foi rejeitado, prevalecendo o de Jobim. Com os votos proferidos em plenário, o placar ficou de 4 a 1. Com os votos em ata, ficou o placar de 10 a 1. Assim, estes dispositivos não foram suspensos como queria o Partido dos Trabalhadores.

Isto em relação ao art. 65 da Lei Geral de Telecomunicações, mas o placar e o entendimento predominante foram determinado também por Nelson Jobim. Não havendo nem oposição manifestada em plenário ou em ata.

Em relação ao art. 66, que o PT queria que fosse suspenso por inteiro, diz respeito à viabilidade econômica dos serviços prestados em concomitância entre o público e o privado. Jobim entendeu que a regulação presente no art. 65, III, que não foi impugnado, comportou este artigo. Portanto, o ministro votou para que ele não fosse suspenso e o Tribunal manteve esse entendimento.

Já em relação ao art. 69 da 9.472/97, o Partido dos Trabalhadores tinha argumentado na petição inicial, de acordo com o relatório de Marco Aurélio, que a CF não tinha feito a diferenciação entre a prestação de serviço público e privado. Assim, ao fazê-la, a lei estaria passando para a agência

uma competência que não seria dela pois, novamente de acordo com o partido, seria uma competência legislativa usurpada pela agência reguladora, no caso, a ANATEL. Logo, o partido suscitou os arts. 21, IX e 60, §4º, III da Constituição.

Em suma, para o partido, e para Marco Aurélio que acolheu o pedido, a agência reguladora definir o que seria público ou privado na prestação de serviços de telecomunicações seria atentar a natureza do serviço (art. 24, IX, CF) e, conseqüentemente, a separação de poderes (art. 60, §4º, III) pelo fato da definição do serviço ser de competência legislativa.

Jobim rejeitou essa tese e afirmou que, na realidade, a definição do serviço seria apenas um aspecto técnico e prático. Portanto, não seria uma afronta à natureza de uma competência da União e da separação de poderes por invadir a competência do legislativo.

3.2.4.7 Medida Liminar da expressão "as disposições desta lei e especialmente" do art. 89 e incisos I a X do mesmo art. da Lei nº 9.412/97

Nesta parte do julgamento, foi trazido a mesma argumentação trazida a respeito dos arts. 54, 55, 56, 57, 58 e 59 da Lei Geral de Telecomunicações. Mas, para mostrar o dispositivo, eis ele:

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;

II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia;

III - o instrumento convocatório identificará o serviço objeto do certame e as condições de sua prestação, expansão e universalização, definirá o universo de proponentes, estabelecerá fatores e critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, determinará a quantidade de fases e seus

objetivos, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato de concessão;

IV - as qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, bem como as garantias da proposta e do contrato, exigidas indistintamente dos proponentes, deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão;

V - o interessado deverá comprovar situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social;

VI - a participação de consórcio, que se constituirá em empresa antes da outorga da concessão, será sempre admitida;

VII - o julgamento atenderá aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório e comparação objetiva;

VIII - os fatores de julgamento poderão ser, isolada ou conjugadamente, os de menor tarifa, maior oferta pela outorga, melhor qualidade dos serviços e melhor atendimento da demanda, respeitado sempre o princípio da objetividade;

IX - o empate será resolvido por sorteio;

X - as regras procedimentais assegurarão a adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos compatíveis com o preparo de propostas e os direitos ao contraditório, ao recurso e à ampla defesa.

Este artigo diz respeito à hipótese de a ANATEL realizar licitações de um maneira mais independente, com procedimentos próprios determinados por ela. Assim, Marco Aurélio manteve sua argumentação e deferiu a liminar. Como contrapartida, o Ministro Nelson Jobim reforçou seu entendimento contrário ao entendimento de Marco Aurélio, reforçando a constitucionalidade deste artigo.

Em plenário, se manifestaram os ministros Maurício Corrêa e Néri da Silveira. Ambos votaram em concordância com Marco Aurélio. Tendo o placar fixado de **3 a 1** em plenário. Além de reforçar a inconstitucionalidade da ANATEL ter um regime próprio de licitação.

3.2.4.8 Medida Liminar do art. 91, caput e §§ 1º ao 3º da Lei nº 9.412/97

Continuando sobre o tema da licitação, tem-se o artigo 91 e seus parágrafos da Lei Geral de Telecomunicações. Que contém o seguinte teor:

Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o serviço, nas condições estipuladas.

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados.

Como mostra este artigo, a ANATEL teria ocasiões, além das elencadas na 8.666, para dispensar a licitação. Novamente, o Ministro Marco Aurélio aceitou e deferiu o pedido do PT e suspendeu este trecho da Lei. Assim, o ministro continuou com sua interpretação acerca da legislação acerca da licitação. Dessa maneira, pontua o ministro:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO (RELATOR) - (...) O raciocínio desenvolvido sobre as normas gerais de licitação já editadas presta-se à concessão da liminar quanto a esse artigo. No âmbito da licitação, a inexigibilidade é tema de importância maior, sendo certo que não se coaduna com o instituto da desnecessidade. Na licitação, há de observar-se o que está contido na Lei nº 8.666/93, sendo que as hipóteses de inexigibilidade do certame estão nela previstas em dispositivos que as exaurem.

Jobim se opôs a este entendimento aludindo que a própria Lei de Licitações, em seu art. 25, traduz este tipo de hipótese. Logo, ele entende que a 9.412/97 pode trazer normas específicas sobre licitação enquanto a 8.666/93 mantém normas gerais. Portanto, ele votou contra o entendimento de Marco Aurélio, e votou pelo indeferimento da liminar.

Sepúlveda Pertence votou a favor desse voto de Jobim, entendendo que as hipóteses da Lei Geral de Telecomunicações poderiam complementar as hipóteses mais amplas presentes na 8.666/93. Para Pertence, a Lei de

Telecomunicações, ao invés de liberalizar, estreita os casos de inelegibilidade da Lei de Licitações.

Com votos proferidos em plenário, o placar ficou **2 a 1** a favor de manter o dispositivo. Trazendo uma derrota ao PT e ao Ministro Marco Aurélio.

3.2.4.9 Medida Liminar das expressões "simplificado" e "termos por ela regulados" do art. 119 e o termo "ressalvados os casos de inelegibilidade", e o art. 210, ambos os artigos da Lei nº 9.412/97

Por fim, chegamos ao último pedido liminar feito pelo Partido dos Trabalhadores ao STF. A discussão acerca das normas próprias de licitação da ANATEL continua. Nestes dispositivos atacado, a licitação no âmbito da ANATEL seria facilitada. Eis o teor dos artigos que o PT pediu para suspender:

Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório **simplificado**, instaurado pela Agência, nos **termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91**, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

(...)

Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações

Marco Aurélio, novamente, se posicionou de maneira contrária a isso com o argumento que as normas já existentes de licitação deveriam ser respeitadas. O que não ocorreria se os artigos citados neste pedido fossem mantidos. Assim, votou para suspender o art. 119.

Pela primeira vez nesse julgamento, Nelson Jobim votou junto com o relator em relação ao deferimento de um pedido feito pelo PT. Para o ministro, Marco Aurélio está correto em suspender estes termos do art. 119 da Lei Geral de Telecomunicações. Dessa forma, argumenta Jobim:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM: (...) Não há dúvida que se estaria outorgando à própria agência um poder de não observar a lei a seu juízo, quer dizer, um poder restritivo da possibilidade de seu estabelecimento.

Daí, porque quanto a primeira parte, no que diz respeito ao art. 119, acompanho o eminente Relator, para suspender as expressões "simplificado" e nos termos por ela regulados", e indefiro a segunda parte, quanto à expressão "ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91", tendo em vista a posição anterior.

O curioso desse voto de Jobim é que, pela primeira vez no julgamento, ele se sensibilizou com o argumento que a norma da ANATEL afastaria a legislação de licitação presente em outras normas. Mas, o ministro divergiu do relator em relação ao termo "ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91". Concordando, assim, com seu próprio posicionamento em outras medidas deste julgamento.

Acompanhando Jobim e Marco em relação aos termos "simplificado por ela regulados" do art. 119 da 9.412/97, Carlos Velloso votou por deferir a liminar pedida pelos petistas. Contudo, acompanhou Jobim para manter o termo "simplificado por ela regulados" do mesmo artigo.

Em relação ao art. 210 da 9.412/97, Marco Aurélio não inovou na argumentação. O ministro votou pelo deferimento do PT por entender que, novamente, o dispositivo afasta as normas nacionais de licitação:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - (...) Em síntese, o preceito do artigo 210 afasta, de forma plena, do campo de aplicação das normas gerais, previstas na Carta da República, as concessões, permissões e autorizações dos serviços que enumera. Também aqui tenho como relevante o pleito, porquanto não há como, sem quebra da razão de ser do processo licitatório, estabelecer-se, em lei específica relativa a certos serviços, normas particularizadas.

Como conclusão, Marco Aurélio entende que, como o art. 210 da 9.412/97 afasta as normas de licitação, ele deve ser suspenso. Em contraposição a isto, Jobim pediu vista no processo. Argumentando que ele não enxergou o mesmo afastamento que Marco Aurélio, já que as outras leis sobre licitação não tratam de telecomunicações e dizem respeito ao universo específico das telecomunicações. Aliás, o ministro também ressalta que não

existe hierarquia legal entre a Lei Geral de Telecomunicações e as outras leis que tratam de licitação.

Como conclusão, Jobim divergiu de Marco acerca deste artigo, o 212, com o intuito de mantê-lo e indeferir o pedido feito pelo Partido dos Trabalhadores.

Esta argumentação de Jobim convenceu o ministro Sepúlveda Pertence, o qual divergiu de Nelson em vários momentos do julgamento:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, o voto do eminente Ministro Nelson Jobim, ao menos nesse juízo liminar, convenceu-me efetivamente que o art. 210, ora questionado, é quase um dispositivo expletivo, pois o campo normativo da seleção de concessionários e permissionários dos serviços de telecomunicações já não estava abrangido pelas leis gerais anteriores. Por isso peço todas as vênias ao eminente Ministro Marco Aurélio (...).

No mesmo sentido, o Ministro Néri da Silveira acompanhou Jobim e Sepúlveda em não suspender o art. 212 da 9.412/97 entendendo que ele trás procedimentos específicos de licitação, trazendo um processo próprio.

Logo, pode-se concluir que estes três ministros fixaram em plenário que o art. 212 pode trazer normas próprias de licitação e que ela não está subordinada a outras normas gerais de licitação. Portanto, os ministros entenderam que não existe hierarquia entre as normas de licitação, neste caso.

3.2.4.10 Conclusão do julgamento da ADI 1668 MC

Após concluir a análise desta decisão, eu chego à conclusão de que o STF não barrou o ponto principal da Reforma do Estado acerca das agências reguladoras, seu papel normativo e sancionatório que, no caso da ANATEL, se refere ao campo das telecomunicações. Os únicos pontos que levaram divergência dentro do tribunal foram acerca de procedimentos especiais que a lei trazia sobre licitação no campo da ANATEL que, mesmo trazendo um aspecto de Estado Gerencial no sentido de propiciar maior flexibilidade na

prestação dos serviços, não criou um precedente na Corte que pudesse inviabilizar o surgimento das Agências Reguladoras na Administração Pública brasileira.

Em suma, o STF, mesmo não barrando outras reformas nem antes nem depois desta ação, consagrou o entendimento que o Estado Regulador poderia ser implementado em contraposição ao Estado Empreendedor. Isto sem violar a Constituição e outras normas do ordenamento brasileiro.

Aliás, é importante ressaltar uma disputa mais substantiva na visão do Estado Brasileiro feita por Nelson Jobim e Marco Aurélio. Ambos trouxeram um confronto de ideias, Jobim mais realista e consequencialista e Marco Aurélio mais cientificista, com citação de Bandeira de Mello, embora ele não tenha votado para derrubar a existência da ANATEL.

Além disso, por mais que alguns ministros como Velloso e Sepúlveda também entrassem em um debate mais substantivo, é inegável que o protagonismo nesse campo do debate foi de Marco Aurélio e Nelson Jobim.

3.2.5 ADI 1975 MC¹⁷ (20/05/1999)

Seguindo a política da Reforma do Estado, o governo FHC editou a **MP nº 1.815 de 1999**. Esta, desconsiderava o período de 8 de março de 1999 a 7 de março de 2000 para quesito de progressão de carreira dos servidores, com exceção da carreira de diplomata. Esta medida atingia os servidores da Administração Direta e Indireta da União:

Art. 1º O período entre 8 de março de 1999 e 7 março de 2000 não será considerado para os fins de promoção e de progressão funcional de todo servidor da Administração Federal direta, das autarquias e das fundações públicas do Poder Executivo da União.
Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à carreira de que trata o art. 38 da Lei nº 7.501, de 26 de junho de 1986.

Art. 2º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1975 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, jun 1999

Art. 3º Revoga-se o art. 67 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, respeitadas as situações constituídas até 8 de março de 1999.

De acordo com o que foi trazido pelo relatório do caso, o PT argumentou que esta MP tinha o objetivo de o governo cumprir com o ajuste fiscal exigido pelo FMI (Fundo Monetário Internacional) e reduzir os gastos do governo. Isto desafia o conceito clássico da Administração Burocrática por impedir a automática progressão da carreira. Entretanto, é temporária e visa mais um ajuste fiscal do que remodelar o modelo de progressão de carreira da União. Porém, por desafiar o modelo clássico de progressão da burocracia, entrou no escopo deste trabalho.

Assim, pode-se dizer que o PT fez o seguinte questionamento ao Tribunal: **é constitucional suspender durante um período de tempo a contagem de tempo a ser considerada para a promoção e incremento salarial dos servidores? Caso seja, é constitucional fazer distinção entre as categorias e as carreiras de servidores?**

Para argumentar pela inconstitucionalidade da Medida Provisória, o Partido dos Trabalhadores argumentou que esta medida atacava dois dos direitos dos servidores públicos: a progressão em função do tempo de serviço e o adicional salarial. Portanto, o PT, como nas outras ADIs, defendeu o modelo que a Reforma do Estado se propunha a alterar.

Além disso, o partido argumentou que a MP violou a CF pois regulamenta dispositivo constitucional. Isto com base no art. 246 (redação da EC nº 7 de 1995) da Constituição:

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.

Isto pois o §1º do art. 39 (redação dada pela EC nº 19 de 1998) da CF regulamenta a remuneração dos servidores:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

Como esse artigo foi alterado em 1998 pela emenda constitucional número 7, o art. 246 da CF incidiria e a MP recairia em inconstitucionalidade formal. Assim, o partido está partindo de duas premissas: a MP regulou a constituição e o art. 246 proíbe que isso seja feito por meio de medida provisória.

O §1º do art. 39 da CF também foi aludido para tentar emplacar a MP em inconstitucionalidade material já que a progressão salarial e da carreira seriam inerentes aos servidores. Não podendo uma MP ou qualquer outra lei tirar isso deles. Aliás, isso também violou o princípio da isonomia por excluir a carreira de diplomata e fazer uma diferenciação entre os servidores da União.

Outro dispositivo constitucional elencado pelo PT foi o art. 37, X:

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:

[...]

X - a **remuneração dos servidores públicos** e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

(Grifos meus).

Assim, apenas por lei específica poderia ser alterado o regime de remuneração dos servidores públicos. Na visão do PT, a MP não seria este tipo de legislação. Incorrendo, por mais um motivo, a MP em inconstitucionalidade.

O partido também levou em conta que a MP, teria violado o processo legislativo previsto no art. 59 da CF pelo conteúdo normativo da MP não ser fiel ao conteúdo de sua ementa.

O relator deste caso foi o Ministro Sepúlveda Pertence. Em sua decisão, o ministro afastou que a progressão automática seria uma característica intrínseca ao serviço público. E ressaltou que, com exceção de carreiras específicas como da magistratura e do ministério público, não existe exigência constitucional neste sentido que o PT aludiu em sua argumentação. Dentro desse raciocínio, o ministro também afastou a ideia que o art. 246 da CF incidiria no caso concreto da ADI. Assim, não acolheu este pedido.

Porém, o ministro acolheu a argumentação da isonomia. O ministro entendeu que a medida atingia os servidores com as piores remunerações da União. Entendendo que isso era motivo para, inclusive, acolher o pedido de medida cautelar por caracterizar o *periculum in mora*. Em seu voto, Pertence descreveu o seguinte a esse respeito:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE [...]

A grave suspeita de inconstitucionalidade do preceito examinado - exarcebada por derivar de discriminação aparente arbitrária contra os mais humildes servidores públicos da União - levam-me a entender configurados o **periculum in mora** e a conveniência sa suspensão cautelar requerida.

Assim, Pertence, o relator, entendeu que a MP não seria inconstitucional por impedir a progressão automática e o adicional salarial dos servidores. E sim por sua ausência de isonomia e desigualdade entre os servidores da União. Considerou assim a demanda parcialmente procedente.

Já o Ministro Marco Aurélio Mello considerou todo o dispositivo inconstitucional. Entendeu o seguinte acerca da matéria em seu voto:

Veja, Senhor Presidente, a extravagância. Não se afastou a possibilidade de movimentação nesse período, de um ano, dos servidores públicos; simplesmente partiu-se para algo que contraria a ordem natural das coisas: buscou-se apagar, do campo fático, o tempo transcorrido no período compreendido entre 8 de março de 1999 e 7 de março de 2000, como se nesse interregno não viesse a ocorrer prestação de serviços pelos servidores. Isso quer dizer: nesse lapso, o servidor trabalhará, mas não o terá considerado para qualquer outro fim. E aí, o artigo 3º inclui essa teratologia a extirpação da gratificação por tempo de serviço.

Portanto, o ministro trouxe para argumentação a realidade dos servidores. Sem trazer dispositivos constitucionais, Marco Aurélio usou essa realidade dos serviços prestados pelos servidores para justificar que seria inconstitucional que eles não tivessem o período de tempo elencado na MP para sua progressão de carreira e para o adicional salarial.

Além disso, Marco Aurélio também defendeu que não estaria presente a condição de urgência para edição de MP neste caso. Além disso, não seria papel do executivo, na visão do ministro, esta decisão, e sim do legislativo:

Houve urgência em disciplinar, em penada única, o tema? Deixemos que os representantes do povo, os deputados federais, os representantes dos estados, os senadores, decidam sobre a matéria. Que peça Sua Excelência, o Presidente da República, urgência na tramitação do projeto, mas que o envie para submissão do Congresso.

O ministro ainda chegou a criticar o largo uso de medidas provisórias por FHC ao longo do governo:

É tempo de frear-se a fúria na edição de medidas provisórias.

Em suma, o Ministro Marco Aurélio fundamentou seu voto na ausência de urgência da MP e, materialmente, na realidade dos servidores, fazendo uma defesa da classe. Isso se alinha com o voto do ministro no caso da ADI

da Lei Geral de Telecomunicações, em que o ministro, como neste caso dos servidores, defendeu um argumento mais substantivo contra a Reforma do Estado. Entretanto, essa argumentação, com exceção da questão acerca da urgência da MP, o ministro não utilizou a CF para argumentar pela inconstitucionalidade da MP.

Acompanhando o entendimento de Marco Aurélio Mello, Maurício Corrêa concordou que não havia o requisito da urgência na MP em questão. Por isso, concordou com o entendimento de Mello. Corrêa também concordou que a Medida Provisória violava a isonomia, votando, nesse sentido, junto com o relator, Ministro Pertence.

O ministro Ilmar Galvão, também se posicionando no plenário, votou junto com Sepúlveda Pertence. Mas, em seu voto, o ministro chegou a questionar a necessidade e a economia que a MP realmente poderia promover. Assim, votou Galvão:

Sr. Presidente, apesar dessa minha dúvida levar-me à incerteza quanto a necessidade dessa medida, pelo que ela poderia trazer de economia, quando em outras áreas não se verifica esse tipo de cautela no poder público, acompanho o eminente Ministro-Relator, pedindo vênias ao Ministro Marco Aurélio.

Outro ministro que proferiu o voto, o Ministro Carlos Velloso, disse que inicialmente votaria com o Ministro Marco Aurélio. Porém, no momento do debate, Pertence elencou razões políticas que envolviam o FMI. Devido a estas, Carlos Velloso mudou de posição e votou com Pertence. Nesse caso, embora a *ratio decidendi* de Pertence não tenha sido por motivação política, o voto que o acompanhou, no caso de Velloso, foi.

Assim, o STF fixou a tese, nesta ADI, que não seria inconstitucional, por meio de medida provisória, o Presidente suspender por tempo determinado o período que seria considerado para adicional salarial. Todavia, é inconstitucional fazer a diferenciação entre os servidores públicos quando medidas dessa natureza forem tomadas.

Houve votação unânime de deferir em parte a medida provisória. Ficou suspenso o art. 1º da MP. Mas, com a divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio, a maioria votou de maneira contrária. Votaram, nesse sentido, junto

com o relator, Pertence, em plenário os ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Com votos em ata, votaram os ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Nelson Jobim.

3.2.6 ADI 2125 MC¹⁸ (06/04/2000)

Esta ADI diz respeito ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual). Mais especificamente, ao seu regime de contratação de servidores. Já que a **Medida Provisória nº 2.006 de 1999** autorizou o Instituto a fazer contratações temporárias por um período de 12 meses:

Art. 2º Nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, fica o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI **autorizado a efetuar contratação temporária por doze meses.**

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, são consideradas necessidades temporárias de excepcional interesse público as atividades relativas à implementação, ao acompanhamento, inclusive jurídico, e à avaliação de atividades, projetos e programas na área de competência do INPI.

§ 2º O quantitativo e a remuneração do pessoal contratado temporariamente serão definidos em ato conjunto do INPI e da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 3º Aplica-se ao pessoal contratado temporariamente pelo INPI o disposto nos arts. 3º, 5º, 6º, no parágrafo único do art. 7º, nos arts. 8º, 9º, 10, 11, 12 e 16 da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

(Grifo meu).

De acordo com o PT, esta medida provisória violaria o art. 37 da CF tanto em seu caput quanto seu inciso IX:

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

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2125 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, abr 2000

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

IX - a **lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado** para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

(Grifo meu).

O PT faz uma combinação do art. 37, caput e seu inciso IX com o art. 246, também da Constituição, para dizer que medida provisória não pode regulamentar dispositivos constitucionais que tenham sido alterados por emenda constitucional a partir de 1995:

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.

O art. 37 da CF também seria violado pois essa modalidade de contratação sem limite e temporária iria de encontro ao princípio da moralidade previsto no caput do referido artigo. O que incorreria a MP em inconstitucionalidade material.

Na visão do partido, isso seria uma função destinada à lei, e não a medida provisória. Portanto, essa MP estaria invadindo a competência legislativa do congresso nacional. Já que a disciplina deste tipo de matéria deveria ficar com uma lei em sentido formal.

Além disso, o PT questiona o fato de as atividades do INPI não serem temporárias e de caráter excepcional. O que contradiz a ideia de se ter contratações para momentos excepcionais como diz a redação da MP nº 2.006 de 1999. Outro motivo que faz o partido questionar a excepcionalidade destas contratações é o fato de todas as áreas do INPI podem fazer essas contratações sem limite de contratações.

Outro dispositivo constitucional trazido pelo partido é o art. 48, XI, que tem o seguinte conteúdo em sua redação original, antes da EC nº 32 de 2001:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;

Logo, não caberia ao chefe do executivo por meio de medida provisória alterar a natureza das contratações públicas. Isto seria função do Congresso Nacional por meio de lei. Lembrando também que esse tipo de contratação temporária pode gerar um dano ao erário por não estar prevista no orçamento anual.

Em suma, pode-se dizer que o PT fez a seguinte pergunta ao Tribunal: **é constitucional a contratação temporária em funções típicas de servidores?**

Para relatar este caso, foi sorteado o ministro Maurício Corrêa que, de maneira inusitada, construiu uma maioria que deu a primeira derrota ao governo em matéria envolvendo a Reforma do Estado dentro do Supremo.

Em sua argumentação, Corrêa rechaçou a ideia de que o art. 37, X da CF não pudesse ser regulamentado por MP. Pois o dispositivo sequer foi alterado, assim não caberia a proibição do art. 246 da CF que impede que MPs regulamentem artigos da constituição a partir de 1995.

Entretanto, o ministro aceitou a argumentação do PT de que a contratação de quadros no poder público deveria ser feita por meio de concurso, que é a regra e que casos de contratações temporárias são excepcionais. Aliás, o Ministro Maurício Corrêa ainda classifica os possíveis trabalhos a serem realizados pelos contratos temporários como sendo de exclusividade de integrantes da carreira da autarquia:

Estou convencido de que o exercício de tarefas dessa grandeza só pode ser permitido a técnicos de carreira pertencente ao quadro da autarquia, admitidos por meio de concurso público.

Assim, Corrêa fixa a tese de que o concurso público, de acordo com a Constituição, é a regra e que a excepcionalidade trazida pela MP não é compatível com o modelo de Administração presente na Constituição. Por isso, ele deferiu a medida cautelar da ADI e declara inconstitucional a lei. Acatando os pedidos de impugnação por inconstitucionalidade material trazidos pelo PT.

Em oposição a Corrêa, o ministro Nelson Jobim, que, como mostrado ao longo deste trabalho, fez um voto favorável à MP. Em sua argumentação, Jobim disse que exceções ao concurso público para contratações temporárias estão presentes na legislação infraconstitucional e que essas possibilidades não divergem da Carta da República. Por isso, para ele, a MP objeto desta ADI apenas criaria mais uma hipótese de contratação temporária por parte da Administração.

Outro ministro que declarou o voto na sessão, o Ministro Sepúlveda Pertence enfatizou que, dentro de uma sociedade globalizada, a atividade do INPI é permanente. Logo, para ele seria gritante a inconstitucionalidade da lei. Assim, ele acompanhou o voto do relator, Corrêa.

Em suma, o STF fixou a tese de que é **inconstitucional a contratação temporária na Administração em atividades de cunho permanente e que sejam tarefas dos servidores concursados**. Assim, foi cunhada a primeira grande vitória do PT dentro de sua litigância. Sem contar, é claro, com alguns pedidos que foram aceitos por parte do Supremo na ADI 1668 MC.

Assim, o placar foi, com os votos proferidos em plenário, 2 contra 1, Corrêa e Pertence contra Jobim. Com os votos em ata, foi de 9 contra 1, sendo acrescentados os votos dos ministros Sanches, Gallotti, Silveira, Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.

3.2.7 ADI 1717¹⁹ (07/11/2002)

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1717, Tribunal Pleno. Relator: Sydney Sanches. Brasília, DF, nov 2012

Tal caso foi relatado pelo Ministro Sydney Sanches e diz respeito ao art. 58 da Lei nº 9.649 de 1998 que trata do poder de polícia exercido pelos conselhos profissionais:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no caput.

Essa lei autorizava os conselhos profissionais, pessoas jurídicas de direito privado, a exercerem poder de polícia. Faz parte da pauta da Reforma do Estado em permitir que, aquilo que os particulares pudessem resolver entre eles, ficar a cargo deles mesmos. Isso descentraliza o poder de polícia e possibilita a regulação privada das profissões, tornando mais eficiente o exercício do poder de polícia acerca destas profissões.

Os arts. da CF suscitados para declarar a lei inconstitucional, pelo PT, foram os 5º, XIII, 21, XXIV, 22, XVI, 70, parágrafo único, 149 e 175, todos da Constituição Federal. Nesta ADI, o ministro relator manteve uma posição favorável ao PT. Consagrando mais uma vitória petista na Corte.

Aliás, pode-se dizer que o PT fez a seguinte pergunta ao Tribunal: **é constitucional que uma entidade de direito privado fiscalize e aplique sanções?**

Em sua decisão, Galvão fixou a seguinte tese: **entidades de direito privado não podem exercer funções típicas de Estado, portanto elas não podem exercer poder de polícia nem tributar.**

Assim, a natureza de exercer poder de polícia dos conselhos profissionais foi declarada inconstitucional pela maioria do Tribunal. Uma perda a Reforma do Estado que tinha como preceito, como já dito, a descentralização do poder e delegar ao campo privado atividades que eles pudessem exercer por eles mesmos.

A decisão foi unânime e, além do relator, o Ministro Corrêa também proferiu o voto em plenário. Assim, sem o voto em ata, o placar foi de **2 a zero**. Com os votos proferidos em ata, o julgamento ficou **9 a 0**. Concordaram, em ata, com o relator os ministros Marco Aurélio, Moreira Alves, Sanches, Gallotti, Gracie, Velloso e Pertence.

O curioso desta ADI é que ela é a única que os três ministros indicados pelo governo, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes compunham os quadros do Tribunal. Mas Jobim não participou do julgamento e Gilmar se declarou impedido. Sendo Gracie a única que votou nesta ADI e a favor do PT.

3.3 As teses gerais do Tribunal

Com a análise das decisões tomadas pelo tribunal, pode-se ver que, por mais que na maioria das vezes a Corte tenha tomado um posicionamento a favor da Reforma do Estado, o embasamento poderia ser diferente ou, em muitos casos, desfavorável.

Em relação às derrotas que o governo teve, podemos listar apenas alguns pedidos liminares concedidos ao PT na ADI 1668 MC e na ADI 1717. Tirando essas questões, o governo teve vitória em todas as ações que o PT entrou contra a reforma do Estado. O que manteve, portanto, as principais pautas da Reforma do Estado como, a exemplo do resultado da ADI 1668 MC, a constitucionalidade das agências reguladoras.

Porém, nos casos de vitória, os ministros invocavam diferentes argumentos para indeferir os pedidos feitos pelo PT. Ora usavam a Constituição em sentido estrito, ora elencaram argumentos que não eram constitucionais propriamente ditos. Mas sim, alheios à Carta da República, ou seja, uso de argumentos sociais, econômicos e práticos, ou seja, de cunho consequencialista.

Podemos citar como grande expoente, nesses julgamentos, de motivos extraconstitucionais, o ministro Nelson Jobim, que, em diversas ocasiões, principalmente durante a ADI 1668 MC, usou a realidade prática para demonstrar a inviabilidade de se suspender determinados dispositivos. Isto não é, necessariamente, algo negativo, visto que a Reforma do Estado veio, como mostrou seu plano diretor, para modernizar o Estado Brasileiro. A ideia é apenas mostrar que, quando a Corte julgou a reforma, o debate constitucional em um sentido mais estrito, em discussões baseadas apenas

em dispositivos constitucionais, não foi exclusivo. Ou seja, a realidade se mostrou como uma eloquente aliada de Nelson Jobim na formação de maiorias.

Já em motivos extraconstitucionais para impugnar dispositivos da Reforma do Estado teve como principal expoente o ministro Marco Aurélio. O qual usou desde a natureza do serviço a doutrinas de direito administrativo, como Celso Antônio Bandeira de Mello, para invalidar atos e pontos da Reforma do Estado. Isto aconteceu, principalmente, em sede da ADI 1668 MC. Marco chegou até a desenvolver uma argumentação que, como mostrado por Jobim, chegou a quase criar uma hierarquia entre normas infraconstitucionais. Já que, na ADI 1668 MC, Marco Aurélio defendeu que todas as normas de licitação deveriam seguir a 8.666/93 e não poderiam haver exceções. Como se essa lei estivesse acima de outras em tema de licitação.

Em suma, o ministro chegou a fazer mais um exame de legalidade com hierarquia de leis, colocando a lei 8.666/93 como superior a outras normas de licitação, do que propriamente um debate acerca do dever de licitar. Para Marco, o dever de licitar estaria restrito à obediência à lei geral de licitações, não podendo outra lei ir contra ela. Logo, a fundamentação para impugnar dispositivos próprios de licitação da ANATEL não veio de um debate mais constitucional no sentido de analisar o dever de licitar presente no art. 37, CF, mas sim uma análise com a Lei 8.666/93 em relação a lei da ANATEL. Portanto, este seria um debate restrito a normas infraconstitucionais e não constitucionais, o que faz a fundamentação ser alheia a Constituição e restrita a um exame de legalidade entre normas de mesma hierarquia.

Já o debate estrito de constitucionalidade pode ser visto ao longo de todas as ações. De maneiras distintas e com ministros com visões diferentes de um julgado para outro. Podemos citar, por exemplo, o ministro Sepúlveda Pertence, que restringia mais seus argumentos em um debate de dispositivos constitucionais de maneira mais estrita, todavia que chegou a concordar com Jobim em alguns momentos.

Assim, com a análise feita nas decisões acima, temos 4 teses que foram desenvolvidas pelo Tribunal ao longo dessas ações que tentaram

impugnar a reforma do Estado: **(i) constitucional por não violar a constituição, (ii) constitucional por motivo alheio a constituição, (iii) inconstitucional por violar a constituição, inconstitucional por motivo alheio a constituição e (iv) inconstitucional por motivo alheio a constituição.**

Chamaremos essas teses de grandes teses. Ou seja, linhas de raciocínio que motivaram as decisões tomadas pelo STF. Em especial, por razões dos ministros terem motivado suas decisões por diferentes linhas argumentativas.

Em suma, vai ser possível a história que o Tribunal conta. Ver o caminho da Corte e mostrar o movimento de votações que o STF teve ao longo da judicialização da Reforma do Estado.

Mas, antes de prosseguir, acredito que é necessário aprofundar o conceito de cada uma das grandes teses. As quais, na realidade, são apenas a junção de teses dos julgamentos em categorias que possibilitem juntar o que foi decidido no julgamento.

A primeira delas é a (i) **constitucional por não violar a constituição**. A ideia desta tese é que a *ratio decidendi* do julgado apenas identificou que a matéria da ADI não violava formalmente a constituição. É óbvio que qualquer lei que respeite a constituição não a viola. Mas, a ideia desta grande tese é identificar decisões motivadas pelo ministro para não encontrar um conflito imediato com a Constituição. Ou seja, a norma que foi alvo de ADI não viola expressamente a CF e o ministro não trouxe outros argumentos, como sociais e econômicos, para fundamentar as suas decisões, como fez o ministro Nelson Jobim por exemplo.

Por exemplo, no caso que julgou a constitucionalidade da Petrobras poder constituir empresas subsidiárias apenas com uma autorização legislativa. O relator do caso, ministro Maurício Corrêa, entendeu que a lei que autorizava a Petrobras fazer isso era constitucional pelo simples fato de não contrariar o texto constitucional.

Assim, transcrevendo o ministro na ADI 1649 MC²⁰:

²⁰ Para mais detalhes desta ADI, ela está descrita no ponto **3.1.1.5**

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: (...) Substituindo o novo diploma legal o anterior consubstanciado na antiga Lei nº 2.004/53, que deu origem à formação da estatal, parece-me estar preenchido o requisito da lei específica a que se refere o inciso XIX do artigo da Constituição Federal dado que autorização legislativa exigida pelo inciso XX deste artigo está atendida pela delegação referida nos artigos 64 e 65 da Lei nº 9.478.

Ou seja, o ministro apenas identifica que a lei cumpre o mandamento constitucional e considera que a lei não atenta à Constituição. Isto, dentro do campo da constitucionalidade da norma, ou seja, no resultado que o STF considerou a norma constitucional, é diferente de se considerar por um motivo alheio ao texto constitucional.

Assim, entra a segunda grande tese (ii) **constitucional por motivo alheio à constituição**. Ou seja, neste caso, a constitucionalidade da norma não veio do fato do julgador ter feito uma análise estrita do texto constitucional, mas sim de uma análise consequencialista, trazendo argumentos extraconstitucionais para fundamentar a decisão.

Por exemplo, ainda na ADI 1649 MC, enquanto Corrêa se limitou a observar se a Lei em questão atendia ou não a exigência constitucional de autorização legislativa para a criação de subsidiárias, Nelson Jobim sustentou seu voto na viabilidade da Petrobras como empresa. Ou seja, Jobim trouxe a realidade prática da Petrobras para dizer que a lei em questão é constitucional:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM: (...) Pretender exigir leis específicas para a criação de subsidiária é condenar, efetivamente, a atividade econômica de uma empresa estatal, como a Petrobrás, à morte, uma vez que não terá condições de alocar recursos do mercado para seus investimentos.

Ao ver esse trecho do voto de Jobim, fica claro que a fundamentação do ministro foi o aspecto prático do funcionamento da empresa. Isso, aliás, concorda com o posicionamento da Administração Gerencial de aproximar aspectos da Administração Pública do modelo privado. Portanto, ao observar

a viabilidade da Petrobrás como empresa, Jobim usou um argumento consequencialista para fundamentar sua decisão.

Em suma, essa é a tese "constitucional por motivo alheio à constituição" - o ministro fundamentou seu voto em outros aspectos que não sejam estritamente constitucionais.

Outra grande tese geral é a (iii) inconstitucional por violar a constituição. É a tese oposta ao constitucional por não violar a constituição. Assim, esta tese consiste basicamente em uma análise de inconstitucionalidade com base estrita na constituição. Esta tese, diferentemente da sua antagônica, constitucional por não violar a constituição, foi a menos frequente. Um exemplo dela foi o voto que o ministro Ilmar Galvão deu contra conselhos profissionais na ADI 1717²¹:

"... não me parece possível, a um primeiro exame, em face de nosso ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais. (...)"

Tal posicionamento de Galvão exemplifica esta tese: a norma em questão recai em inconstitucionalidade pelo simples fato dela confrontar diretamente a constituição. Que é justamente o caso acima, pelos conselhos profissionais confrontarem artigos da CF, Ilmar os classificou como inconstitucionais.

Todavia, a última tese (iv) **inconstitucional por motivos alheios a Constituição** guarda uma semelhança com seu antagônico. Se o ministro Nelson Jobim é o nome mais expressivo da constitucionalidade por motivos alheios, Marco Aurélio faz esse mesmo papel nesta tese. Isso ocorreu pois Marco Aurélio sustentou votos pela inconstitucionalidade de dispositivos por motivos extra constitucionais, em especial, sua defesa do funcionalismo e do modelo mais clássico de Administração.

²¹ Este trecho foi utilizado pelo ministro na medida cautelar desta ADI mas ele o utilizou novamente na decisão de mérito. Escolhi trazer este trecho pois ele sintetiza o argumento do ministro para acatar o argumento do PT.

Para exemplificar esta tese, tem-se o seguinte voto de Marco Aurélio na ADI 1975 MC que trata sobre um período de tempo que não seria considerado para cálculo de progressão de carreira de servidor:

Veja, Senhor Presidente, a extravagância. Não se afastou a possibilidade de movimentação nesse período, de um ano, dos servidores públicos; simplesmente partiu-se para algo que contraria a ordem natural das coisas: buscou-se apagar, do campo fático, o tempo transcorrido no período compreendido entre 8 de março de 1999 e 7 de março de 2000, como se nesse interregno não viesse a ocorrer prestação de serviços pelos servidores. Isso quer dizer: nesse lapso, o servidor trabalhará, mas não o terá considerado para qualquer outro fim. E aí, o artigo 3º inclui essa teratologia a extirpação da gratificação por tempo de serviço.

Ou seja, enquanto Jobim utilizava a realidade para sustentar que a reforma do Estado deveria ser constitucional, Marco Aurélio, em alguns momentos, usou a realidade dos funcionários públicos, como registrado acima, para defender a inconstitucionalidade da norma. Assim, um agiu de maneira contrária ao outro.

Mas, a ideia é essa sobre a inconstitucionalidade por um motivo alheio à Constituição: é quando um ministro utiliza a realidade prática para impugnar um ato normativo em sede de controle concentrado, ADI.

4. MAIORIAS E MINORIAS DAS DECISÕES

Agora vamos à parte central desta monografia, o comportamento da Corte. Me comprometi a analisar como o STF votou ao longo deste período. E assim, este capítulo vem com este intuito. Sistematizar o que foi decidido e agrupar os resultados e visões dos ministros.

Mas, primeiro, eu gostaria de mostrar, na próxima parte deste capítulo, quem eram os nomes dos ministros que estiveram no tribunal durante esses 4 anos. Os homens e a mulher, que decidiram se a Reforma do Estado era, ou não, compatível com a Carta da República.

4.1 O STF da época

Como a ideia desta pesquisa é mostrar como a Corte votou e a frequência de suas decisões, é interessante observarmos quem integrava o STF nessa época. Observando o capítulo anterior, diversos nomes de ministros vieram à tona. Desde Nelson Jobim com sua defesa ao governo, Marco Aurélio cismado contra as normas de licitação da ANATEL, Sepúlveda variando de julgamento a julgamento entre outros que participaram da história contada nesta monografia.

Mas, para deixar claro quem foram os ministros que participaram do Supremo ao longo do governo FHC, aqui está uma tabela²² ilustrativa, onde cada quadradinho corresponde o ano que o ministro esteve na Corte:

Ministro ²³	Quem indicou	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Moreira Alves	<i>Geisel</i>								
Néri da Silveira	<i>Figueiredo</i>								
Sydney Sanches	<i>Figueiredo</i>								
Octavio Gallotti	<i>Figueiredo</i>								
Sepúlveda Pertence	<i>Sarney</i>								
Celso de Mello	<i>Sarney</i>								
Carlos Velloso	<i>Collor</i>								
Marco Aurélio	<i>Collor</i>								

²² Tabela de elaboração própria, mas inspirada em uma presente no livro de **RECONDO e WEBER**, 2019.

²³ Explicação sobre a tabela: cada espaço colorido é o ano em que o ministro esteve no tribunal. Os em verde escuro são os indicados pelos presidentes da Ditadura, em rosa, pelo Presidente Collor, Vermelho, pelo Sarney, Azul, por Itamar Franco e, no final, em amarelo, os indicados pelo Presidente Fernando Henrique.

Ilmar Galvão	<i>Collor</i>								
Francisco Rezek	<i>Collor</i>								
Maurício Côrrea	<i>Itamar</i>								
Nelson Jobim	<i>FHC</i>								
Ellen Gracie	<i>FHC</i>								
Gilmar Mendes	<i>FHC</i>								

Como se pode perceber, a Corte que acompanhou o governo FHC não foi escolhida por ele. A maioria havia sido indicada nos governos da Ditadura Militar e no Governo Collor. Além disso, dos 11 ministros que compunham o tribunal, 9 foram escolhidos por administrações anteriores e ficaram durante todo o período do governo.

Estes ministros foram: Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa. Dentre estes ministros, 3 foram escolhidos por presidentes do Regime Militar, Alves, Sanches e Silveira. Outros três pelo Presidente Collor, Marco, Velloso e Galvão. Dois foram escolhidos por Sarney, Pertence e Mello, e um pelo Itamar Franco, Maurício Corrêa.

Apenas um ministro, o presidente Fernando Henrique conseguiu indicar para ficar por um tempo longo ao longo de seu mandato, Nelson Jobim. O qual, como mostrado na análise das decisões, teve uma importante atuação nos julgamentos com seus votos proferidos em plenário e sendo importante na mudança de opinião de ministros ao longo dos julgamentos. Assim, garantiu que a Reforma do Estado não fosse inviabilizada.

Já os outros dois indicados por Fernando Henrique, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, ficaram pouco tempo na Corte durante o mandato de FHC. Logo, nas votações do tribunal, eles não foram tão relevantes quanto Jobim para a construção de teses vencedoras que garantiram vitórias para a Reforma do Estado.

Aliás, é curioso ver a atuação dos ministros indicados pela Ditadura Militar: Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Néri da Silveira. Desses ministros, uma das minhas hipóteses de pesquisa era que eles seriam subservientes ao poder executivo. Ou seja, por terem sido indicados pela ditadura, eu esperava que eles votassem com o governo e não abrissem divergências na Corte. Foi um preconceito da minha parte imaginar que apenas por um ministro ter sido indicado por ditadores, ele seria, obrigatoriamente, fiel ao Presidente com mandato em exercício.

Ao observar a atuação desses magistrados, eu diria que minha interpretação não estava completamente equivocada. Desses 4 ministros, 2 votavam frequentemente com o governo, independentemente da ação. Esses dois não abriram divergência com a Reforma do Estado em nenhum momento. Pouco se manifestaram em plenário e quando o faziam era para defender a Reforma. Estou falando, neste caso, dos ministros Moreira Alves, o decano da Corte do período, e Octavio Gallotti. Ambos se mostraram determinados a voltarem junto com o governo, se isso tem a ver com os presidentes ou do período que eles foram indicados, não tem como saber.

Mas, uma coisa é fato, Moreira e Gallotti não foram obstáculos para a pauta reformista de Fernando Henrique. Outro fator curioso destes dois é que eles pouco se manifestaram em plenário. A maior parte do posicionamento de ambos foi expresso em votos em ata.

Todavia, duas surpresas vieram à tona dos ministros indicados nos anos de chumbo, dois ministros que, embora tenham se manifestado, a maior parte do tempo, favoráveis à Reforma do Estado, chegaram a marcar algumas divergências. Estes foram Néri da Silveira e Sydney Sanches. Ambos, em vários momentos, proferiram seus votos em plenário e participaram de divergências abertas na Corte contra a pauta das ADIs em plenário. Assim, eles tiveram uma participação muito maior nos julgamentos que os outros dois ministros, já que Silveira e Sanches proferiram mais votos em plenário do que os outros dois, e votaram em alguns momentos contra o governo.

Logo, Sydney Sanches e Néri da Silveira destruíram, em parte, meu preconceito. Os dois foram ministros indicados na ditadura e eles chegaram

a divergir da Reforma do Estado. Não tendo um comportamento de fiéis ao poder como Gallotti e Moreira.

Outras participações importantes foram os ministros indicados pelo governo Collor. Dentre eles, dois tiveram participações distintas: Carlos Velloso e Marco Aurélio. O primeiro, teve um comportamento parecido com o de Nelson Jobim, Velloso votou a favor da Reforma do Estado e, geralmente, era o primeiro a concordar com a divergência aberta por Jobim quando o relator de algum caso votava de maneira contrária à Reforma.

Enquanto isso, Marco Aurélio Mello, mesmo votando em vários momentos a favor do governo, votou como fez durante toda sua carreira, foi o ministro voto-vencido em muitos momentos. Em especial, durante a ADI 1668 MC, a qual ele foi Relator do caso, Aurélio se opôs principalmente às normas de licitação próprias da ANATEL e a outras características da nova maneira de prestar o serviço de telecomunicações. Na maior parte destas ações, Marco Aurélio perdeu para as maiorias formadas por Jobim e acabou vencido.

Além de Marco Aurélio, dois ministros também se consagraram nessas disputas nas ADIs. Os ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence também tiveram um importante papel. Assim como Marco, ambos chegaram a contestar diversos aspectos da reforma do Estado, mas, ao mesmo tempo, foram importantes na construção de maiorias favoráveis à Reforma no Tribunal. Foi inclusive o ministro Maurício Corrêa que construiu a maioria para que as empresas estatais, quando constituírem subsidiárias não necessitem de uma lei específica para cada uma²⁴.

Em suma, não há como traçar algum comportamento da Corte pela origem do ministro. Cada um teve um comportamento distinto. Sendo assim, a única coisa que une a Corte nas ADIs é o fato que o Tribunal não foi um grande impeditivo para que a Reforma do Estado passasse. Embora o governo FHC tenha colecionado algumas derrotas ao longo do período.

Aliás, o STF também teve um comportamento relativamente estável. Embora Corrêa e Sepúlveda votassem contra o governo em algumas situações, eles votaram em ata, na maior parte do tempo, a favor do governo,

²⁴ Esse foi o entendimento que o ministro construiu na ADI 1649 MC

eles pouco divergiam do posicionamento a favor do governo. Logo, mesmo que o Presidente Fernando Henrique não tenha tido uma grande gama de indicações ao STF.

Todavia, dentro deste universo da pesquisa, eu listaria um ministro como sendo o de maior oposição ao governo neste tema, o Ministro Marco Aurélio. O qual não indica ter uma inclinação política e ideológica com o Partido dos Trabalhadores. Evidentemente, não seria correto apontá-lo politicamente neste trabalho. Mas, uma coisa é possível dizer desse ministro: ele se opunha à Reforma do Estado mais que os outros. Ele encarnou uma defesa maior do funcionalismo clássico e do modelo Burocrático de Administração.

Como casos envolvendo aumentos salariais, propriamente ditos, aos servidores, foram objeto deste trabalho, não foi possível ver que este ministro teve um posicionamento de liderança em exigir um aumento salarial automático aos funcionários públicos da União. Em seus diários da presidência, Fernando Henrique²⁵ conta que este ministro chegou a criticar o posicionamento do governo. Em especial, pelo governo não querer reajustar salários em nome do ajuste fiscal, pauta de Pedro Malan, ministro da Fazenda da época.

Além de tomar uma frente opositora ao governo em várias temáticas ligada à Lei Geral de Telecomunicações, também se opôs na ADI 1975 MC a que o governo desconsiderasse um período para a questão de promover os servidores. Mas, reitero, não vejo uma filiação político-partidária do ministro, mas sim uma defesa da Administração de modelo burocrático de modo mais enfático nele. Todavia, reitero, Marco Aurélio mais teve resultados em votos vencidos do que, propriamente, uma liderança que mudou os rumos dos julgamentos no tribunal.

4.2 Tabelas das Decisões

A primeira tabela elaborada traz os placares e os vencedores das ADIs:

²⁵ CARDOSO, Fernando Henrique. Diários da Presidência: 1997-1998. São Paulo: Companhia das Letras, 2016

ADI	Data	Votos em plenário	Votos em ata	Vencedor²⁶
ADI 1263 MC	06/04/1995	1x0	10x0	Governo FHC
ADI 1485 MC	07/08/1996	1x0	11x0	Governo FHC
ADI 1649 MC	29/10/1997	3x0	9x0	Governo FHC
ADI 1668 MC - arts. 8º e 9º	20/08/1998	2x0	11x0	Governo FHC
ADI 1668 MC - art. 18, I	20/08/1998	2x1	9x2	Governo FHC
ADI 1668 MC - art. 18, II e III	20/08/1998	3x0	11x0	Governo FHC
ADI 1668 MC - art. 19, IV e X	20/08/1998	7x1	10x1	Oposição - PT
ADI 1668 MC - art. 19, XV	20/08/1998	5x3	6x5	Oposição - PT
ADI 1668 MC - art. 22, II	20/08/1998	2x1	10x1	Oposição - PT
ADI 1668 MC - art. 56	20/08/1998	4x3²⁷	6x5	Governo FHC
ADI 1668 MC - arts. 54, 55, 57 e 58	20/08/1998	4x3	6x5	Governo FHC
ADI 1668 MC - art. 59	20/08/1998	5x2	10x1	Oposição - PT
ADI 1668 MC - art. 65	20/08/1998	4x1	6x5	Governo FHC

²⁶ Diz respeito se o pedido liminar do PT foi atendido ou não. Se foi, o PT foi colocado como vencedor, se não, o governo FHC foi colocado como vencedor.

²⁷ Nesse caso, houve mais votos em plenário pelo deferimento, mas em ata, ganhou o indeferimento.

ADI 1668 MC - art. 66	20/08/1998	1x1	10x1	Governo FHC
ADI 1668 MC - art. 69	20/08/1998	1x1	9x2	Governo FHC
ADI 1668 MC - art. 89	20/08/1998	3x1	6x5	Oposição - PT
ADI 1668 MC - art. 91	20/08/1998	2x1	10x1	Oposição - PT
ADI 1668 MC - art. 119 - "simplificado" e "por ela regulados"	20/08/1998	3x0	11x0	Oposição - PT
ADI 1668 MC - art. 119 - "inexigibilidade"	20/08/1998	2x1	10x1	Governo FHC
ADI 1668 MC - art. 210	20/08/1998	3x1	10x1	Governo FHC
ADI 1975 MC - art. 1º	20/05/1999	5x0	9x0	Oposição - PT
ADI 1975 MC - art. 3º	20/05/1999	4x1	8x1	Governo FHC
ADI 2125 MC	06/04/2000	2x1	8x1	Oposição - PT
ADI 1717	07/11/2002	2x0	10x0²⁸	Oposição - PT

Embora numericamente o PT tenha tido mais vitórias, isso não significa que o partido tenha conseguido inviabilizar a Reforma do Estado. Pois as principais derrotas que o governo FHC teve foram sobre normas de licitação da ANATEL (ADI 1668 MC) e sobre o poder de polícia dos conselhos profissionais (ADI 1717). Logo, os temas principais da Reforma do Estado não foram declarados inconstitucionais pela corte.

²⁸ Gilmar Mendes, que foi AGU no governo FHC, se declarou suspeito nesse caso

Agora, vou mostrar como ficam agrupados os votos em ata combinados com as teses gerais do Tribunal. Assim, será possível ver um comportamento geral que o Tribunal teve ao longo do período.

Assim, fica uma tabela²⁹ com os votos e teses em ata:

Data	ADI	Tese 1 - CMAC³⁰	Tese 2 - CNVC³¹	Tese 3 - IVC³²	Tese 4 - IMAC³³
06/04/1995	ADI 1263 MC		10 votos		
07/08/1996	ADI 1485 MC		11 votos		
29/10/1997	ADI 1649 MC	1 voto	8 votos		
20/08/1998	ADI 1668 MC - arts. 8º e 9º		11 votos		
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 18, I		9 votos	2 votos³⁴	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 18, II e III		11 votos		
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 19, IV e X		11 votos³⁵		
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 19, XV	4 votos	1 voto	6 votos	

²⁹ Para interpretar a tabela: a cor vermelha do retângulo apresenta a tese vencedora. Em vermelho mais claro, a tese que concordou com a maioria mas por outro motivo. E a cor rosa representa a tese da minoria que votou contra a maioria no julgamento.

³⁰ CMAC - Constitucional por motivo alheio a Constituição

³¹ CNVC - Constitucional por não violar a Constituição

³² IVC - Inconstitucional por violar a Constituição

³³ IMAC - Inconstitucional por motivo alheio a Constituição

³⁴ Os votos pelo deferimento da suspensão do inciso I do art. 18 da Lei Geral de Telecomunicações não aparecem no acórdão, apenas em ata, por isso foram colocados como a Tese de inconstitucional por violar a CF, já que é mais ampla que a outra que necessita de uma motivação socioeconômica para se encaixar.

³⁵ Votaram pela constitucionalidade da norma, mas com interpretação conforme. Logo, uma vitória do PT que pediu este efeito em liminar na ADI 1668 MC. Com apenas um ministro votando contra, Moreira Alves mas pela constitucionalidade sem interpretação conforme.

20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 22, II	10 votos		1 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 56	6 votos		5 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - arts. 54, 55, 57, 58 e	4 votos	2 votos	5 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 59	1 voto		10 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 65	6 votos	1 voto		4 votos
20/05/1999	ADI 1668 MC - art. 66	10 votos			1 voto
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 69	9 votos			2 votos
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 89	5 votos			6 votos
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 91	1 voto			10 votos
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 119 - "simplificado" e "por ela regulados"			11 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 119 - "inexigibilidade"	10 votos			1 voto
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 210		10 votos	1 voto	
20/05/1999	ADI 1975 MC - art. 1º			9 votos	
20/05/1999	ADI 1975 MC - art. 3º		8 votos	1 voto	
06/04/2000	ADI 2125 MC			8 votos	

07/11/2002	ADI 1717			10 votos	
------------	-----------------	--	--	-----------------	--

Caso sejam desconsiderados os votos proferidos em ata, ou seja, apenas proferidos em plenário, chegaremos ao seguinte resultado em **tabela com os votos e teses proferidas no plenário:**

Data	ADI	Tese 1 - CMAC³⁶	Tese 2 - CNVC³⁷	Tese 3 - IVC³⁸	Tese 4 - IMAC³⁹
06/04/1995	ADI 1263 MC		1 voto		
07/08/1996	ADI 1485 MC		1 voto		
29/10/1997	ADI 1649 MC	1 voto	2 votos		
20/08/1998	ADI 1668 MC - arts. 8º e 9º		2 votos		
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 18, I		2 votos	1 voto	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 18, II e III		2 votos		
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 19, IV e X		8 votos⁴⁰		
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 19, XV	2 votos	1 voto	5 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC -	1 voto		2 votos	

³⁶ Constitucional por motivo alheio a Constituição

³⁷ Constitucional por não violar a Constituição

³⁸ Inconstitucional por violar a Constituição

³⁹ Inconstitucional por motivo alheio a Constituição

⁴⁰ Votaram pela constitucionalidade da norma, mas com interpretação conforme. Logo, uma vitória do PT que pediu este efeito em liminar na ADI 1668 MC. Com apenas um ministro votando contra, Moreira Alves mas pela constitucionalidade sem interpretação conforme.

	art. 22, II				
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 56	3 votos		4 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - arts. 54, 55, 57, 58 e	1 voto	2 votos	4 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 59	2 votos		5 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 65	3 votos	1 voto		1 voto
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 66	1 voto			1 voto
20/05/1999	ADI 1668 MC - art. 69	1 voto			1 voto
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 89	1 voto			3 votos
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 91	2 votos			1 voto
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 119 - "simplificado" e "por ela regulados"			3 votos	
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 119 - "inexigibilidade"	2 votos			1 voto
20/08/1998	ADI 1668 MC - art. 210		3 votos	1 voto	
20/05/1999	ADI 1975 MC - art. 1º			5 votos	
20/05/1999	ADI 1975 MC - art. 3º		4 votos	1 voto	
06/04/2000	ADI 2125 MC	1 voto		2 votos	
07/11/2002	ADI 1717		1 voto		

5. Conclusões

Bom, após esta longa monografia, está na hora de tomar algumas conclusões e responder a grande pergunta que eu me propus a responder:

"Como o STF julgou os atos da reforma do Estado do governo FHC em julgamentos ocorridos entre 01/01/1990 a 31/12/2002 em ADIs impetradas pelo Partido dos Trabalhadores durante esse mesmo período? "

A ideia dessa monografia era ver um outro STF. A mesma instituição, mas sob uma outra perspectiva. Pois, penso que não existe um caminho melhor para entender o presente do que olhar o passado. Observar o que foi feito. Assim, mesmo que o STF dos anos 90 não seja o mesmo de hoje, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence e seus colegas de plenário ajudaram a construir esta instituição, ajudaram a construir a memória institucional da corte, e, por isso, vi a necessidade de estudar esse período.

Assim, ver como o Supremo se comportou em um período de relativa estabilidade política e econômica sob um Estado de Direito. Ou seja, uma realidade que o STF pudesse exercer o seu papel constitucional sem estar envolto a grandes tumultos como foi o conturbado governo Collor com seu impeachment ou o governo Dilma. Aliás, ainda poder ver a Corte em um outro século.

Foi uma experiência muito interessante. Gostei de ver outros nomes estampados nos acórdãos do que os ministros que compõem a corte na época que esta monografia foi escrita. Ver que o STF já foi diferente e que muitas coisas pacificadas hoje em dia, como a legitimidade das agências reguladoras, já foram alvo de disputa.

Aliás, os dois mandatos de FHC foram os dois primeiros mandatos com estabilidade política de um líder democraticamente eleito. Sem ameaças de

golpe de Estado ou movimentos deliberados que visassem desconstruir a autoridade do STF. Tanto que nos próprios diários de sua presidência, Fernando Henrique dizia que não ia desafiar decisões da Corte.

Logo, neste período, governo e oposição respeitavam a corte. Um lutava para impedir que suas reformas não caíssem e o outro buscava vitórias que não ocorrem em outros poderes, bem como tentar impedir que políticas, na sua visão, inconstitucionais passassem. Logo, foi um período de disputa política e judiciária, ambas de caráter institucional em uma democracia jovem em que a Constituição mal tinha completado 10 anos de existência. O que eu vejo é uma conquista democrática do Brasil e o ambiente perfeito para analisar o comportamento da corte já que ela pode aplicar a Constituição como achou melhor sem ameaças à sua institucionalidade por nenhum dos lados em questão.

Sem mais, vamos a resposta da pergunta. Todavia, para respondê-la, vejo que seria interessante passarmos para as sub perguntas que foram feitas por mim mesmo. Dessa forma, vamos uma por uma:

I. O STF tinha critérios perenes para exercer o controle de constitucionalidade da reforma do Estado de FHC?

De uma maneira bem sucinta, a resposta é **não**. A Corte não tinha critérios perenes, constantes e claros, para definir se a Reforma do Estado era ou não constitucional. O que era constante era o resultado, o governo raramente perdia. Mas, as vitórias da Reforma no STF variam muito de um julgamento para o outro em decorrência da instabilidade da justificativa da decisão. A motivação dos acórdãos variou bastante de um julgado para outro.

Eu até poderia dizer que o problema poderia estar no fato de que os mais variados temas estiveram presentes nos julgados. Pois estiveram presentes nestas ADIs: progressão de carreira, constitucionalidade de conselhos profissionais, Petrobrás poder criar subsidiárias com apenas uma lei, entre outros temas. Então, concordo com a ideia de que a Reforma passa

por diversas temáticas do direito público brasileiro ampla. Todavia, os argumentos que o PT utilizou não são.

Mesmo que o Partido tenha usado argumentos como a natureza do serviço público presente no art. 175 da CF para abastecer seus posicionamentos perante o STF, dois dispositivos apareceram com muita frequência: o art. 37 da Constituição, que constitucionalizou os preceitos básicos da Administração Brasileira, e o art. 2º, a separação de poderes, em especial o legislativo tendo suas competências invadidas pelo Executivos.

Em suma, o partido argumentou que a Administração Burocrática e o Estado Empreendedor estavam constitucionalizados pelo artigo 37 da CF e o art. 2º da Constituição, separação de poderes, proibiam o governo FHC de passar a reforma via MP e que a maior autonomia administrativa, Agências Reguladoras autônomas e Petrobrás poder estabelecer concessionárias por conta própria, violavam a separação dos poderes da República.

Assim, ao ler as decisões, observei que a maneira dos ministros de justificarem seus votos não passava por uma análise estrita destes dispositivos. Aliás, Marco Aurélio, que votou contra dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (ADI 1668 MC), e o Nelson Jobim, que defendeu a reforma, pouco citavam estes artigos da Constituição de maneira estrita. Outro exemplo é o voto do ministro Néri da Silveira na ADI 1263 MC e, que ele não escreveu um artigo da Constituição. Isto, inclusive, não é exceção. Ou seja, muitos tendiam de um argumento ora mais estrito acerca dos dispositivos constitucionais ora assumiram argumentos consequencialistas.

Aliás, a opinião dos ministros muda, mesmo ao votar a favor do governo. São argumentos que mudam, se baseiam de maneiras diferentes. O único ministro, que eu diria que construiu sua linha de raciocínio mais perene foi o Ministro Nelson Jobim, que usou em quase todas as vezes os aspectos práticos das normas envolvidas. Assim, por mais que ele tenha caído em votos consequencialistas, ele se fixou nesses argumentos. A realidade concreta e aplicação prática dos dispositivos eram a regra para a manutenção ou não do dispositivo impugnado na visão desse ministro. Então, ele manteve

um posicionamento constante e um critério: é constitucional se o dispositivo funciona na prática.

Em suma, concluo que, embora o STF tenha consagrado uma frequência em suas decisões, por pouco barrar dispositivos da Reforma do Estado, não havia uma perenidade nos argumentos, nem nos critérios que baseiam as decisões. Embora os dispositivos constitucionais fossem praticamente os mesmos: art. 2º e art. 37, ambos da CF.

Aliás, esta era uma das minhas hipóteses de pesquisa que se confirmou: o STF votou a favor do governo, mas sem estabelecer critérios claros. Ou seja, a Corte alterava com frequência os argumentos para autorizar ou não a continuidade das normas aprovadas pelo governo.

II. O Supremo construiu uma linha jurisprudencial sólida para efetuar ou não o controle de constitucionalidade das ADIs impetradas pelo PT?

Como mostrado na pergunta anterior, o STF não estabeleceu uma jurisprudência com uma *ratio decidendi* sólida acerca dos critérios e dos argumentos usados para basear as decisões, mas manteve a frequência de vitórias ao governo. Assim, pode-se dizer que o STF construiu uma sólida jurisprudência acerca da constitucionalidade da Reforma do Estado. Mesmo com os argumentos e as fundamentações variando ao longo dos julgados, o STF garantiu que a pauta do governo não fosse barrada, com algumas exceções, evidentemente.

Em suma, a jurisprudência do STF foi sólida ao considerar que as mudanças na Administração promovidas por FHC são compatíveis com a Constituição. Isto, aliás, estava dentro das minhas hipóteses de pesquisa – de que, mesmo com fundamentações diferentes, o governo FHC não encontraria problemas em passar a sua pauta reformista.

III. Os ministros indicados pelo governo alteraram a dinâmica de votação dessas ações?

Como mostrado anteriormente, o governo FHC teve apenas três indicações ao STF. Destas, apenas um ficou mais da metade do mandato, Nelson Jobim – um dos ministros mais citados ao longo desta monografia, em especial por suas fundamentações baseadas na realidade concreta.

Jobim me impressionou, inclusive, por vários motivos, em especial, por ter feito uma defesa constante do governo, se manifestando largamente em plenário, coincidindo com a pauta do político que o indicou, FHC. Embora não se possa estender essa tendência para outros casos que ele votou no Tribunal, no tema da Reforma do Estado as votações de Jobim foram muito favoráveis ao governo. Essa votação favorável desmentiu uma das hipóteses – a de que os ministros indicados não alterariam a dinâmica da Corte.

O ministro, ao se manifestar em plenário, chegou a mudar pontos de vista e a construir maiorias. Se não fosse sua atuação, Marco Aurélio Mello, em sede da ADI 1668 MC, poderia ter barrado mais dispositivos da Lei de Telecomunicações. Obviamente não posso dizer que ele foi um grande construtor de maiorias e que estes resultados se devem a ele, mas mais de um ministro chegou a dizer que mudou de ideia por causa de Jobim.

Em suma, a indicação de Nelson Jobim feita por FHC alterou a dinâmica de votação por dois motivos: ele foi o principal nome a realizar uma defesa da Reforma do Estado baseada na realidade prática; e, ao fazê-lo, Jobim mudou a opinião de colegas e conseguiu impedir que determinados dispositivos da Reforma fossem barrados. Mas, importante dizer, a Reforma já estava passando antes de Jobim entrar, o que ele fez, em minha visão, foi facilitar e ampliar as vitórias do governo dentro do Supremo.

IV. O Supremo Tribunal Federal foi um empecilho à coalizão de governo passarem as suas propostas de Reforma do Estado?

Como mostrado no início do trabalho, FHC possuía uma larga maioria dentro do Congresso, portanto, tinha condições favoráveis de governabilidade. Assim, várias de suas pautas passaram no congresso e o PT não possuía muita margem dentro do legislativo para barrar a pauta governista.

Assim, foi natural que um partido de oposição entrasse no STF para manter sua oposição no judiciário. É um caminho natural de um partido de oposição fazer isso. Com uma Corte Constitucional podendo atuar como legislador negativo e impugnar a pauta do governo, fazia sentido essa postura. Tanto que o partido entrou com várias ADIs que foram objeto de estudo neste trabalho.

Todavia, não vi que foi uma estratégia que tenha trazido frutos ao partido no sentido de impor uma pauta contramajoritária. Ou seja, usar o poder de legislador negativo do STF para impedir que a Reforma do Estado acontecesse. Embora alguns dispositivos tenham sido impugnados e alguns pedidos, tanto de mérito quanto liminares, tenham passado, o PT foi o grande perdedor dessas ADIs.

Inclusive, vejo, depois da análise dos pedidos do PT, que o Partido, junto com os outros partidos litigantes, assumiu uma postura conservadora num sentido estrito. Ou seja, o PT agiu para conservar o modelo de Administração Burocrática e Estado Empreendedor e impedir que eles fossem substituídos pela Administração Gerencial e Estado Regulador. Não deixo de lado o fato que as Reformas de FHC entram com um teor neoliberal mais posicionado à direita do que as pautas do PT. Mas, isso não tira o fato que para o Partido dos Trabalhadores, a Constituição estabeleceu um modelo de Estado, e ele deveria ser preservado. Portanto, em todas as ADIs, o Partido desempenhou essa pauta conservadora de preservar por meio do STF o modelo original do constituinte acerca do Estado.

Logo, usando o art. 37, CF, principalmente, e o art. 2º, CF como subsidiário, o PT defendeu um modelo estático de Administração, no sentido que se o modelo burocrático poderia ser extraído da CF, ele deveria continuar.

Assim, a proposta de FHC de mudar a configuração do Estado sofreu um forte questionamento no judiciário.

Mas, como visto, o STF não barrou a reforma. O que mostra que a Corte não teve um papel de impedir que o governo passasse com essa pauta. Mesmo que outros temas possam ter tido resultados diferentes, não vi no Supremo uma postura de usar seu poder contramajoritário e impedir que uma das principais pautas políticas de FHC fossem barradas sob argumentos de inconstitucionalidade na Corte.

V. Algum precedente mudou os rumos de votação da Corte? Ou seja, alguma decisão foi determinante para o STF consagrar algum entendimento sobre o tema?

Esta pergunta demanda uma história, inclusive, porque esta pesquisa não foi feita em um ambiente hermético em que o autor dela, no caso eu, fiquei isolado da realidade e pude ler as decisões do indexador do STF sem nenhuma interferência humana. Por sorte, não foi isso que aconteceu e por isso, vou contar um pequeno incidente.

Enquanto eu estava montando minha pesquisa, eu tive uma aula com a Professora Juliana Palma na Escola de Formação. Quando aproveitei a oportunidade e mostrei minha pesquisa, a professora me mostrou uma ação que ela considerava de suma importância, pois foi a que o STF autorizou a reforma do Estado. Tal ação é a ADI 1668 MC, que contemplou grande parte de minha análise acerca das decisões.

Após essa conversa, eu esperava que o STF pudesse consagrar uma jurisprudência sólida com critérios perenes. Como observado em perguntas anteriores, não foi o que aconteceu. Aliás, a Reforma do Estado já havia sido autorizada antes mesmo desta ADI. Tanto que, antes dela, uma importante decisão foi tomada na Corte, a ADI 1649 MC que autorizou a Petrobrás constituir subsidiárias sem ser necessário uma lei para cada uma, sendo uma lei autorizando já seria o suficiente para a constituição de subsidiárias pela empresa.

Assim, a ADI 1668 MC não pode ser considerada a grande autorizadora, na minha visão, da Reforma, já que decisões anteriores já vinham num sentido de autorizar que essa mudança ocorresse. Logo, concluo que **não**, não houve uma decisão que alterasse a dinâmica de votação do STF. O entendimento foi sendo construído ao longo dos anos de maneira constante, mas sem critérios.

Contudo, é importante registrar que a grande importância da ADI 1668 MC não advém dela ser um norte para outras, mas por autorizar Agências Reguladoras terem a natureza que possuem. Em suma, esta ADI consagrou a constitucionalidade do Estado Regulador e garantiu que ele pudesse ser constituído.

5.1 Conclusão Final

Enfim, minha resposta a pergunta de como o STF julgou a reforma eu diria que foi de uma maneira **previsível e imprevisível ao mesmo tempo**. Explico, não houve um padrão na argumentação do STF acerca da Reforma, com exceção de Jobim. Logo, o PT vinha com os mesmos dispositivos constitucionais, principalmente o art. 2º e o 37, mas o STF não estabeleceu critérios para julgar uma simples pergunta: a Reforma do Estado é Constitucional diante do art. 37 e 2º?

O Supremo respondeu preponderantemente sim, logo, a jurisprudência beirou um posicionamento pacífico, mas a argumentação, a motivação, mudava de julgado para julgado. Assim, não se sabia como o STF ia fundamentar sua decisão, mas a chance da ADI do PT vigorar era muito baixa. Ou seja, era muito mais provável que o governo FHC tivesse êxito nessas disputas judiciais que os partidos de oposição como o PT.

Um ponto curioso a se notar é que dos 11 ministros da Corte, 9 permaneceram os mesmos ao longo de todo o mandato de FHC. Ou seja, o STF foi anterior ao presidente e muitos continuaram após seu mandato. Logo, a Corte praticamente não foi composta por FHC, e sim por seus antecessores e, mesmo assim, sua pauta não foi barrada.

De qualquer forma, esta é conclusão que tenho a oferecer: **o STF não interveio de maneira a inviabilizar a Reforma do Estado e ele não estabeleceu critérios claros quanto a motivação de suas decisões. Assim, o PT não conseguiu impedir a pauta do governo no STF.**

Podemos dizer então que em uma primeira experiência democrática, o STF não assumiu contornos de um tribunal com fortes características majoritárias já que ele agiu mais com **deferência** do que com uma postura mais engajada. Como consequência, o PT não encontrou seu espaço, na temática da Reforma, para barrar o governo, já que este teve características favoráveis a suas pautas: um congresso alinhado e um Supremo deferente.

Além do mais, destaco o papel do Ministro Nelson Jobim que atuou de maneira a viabilizar juridicamente a Reforma em seus votos em plenário. E o Ministro Marco Aurélio por constituir uma oposição presente contra Jobim. Logo, os dois foram os que mais incorporaram essa disputa PT contra FHC no STF.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018

BOGÉA, Daniel. *Partidos Políticos e STF: Decifrando a Simbiose Institucional*. São Paulo: Appris, 2021

CARDOSO, Fernando Henrique. *Diários da Presidência: 1997-1998*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1131, Tribunal Pleno*. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, set, 2002

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1263 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno*. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, abr 1996

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1485 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Néri da Silveira. Brasília, DF, out 1997

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, ago 1998

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1717, Tribunal Pleno. Relator: Sydney Sanches. Brasília, DF, nov 2002

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1975 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, jun 1999

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1649 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, out, 1997

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2125 com Medida Cautelar, Tribunal Pleno. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, abr 2000

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, 1995.

GLEZER, Rubens Eduardo. *Catimba Constitucional: do Antijogo à Crise Constitucional*. São Paulo: Juspodivm, 2021

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MEDINA, Diego Eduardo López. *El Derecho De Los Jueces*. 2. ed. Bogotá: Legis S.A., 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.